

COLABORADORES

- Adriana da Costa Ricardo Schier
- Ana Carolina Ortolani Sorgenfrei
- Ana Cláudia Finger
- Ana Cláudia Santano
- Ana Cristina Aguilar Viana
- André Fagundes
- Antônio Domingos Araújo Cunha
- Bianca Mara Lecheta Rissi
- Bianca Valoski
- Bruno Guimarães Bianchi
- Bruno Meneses Lorenzetto
- Carolina Zancaner Zockun
- Celso Antônio Bandeira de Mello
- Claudio Roberto Barbosa Filho
- Clèmerson Merlin Clève
- Cristiana Fortini
- Daniel Ferreira
- Daniel Wunder Hachem
- Débora Simões da Silva
- Edgar Guimarães
- Ediala Prado de Souza
- Eloi Pethechust
- Emerson Gabardo
- Eneida Desiree Salgado
- Fabrício Motta
- Felipe Klein Gussoli
- Fernando Gama de Miranda Netto
- Fernando Menezes de Almeida
- Gabriel Morettini e Castella
- Gustavo Miranda Loures
- Ingo Wolfgang Sarlet
- Irmgard Elena Lepenies
- João Guilherme Walski de Almeida
- José Osório do Nascimento Neto
- Juan Carlos Cassagne
- Luasses Gonçalves dos Santos
- Luciana Procêke Tambosi
- Luciano Elias Reis
- Luiz Alberto Blanchet
- Luzardo Faria
- Marcio Araujo Wilinski
- Maria Clara Dias Abboud Hanna
- Maria Sylvia Zanella Di Pietro
- Maurício Zockun
- Odete Medauar
- Paola Nery Ferrari
- Pedro Pannuti
- Priscila Beppler Santos
- Priscila Giannetti Campos Pires
- Rafael Valim
- Regina Maria Macedo Nery Ferrari
- Renan Guedes Sobreira
- Renato Cardoso de Almeida Andrade
- Ricardo Marcelo Fonseca
- Rodrigo Pironi Aguirre de Castro
- Rogério Gesta Leal
- Samia Yasmim Yousseif Duque Regnier
- Saulo Lindorfer Pivetta
- Tarso Cabral Violin
- Thiago Lima Breus
- Thiago Priess Valiati
- Vitor André Brandão Müller
- Vivian Lima López Valle
- Weida Zancaner
- Zaki Akel Sobrinho

O Direito Administrativo no século XXI vem experimentando significativas mudanças. Muitos dos conceitos e teorias tradicionalmente utilizados para a explicação dos institutos desse ramo jurídico – alguns desde o século XIX – já não são capazes de se adequar aos desafios contemporâneos, exigindo da comunidade jurídica a busca por novas soluções. Essa é a temática central do presente livro – **DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS TRANSFORMAÇÕES ATUAIS** – que consiste nos anais do seminário de mesmo título promovido em homenagem à aposentadoria do Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, com o financiamento do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP) da CAPES. A obra, composta por artigos de renomados administrativistas nacionais e estrangeiros vinculados a catorze universidades distintas, divide-se em nove partes: Parte I – Homenagens ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho; Parte II – Direitos fundamentais sociais e Administração Pública; Parte III – Administração Pública e Constituição: novos paradigmas; Parte IV – Serviços públicos e suas transformações atuais; Parte V – Processo administrativo: desafios contemporâneos; Parte VI – Contrato administrativo: novas perspectivas; Parte VII – Responsabilidade civil do Estado e controle da Administração: transformações contemporâneas; Parte VIII – Artigos vencedores do Concurso de Artigos Jurídicos “Prêmio Professor Romeu Felipe Bacellar Filho” e da Sessão de Comunicados Científicos; Parte IX – Resumos dos trabalhos apresentados na Sessão de Comunicados Científicos.



DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS TRANSFORMAÇÕES ATUAIS



COORDENADORES
DANIEL WUNDER HACHEM
EMERSON GABARDO
ENEIDA DESIREE SALGADO

COORDENADORES
DANIEL WUNDER HACHEM
EMERSON GABARDO
ENEIDA DESIREE SALGADO

DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS TRANSFORMAÇÕES ATUAIS

HOMENAGEM AO PROFESSOR
ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO



NUPESUL
Núcleo de Pesquisa em
Direito Público do Mercosul



EDITORA ÍTHALA

COORDENADORES

DANIEL WUNDER HACHEM

Professor do Departamento de Direito Público da UFPR e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR. Coordenador Executivo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Diretor Acadêmico do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Membro da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo e do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Advogado.

EMERSON GABARDO

Professor do Departamento de Direito Público da UFPR. Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR. Pós-Doutorado pela Fordham University School of Law (Nova York). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Diretor Executivo do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Membro da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo e do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Advogado.

ENEIDA DESIREE SALGADO

Professora do Departamento de Direito Público da UFPR, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFPR. Pós-Doutorado pela Universidad Nacional Autónoma de México. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Vice-Líder do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Membro da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo e do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Advogada.

COORDENADORES
DANIEL WUNDER HACHEM
EMERSON GABARDO
ENEIDA DESIREE SALGADO

DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS TRANSFORMAÇÕES ATUAIS

HOMENAGEM AO PROFESSOR
ROMEUI FELIPE BACELLAR FILHO

ANAIS DO SEMINÁRIO REALIZADO NA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ



CONSELHO EDITORIAL

Ana Claudia Santano: Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha. Pós-doutoranda em Direito Público Econômico pela PUC/PR. Professora de diversos cursos de pós-graduação no Brasil e exterior.

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

Emerson Gabardo: Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University.

Fernando Gama de Miranda Netto: Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo

permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito (UFF).

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro: Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora da Faculdade Paraíso – FAP, em Juazeiro do Norte-CE, de graduação e pós graduação. Professora substituta da Universidade Regional do Cariri – URCA, professora colaboradora do Instituto Romeu Felipe Bacellar desde 2006, em Curitiba/PR.

Luiz Fernando Casagrande Pereira: Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira: Doutor em Direito pela UFSC. Mestre e Graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e pós-graduação em Direito da UFSM. Coordenador do Curso de Direito da UFSM. Editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM.

D598 Direito administrativo e suas transformações atuais – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná / coordenação Daniel Wunder Hachem, Emerson Gabardo, Eneida Desiree Salgado – Curitiba: Íthala, 2016. 676p.; 23cm

ISBN 978-85-5544-026-7

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. 3. Contrato administrativo. I. Hachem, Daniel Wunder (coord.). II. Gabardo, Emerson (coord.). III. Salgado, Eneida Desiree (coord.). IV. Título.

CDD 342 (22.ed)
CDU 342.9

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

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2016. 676 p. ISBN 978-85-5544-026-7

Editora Íthala Ltda.
Rua Aureliano Azevedo da Silveira, 49
Bairro São João
82030-040 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Duilio David Scrok
Foto da capa: Antônio Seixas
Projeto Gráfico e Diagramação: Duilio David Scrok


Associação Brasileira de Direitos Reprográficos
Respeite o direito autoral!

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

COORDENADORES
DANIEL WUNDER HACHEM
EMERSON GABARDO
ENEIDA DESIREE SALGADO

DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS TRANSFORMAÇÕES ATUAIS

HOMENAGEM AO PROFESSOR
ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

ANAIS DO SEMINÁRIO REALIZADO NA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ



SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| PREFÁCIO..... | 11 |
| Clèmerson Merlin Clève | |
| APRESENTAÇÃO | 19 |
| Daniel Wunder Hachem, Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado | |

PARTE I

HOMENAGENS AO PROFESSOR ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

| | |
|--|----|
| HOMENAGEM DA REITORIA DA UFPR..... | 23 |
| Zaki Akel Sobrinho | |
| HOMENAGEM DA FACULDADE DE DIREITO DA UFPR – O SABOR AGRIDOCE: NOTAS SOBRE UM PROFESSOR QUE A MEMÓRIA INSTITUCIONAL PRESERVARÁ..... | 25 |
| Ricardo Marcelo Fonseca | |
| HOMENAJE DE LOS ADMINISTRATIVISTAS IBEROAMERICANOS..... | 29 |
| Irmgard Elena Lepenies | |
| HOMENAGEM DOS DISCÍPULOS | 35 |
| Daniel Wunder Hachem | |
| HOMENAGEM DOS ESTUDANTES | 39 |
| Luzardo Faria | |

PARTE II

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

| | |
|--|----|
| DILEMAS NA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 45 |
| Clèmerson Merlin Clève | |
| Bruno Meneses Lorenzetto | |
| NOTAS SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA INTERPRETAÇÃO PELO STF NO ÂMBITO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COM BASE NOS DIREITOS SOCIAIS..... | 65 |
| Ingo Wolfgang Sarlet | |
| Carolina Zancaner Zockun | |
| CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO AO EMPREGO: NOVAS PERSPECTIVAS DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PROATIVA | 89 |
| José Osório do Nascimento Neto | |

A PREVIDÊNCIA SOCIAL MUNICIPAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL 107
Paola Nery Ferrari

RESTRICÇÕES À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS 117
Saulo Lindorfer Pivetta

PARTE III

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSTITUIÇÃO: NOVOS PARADIGMAS

LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PÚBLICO 137
Juan Carlos Cassagne

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RECIPROCIDADE: SUA OBSERVÂNCIA PELO PARTICULAR E PELO ESTADO COMO GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO 191
Luiz Alberto Blanchet

A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGALIDADE MEDIANTE O PRESTÍGIO DE UMA IDEIA EQUIVOCADA DE EFICIÊNCIA E UMA VISÃO NIILISTA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES 207
Emerson Gabardo

ORGANIZAÇÃO ESTRUTURAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA 217
Fabício Motta

NEOLIBERALISMO E A CONSTITUIÇÃO SOCIAL 227
Tarso Cabral Violin

A SOCIEDADE DE RISCO E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 243
Renato Cardoso de Almeida Andrade

PARTE IV

SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS TRANSFORMAÇÕES ATUAIS

APONTAMENTOS SOBRE CONCESSÃO E O SEU DESEMPENHO COMO EXERCÍCIO DE UMA FUNÇÃO ESTATAL 263
Celso Antônio Bandeira de Mello

TRANSFORMAÇÕES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL 271
Maria Sylvia Zanella Di Pietro

AS (IN)SUFICIÊNCIAS NORMATIVAS AO COMBATE DA CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL 285
Rogério Gesta Leal

| | |
|--|-----|
| SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL | 303 |
| Adriana da Costa Ricardo Schier | |

PARTE V

PROCESSO ADMINISTRATIVO: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

| | |
|---|-----|
| PROCESSO ADMINISTRATIVO: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS | 321 |
| Odete Medauar | |
| O SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 331 |
| Regina Maria Macedo Nery Ferrari | |
| O DIREITO HUMANO À COMUNICAÇÃO PRÉVIA E PORMENORIZADA DAS ACUSAÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: O DESPREZO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS | 349 |
| Daniel Wunder Hachem | |
| Eloi Pethechust | |
| A PROCESSUALIZAÇÃO DA COMPETENCIA DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ... | 379 |
| Ana Cláudia Finger | |

PARTE VI

CONTRATO ADMINISTRATIVO: NOVAS PERSPECTIVAS

| | |
|--|-----|
| O CONTRATO ADMINISTRATIVO PROMOVEDO O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL: VERDADEIRA TRANSFORMAÇÃO OU SIMPLES REVELAÇÃO? | 405 |
| Daniel Ferreira | |
| O REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS VOLUNTÁRIAS COM AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.019/2014 | 419 |
| Cristiana Fortini | |
| Priscila Giannetti Campos Pires | |
| REFLEXÕES SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC... | 441 |
| Rafael Valim | |
| AUTORIDADE E CONSENSO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UM REPOSICIONAMENTO DO REGIME JURIDICO CONTRATUAL BRASILEIRO À LUZ DA DOCTRINA EUROPEIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS | 451 |
| Vivian Lima López Valle | |

| | |
|---|-----|
| A REGULAÇÃO ESTATAL PELAS LICITAÇÕES E PELOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PARA O AVANÇO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO..... | 473 |
| Luciano Elias Reis | |

PARTE VII

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO: TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

| | |
|--|-----|
| A IMPORTÂNCIA DA NOÇÃO DE IMPUTAÇÃO PARA A ADEQUADA COMPREENSÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO..... | 489 |
| Fernando Menezes de Almeida | |
| A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ... | 505 |
| Weida Zancaner | |
| CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO | 513 |
| Edgar Guimarães | |
| RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO À LUZ DO ART. 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA | 539 |
| Maurício Zockun | |
| O ESTADO RESPONSÁVEL: EFICIÊNCIA DO CONTROLE E CONTROLE DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: SUPERANDO A CULTURA BUROCRÁTICA DOS CONTROLES PELA NOÇÃO DE <i>ACCOUNTABILITY</i> E DE NOVA GESTÃO PÚBLICA | 549 |
| Rodrigo Pironti Aguirre de Castro | |

PARTE VIII

ARTIGOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS “PRÊMIO PROFESSOR ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO” E DA SESSÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

| | |
|--|-----|
| A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS RISCOS DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL..... | 561 |
| Ana Cristina Aguilar Viana | |
| CONTRATAÇÃO PÚBLICA ESTRATÉGICA: A PROSSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS (HORIZONTAIS) POR MEIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS..... | 579 |
| Thiago Lima Breus | |
| A LEI ANTICORRUPÇÃO APLICADA AOS PARTIDOS POLÍTICOS: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO TEÓRICA..... | 603 |
| Ana Claudia Santano | |
| Fernando Gama de Miranda Netto | |

| | |
|---|-----|
| ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE O SISTEMA BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO..... | 625 |
| Bruno Guimarães Bianchi | |

PARTE IX

RESUMOS DOS TRABALHOS APRESENTADOS NA SESSÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

| | |
|---|-----|
| INEFICÁCIA DA PROTEÇÃO E CONTROLE ADMINISTRATIVO NA ESFERA AMBIENTAL..... | 647 |
| Ana Carolina Ortolani Sorgentfrei | |
| Débora Simões da Silva | |

| | |
|---|-----|
| A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL E A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO..... | 649 |
| André Fagundes | |

| | |
|--|-----|
| UM DIÁLOGO SOBRE OS DESAFIOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUANTO AO PAPEL DAS ESCOLAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS SOCIAIS | 650 |
| Antônio Domingos Araújo Cunha | |

| | |
|---|-----|
| FOMENTO SOCIAL: UMA ALTERNATIVA DO ESTADO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO | 652 |
| Bianca Mara Lecheta Rissi | |
| Samia Yasmim Yousseif Duque Regniel | |

| | |
|--|-----|
| O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO X AUTONOMIA MUNICIPAL – UMA ANÁLISE SOBRE A AUTONOMIA FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA..... | 654 |
| Bianca Valoski | |

| | |
|--|-----|
| COMO REGULAR O <i>LOBBY</i> NO BRASIL? FUNDAMENTOS E PROJETOS LEGISLATIVOS ... | 656 |
| Claudio Roberto Barbosa Filho | |
| Vitor André Brandão Müller | |

| | |
|--|-----|
| PROCESSO ADMINISTRATIVO: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS | 658 |
| Ediala Prado de Souza | |

| | |
|--|-----|
| DIREITO ADMINISTRATIVO EM TRANSFORMAÇÃO: O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO HODIERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS JOGOS..... | 659 |
| Gabriel Morettini e Castella | |
| Luciana Proceke Tambosi | |

| | |
|---|-----|
| O DIREITO ADQUIRIDO PERANTE O PODER REFORMADOR: PARA UMA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL EMANCIPATÓRIA | 661 |
| Gustavo Miranda Loures | |

A NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA APURAÇÃO DE FALTAS FUNCIONAIS E DISPENSA DE EMPREGADOS NAS EMPRESAS PÚBLICAS E NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.....663

João Guilherme Walski de Almeida

Felipe Klein Gussoli

O EMPREGADO PÚBLICO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: A GARANTIA CONSTITUCIONAL IGNORADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA NO BRASIL 665

Luasses Gonçalves dos Santos

ACESSO À INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E O DESENVOLVIMENTO DA *ACCOUNTABILITY* NO BRASIL.....667

Marcio Araujo Wilinski

O REGIME JURÍDICO DO PROGRAMA MAIS MÉDICOS PARA O BRASIL.....668

Maria Clara Dias Abboud Hanna

A POSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DO MENOR SOB GUARDA JUDICIAL COMO DEPENDENTE DO SEGURADO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DO PARANÁ: AUTONOMIA FEDERATIVA ESTADUAL E IRRELEVÂNCIA DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL PREVIDENCIÁRIA670

Pedro Pannuti

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL672

Priscila Beppler Santos

EDUCAÇÃO, ORDENS JUDICIAIS E ORÇAMENTO PÚBLICO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ673

Renan Guedes Sobreira

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA OU CONFLITUOSA? 674

Thiago Priess Valiati

PREFÁCIO

No final do ano passado, a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná promoveu importante conclave reunindo os mais renomados publicistas do país, inclusive alguns estrangeiros, para prestar justa homenagem ao *Professor Titular Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho* no momento em que ele se aposentava. Esta obra, primorosamente organizada, nasce das conferências e palestras apresentadas naquele inolvidável evento. Trata-se de livro que, reverenciando o aclamado professor de Direito Administrativo, mercê de sua inequívoca qualidade, será recebido com entusiasmo pela comunidade jurídica nacional.

Falar do homenageado é muito fácil. Conheci o Romeu em Londrina em um seminário organizado pela Justiça Estadual no qual ambos falaríamos na sessão de encerramento. Retornamos juntos a Curitiba, tendo nascido aí uma amizade sólida, fraternal e respeitosa. Romeu já era um jurista consagrado, um doutor de fato. Mas os tempos passaram a reclamar a titulação formal. Destemido, ingressou no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal, onde já lecionava. Tive o privilégio de contar com ele em minhas classes, no mestrado e no doutorado, e, mais, de orientá-lo na elaboração de sua tese doutoral. A tese, hoje livro indispensável, é uma das joias da literatura jurídica brasileira.

Além de jurista festejado, professor querido e competente, Romeu é um ser humano único, amável, sensível e solidário. Essa humanidade que aparece em todas as coisas que faz, caracteriza também seu modo de ser como pai, amigo, filho, esposo, irmão ou profissional. Por onde passa, deixa admiradores.

Incansável, foi dedicado servidor do Tribunal de Justiça do Paraná, tendo exercido o cargo de Secretário Geral. Foi Professor em três Faculdades de Direito na Capital do Paraná, tendo alcançado posição de relevo em todas. Advogado exitoso, atuou igualmente como membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Fundador de entidades e grupos de pesquisa dedicados ao estudo do Direito Público, foi também Presidente dos Institutos Paranaense e Brasileiro de Direito Administrativo. Recebeu homenagens e títulos de várias universidades estrangeiras. É, certamente, um dos administrativistas mais respeitados do país na atualidade, tendo trabalhado imensamente para colocar o Paraná no mapa do Direito Público Brasileiro. É um líder, tendo estimulado uma série de professores e pesquisadores talentosos que hoje fazem a diferença na produção jurídica nacional. Com tantos atributos, é fácil, como disse antes, falar do Romeu.

A cátedra do Romeu na Universidade Federal do Paraná não se contentava em reproduzir os discursos dominantes. Ao contrário, tomava sempre posição a propósito das

questões sensíveis do direito público, caminhando, muitas vezes, com destemor e para proveito do alunado que adorava, contra a corrente.

Penso que vale a pena consignar, aproveitando, sempre que possível, as palavras do próprio Romeu, o pensamento da Cátedra a respeito dos temas mais sensíveis.

I. SOBRE A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

A produção intelectual do Romeu desdobrou-se em três linhas principais, nas quais se agrupam os eixos temáticos mais recorrentes: 1. *Bases constitucionais do Direito Administrativo*; 2. *Administração Pública entre Direito Público e Direito Privado*; 3. *Perspectivas jurídicas do Mercosul e do Direito Administrativo Iberoamericano*.

Enquadrada na linha de pesquisa *Perspectivas da Dogmática Crítica*, a releitura dos diversos institutos do Direito Administrativo à luz das normas e valores emanados da Constituição Federal representa, à luz das atividades da Cátedra, uma das possíveis formas de produção de uma “crítica à dogmática jurídica administrativista sedimentada sobre bases conservadoras, legalistas e autoritárias”. Tratou-se, portanto, para o homenageado, “de interpretar o Direito Administrativo em favor do cidadão, da sua dignidade e da realização plena de seus direitos fundamentais.”¹

A Constituição, como insiste Bacellar Filho, “desempenha um importante e inoldívável papel no sistema jurídico enquanto programa político para o futuro. Entre outras funções, a Constituição atua como a utopia do direito positivo, contendo as prospectivas de transformação do próprio direito em direção ao caminho da igualdade dos direitos fundamentais”.²

Nesse sentido, “A supremacia da Constituição sobre todas as normas impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito Administrativo seja levado a cabo conforme os princípios constitucionais. Concretiza-se um movimento da Constituição em direção à Administração ou ao Direito Administrativo, e da Administração e do Direito Administrativo para a Constituição.”³

Sustentou Romeu que “a disciplina constitucional administrativa alberga novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um ‘Direito Administrativo autoritário’, marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do patrimônio do cidadão. Afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros

¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 22-23.

² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 155-156.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1990. p.139.

valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o administrador exerceu suas prerrogativas, por muito tempo, de modo hegemônico e incontestável.”⁴

Ora, para Romeu, “a afirmação de princípios constitucionais expressos da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*) – altera a perspectiva de um Direito Administrativo ancorado unilateralmente no princípio da legalidade. Além de o sentido e alcance da legalidade dependerem da interpenetração com os demais, não se pode perder de vista a visão conjuntural, da inserção num sistema constitucional.”⁵

II. SOBRE O PODER

Aqui, Romeu acompanha sem hesitação o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello para afirmar que “A expressão *poder*, estigmatizada durante o período ditatorial, encontra-se, portanto, melhor entendida como *prerrogativa*. Ou então, como *dever-poder*”.

Nesse sentido, “Todo o exercício de poder implica dose de sujeição, de coerção exercida pelo detentor sobre os destinatários, pressupondo determinação de atitudes destes últimos. Contudo, o poder não se autorrealiza; configura instrumento de trabalho adequado à realização das tarefas administrativas através de atendimento às aspirações coletivas. Não houvesse destinatário – o povo – inexistiria razão para existência do poder. Logo, se a existência do poder pressupõe relação de hierarquia entre poder e povo, esta somente se justifica quando o poder direciona-se em função deste.”⁶

III. SOBRE A FINALIDADE PÚBLICA E O BEM COMUM

Na famosa lição do homenageado, “A Administração Pública, considerada um aparelhamento constituído pelo Estado para satisfazer o bem comum, deve ter realçada, em sua atuação, a compreensão de que o Estado é uma síntese de todos. Defeso, portanto, qualquer tratamento privilegiado ou discriminatório aos destinatários de seus atos. A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.”⁷

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr/jun. 2003, p. 03.

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 27.

⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 25.

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 26.

IV. SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROCESSO

Neste tema, a publicação central que condensa suas ideias é o livro *Processo Administrativo Disciplinar*⁸ que resultou de sua vitoriosa tese doutoral.

Com fulcro na distinção entre processo e procedimento, Bacellar Filho defende “a construção de um núcleo comum de processualidade extraído da Constituição Federal, composto por um plexo de princípios constitucionais e direitos fundamentais constitutivos de um regime jurídico aplicável a toda e qualquer modalidade de processo, administrativo ou judicial, assegurado para garantir a dignidade do cidadão no curso do processo.”⁹

Daí porque o seu pensamento caminha no sentido da defesa “da incidência maximizada dos princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência) no processo administrativo disciplinar, bem como dos princípios constitucionais processuais, tais como: juiz natural (art. 5º, LIII), devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), e presunção de inocência (art. 5º, LVII).”¹⁰

Então, o “processo administrativo – enquanto garantia constitucional – possibilita a regulação do exercício da competência (garantia geral de estrutura do ordenamento jurídico” e age como instrumento de proteção do indivíduo perante a ação daquela competência”.¹¹

V. SOBRE O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Aqui, o discurso de Romeu é eloquente: “A atuação da Administração Pública deve ser sempre marcada por uma pauta previsível, não havendo lugar para ciladas, rompantes ou açodamentos a caracterizar uma ‘administração de surpresas’”.¹²

VI. SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO DO ESTADO SOCIAL

Neste terreno, o seu pensamento opera significativo giro: – “a *mudança paradigmática* – de direitos fundamentais negativos a direitos fundamentais positivos – importará, como reflexo, uma *mudança* paradigmática no campo da Administração: da Administração de agressão para a Administração de prestação, do Estado de Direito para o Estado Social, da Administração de autoridade para a Administração de cooperação”.¹³

⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 28-29.

¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 29.

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 62.

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consectários. In: _____ **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 25.

¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. In: Instituto de Direito Administrativo de Goiás (IDAG); Fabrício Motta.

VII. SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A CONSTITUIÇÃO

Postulando a unidade constitucional do processo administrativo, (...) Romeu assinala “a coincidência do regime principiológico aplicável ao *processo administrativo* em geral com o conjunto de princípios incidentes sobre o *processo administrativo* tributário em particular. Sobre o *procedimento* tributário, destaco que ‘Da incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública, sob a perspectiva procedimental sobre a *tributação*, decorrerá, principalmente: (i) do *princípio da legalidade* estrita, os princípios do *formalismo moderado* e da *oficialidade* do procedimento administrativo tributário, (ii) do *princípio da impessoalidade*, as garantias de objetividade do procedimento administrativo tributário, (iii) do *princípio da moralidade*, o *princípio da boa-fé e da lealdade* nas relações entre Fisco e contribuinte que importa a vedação da surpresa, (iv) do *princípio da publicidade*, a publicização do procedimento administrativo tributário, (v) do *princípio da eficiência*, a necessidade da fixação de um sistema coerente de competências administrativas tributárias e o estabelecimento de procedimentos sumários, desenvolvidos em prol da tutela diferenciada”^{14, 15}

VIII. SOBRE O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Partindo da premissa de que no Direito brasileiro o tema da função pública encontra-se intimamente relacionado aos postulados constitucionais¹⁶, busca “conferir realce a diversos aspectos e princípios constitucionais cuja observância é imprescindível para a valorização da função pública, tais como o princípio da impessoalidade, a polêmica questão da ascensão funcional e a responsabilização do servidor público por desempenho funcional ineficiente. ‘A implementação de um sistema de mérito no funcionalismo público é emergencial. A profissionalização da função pública exige não somente o fortalecimento do concurso público (e a necessidade de se privilegiar interpretações restritivas quanto aos cargos em comissão que constituem exceção à regra do concurso), como também um adequado plano legislativo de carreira, em todos os níveis da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)”^{17, 18}

(Org.). **Direito Público Atual**: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 319.

¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios de direito administrativo e tributação: fronteiras e implicações. In: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. (Org.). **Justiça Tributária**: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 771.

¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 31.

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. In: _____. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 31.

¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. In: _____. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 42.

¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 35.

Especificamente sobre o tema da constitucionalização do serviço público, Bacellar Filho defende a existência, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, de um *direito fundamental ao serviço público adequado*, com assento no inciso IV, do artigo 175, da Lei Fundamental de 1988. “Tal direito outorgaria ao seu titular – o cidadão brasileiro – a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade.”¹⁹

Sustentou, por outro lado, que o concurso público “ostenta, simultaneamente, a natureza jurídica de *princípio constitucional* (art. 37, II, CF) e de processo administrativo, atraindo para si, por consequência, a incidência dos princípios constitucionais processuais.”²⁰

IX. SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Aqui Romeu é peremptório ao afirmar não ser tolerável “a aplicação do Direito Privado com vistas à fuga do regime jurídico de Direito Público, permitindo-se a sua incidência nas relações que envolvem a Administração Pública tão-somente quando tal ocorrência não significar o afastamento de um sistema jurídico protetivo do cidadão e dirigido ao atingimento do interesse público.”²¹

É imprescindível, nos termos de suas lições, “a compreensão que a constitucionalização do Direito Administrativo e do Direito Civil está relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente na perspectiva dos direitos fundamentais.”²² Nesse caminho, para Bacellar Filho, o “Direito Administrativo atua, por consequência, como o Direito *normal* da Administração Pública e o Direito Privado como Direito *excepcional*.”²³

X. SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Nos seus escritos sobre *Responsabilidade Civil Extracontratual Das Pessoas Jurídicas De Direito Privado Prestadoras De Serviço Público*²⁴ Romeu defende “a unicidade do

¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 38.

²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O concurso público e o processo administrativo. In: MOTTA, Fabricio (Org.). **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 73-89.

²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 23.

²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 41.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 42.

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 6, p. 11-47, 2000; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 9, p. 13-59, 2002; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 25, p. 1993-2014, 2003; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A responsabilidade civil

regime jurídico de responsabilidade civil do Estado em relação às pessoas jurídicas, seja de direito público ou privado, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica, por ação ou omissão, que” a seu ver “deve ser invariavelmente objetiva, vale dizer, independe da comprovação de culpa estatal, bastando a demonstração do nexo de causalidade.”²⁵

Por isso, “ao afirmar, pela primeira vez, na história do constitucionalismo pátrio, a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Privado ao lado das pessoas jurídicas de Direito Público, a Constituição Federal de 1988 buscou corrigir as distorções da experiência passada. Em se tratando de Administração Pública, a personalidade jurídica é um elemento acessório, que não pode ser utilizado como determinante para a opção do regime jurídico de responsabilidade.”²⁶

XI. SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO

Cuidando desse tema,²⁷ Bacellar Filho promove uma interpretação da teoria da *faute du service* distinta daquela empreendida por parte da doutrina, sustentando que “o *arrêt Blanco* e a teoria juspublicista que acabou por suscitar no bojo da temática da responsabilidade civil do Estado constituem o embrião da teoria objetiva de responsabilização do Poder Público por danos causados a terceiros.”²⁸ Assim, o Professor defende “que a responsabilidade civil do Estado por omissão no direito brasileiro é objetiva, e, portanto, independente da comprovação de dolo ou culpa da máquina estatal. Trata-se de uma leitura do art. 37, §6º em consonância com a idéia de dignidade da pessoa humana e proteção do cidadão contra a vedação de inoperância da Administração Pública.”²⁹

XII. SOBRE CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA E INICIATIVA PRIVADA

No que concerne à Contratação Administrativa,³⁰ o Professor afirma que “o contrato consiste em uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito

extracontratual do Estado. Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Revista argentina del régimen de la administración pública**, v. 370, p. 331-354, 2009.

²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 46.

²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A responsabilidade extracontratual da administração pública na constituição brasileira de 1988. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**, São Paulo: RT, 2014.

²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez. (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 293-336.

²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 47.

²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 47.

³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: Romeu Felipe Bacellar Filho (Org.). **Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 307-326; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. In: CARLIN, Volnei Ivo

público, com caráter de exclusividade. (...) Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjektável a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado por um misto de prerrogativas e sujeições. O contrato administrativo não se liberta, porém, de algumas características próprias a qualquer avença, insista-se, da categoria 'contrato'. Como consecutório de uma obrigação, o contrato resulta de um acordo de vontades. A autonomia, temperada pela função social do contrato, constitui elemento imprescindível a ser observado em qualquer avença."³¹

XIII. CONCLUSÃO

O pensamento do Romeu é lúcido, claro e elaborado. É importante que as suas ideias sejam divulgadas de modo a permitir que os novos estudantes possam conhecer um pouco da história de nossa centenária Faculdade e, mais precisamente, aquilo que foi desenvolvido pela Cátedra de Direito Administrativo, ocupada por juristas de peso como o saudoso Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, o competente Marçal Justen Filho e, depois, seguindo com o mesmo padrão de qualidade e dedicação, pelo Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Obrigado Romeu pelas belíssimas lições proferidas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e, mais do que isso, pelo seu exemplo como ser humano, docente, pesquisador, líder e jurista. Tenha certeza que as lições e o exemplo permanecerão, para sempre, gravados na memória da Escola de Direito da Praça Santos Andrade.

Curitiba, 1º de março de 2016.

Prof. Titular Dr. Clèmerson Merlin Clève

Professor Titular de Direito Constitucional da UFPR

(Org.). **Grandes temas de direito administrativo**: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. 1 ed. Campinas: Conceito Editorial e Millennium Editora, 2009, p. 767-783; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. **Revista do Advogado**, v. 107, p. 155-167, 2009; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: _____. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 161-179.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Memoriais para o concurso público de Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: UFPR, 2010. p. 48.

APRESENTAÇÃO

As universidades possuem diversos professores, como é natural. Poucos, no entanto, revelam-se como verdadeiros mestres, capazes de se elevar da altura comum e inspirar gerações e gerações de estudantes, formando opiniões e transformando o conhecimento científico mediante a adoção de posturas ousadas e inovadoras. Esse é o perfil do Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná, que em sua trajetória acadêmica lecionou nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR, foi Chefe do Departamento de Direito Público por sucessivas gestões e fundou e coordenou o NUPESUL, primeiro núcleo de pesquisas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

Admirado por seus alunos e colegas professores, o Professor Romeu dedicou a sua carreira a três objetivos principais: (i) disseminar um pensamento crítico e transformador do Direito Administrativo, negando a sua condição de “Direito do Estado” para afirmá-lo como “Direito do cidadão” e rechaçando a interpretação retrospectiva desse ramo jurídico, sempre defendendo a adequação da disciplina aos ditames do Estado Constitucional de Direito; (ii) promover jovens talentos e estimular os estudiosos do Direito Administrativo paranaense a despontar no cenário jurídico nacional, mediante a organização de congressos e seminários que permitissem a participação de todos aqueles que tivessem boas e novas ideias; (iii) realizar uma integração do Direito Administrativo dos países latino-americanos, por meio de projetos e eventos internacionais nos quais os administrativistas pudessem conhecer a realidade dos ordenamentos jurídicos vizinhos e identificar soluções eficientes para problemas comuns.

Após décadas de dedicação à cátedra de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFPR, em setembro de 2015 o Professor Romeu Bacellar jubilou-se do cargo de Professor Titular. Embora tenha deixado o vínculo formal com a instituição, jamais abandonará a universidade, pois suas lições se manterão presentes todos os dias nas salas de aula.

Para celebrar esse momento histórico, o Centro Acadêmico Hugo Simas, o NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais e o NUPESUL – Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul (ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR), com o patrocínio da CAPES, da OAB-PR, da Editora Fórum, do Bonnjur e do Centro de Estudos Jurídicos Luiz Carlos, promoveram nos dias 14 a 17 de setembro o Seminário **Direito Administrativo e suas transformações atuais**, na Faculdade de Direito da UFPR, em Curitiba, Paraná. Com o salão nobre lotado nos oito painéis do evento, a comunidade acadêmica teve o privilégio de assistir conferências e mesas de debate compostas pelos mais

destacados administrativistas brasileiros, com a participação especial de dois renomados juristas argentinos.

Entre os convidados, estiveram presentes professores de doze instituições de ensino superior brasileiras (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Universidade de São Paulo, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Goiás, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Universidade de Santa Cruz do Sul, Universidade Federal do Paraná, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Universidade Positivo, UniBrasíl, Universidade Tuiuti do Paraná, Faculdades Dom Bosco e Unicuritiba) e duas estrangeiras (Universidad de Buenos Aires e Universidad Nacional del Litoral), com representantes de dez Programas de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* de quatro Estados da federação brasileira e uma instituição argentina.

A obra que ora se apresenta consiste nos anais do evento, congregando os artigos completos elaborados pelos professores participantes e pelos primeiros colocados no Concurso de Artigos Jurídicos “Prêmio Professor Romeu Felipe Bacellar Filho”, bem como os resumos dos comunicados científicos apresentados e defendidos publicamente perante Comissão Examinadora no curso do seminário. Todos eles versam sobre a temática central da obra, que teve como enfoque as mudanças de paradigmas ocorridas nos institutos do Direito Administrativo no século XXI e as transformações por eles experimentadas na atualidade. Pretende-se, com este livro, registrar os profícuos debates travados ao longo do seminário e render uma justa homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pela sua importância ímpar na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Agradecemos profundamente à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/MEC), que por meio de seu *Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP)*¹ forneceu os recursos para o financiamento público desta publicação; aos demais patrocinadores do evento, por tornarem possível a sua realização; às instituições organizadoras do seminário, em especial ao Centro Acadêmico Hugo Simas, na pessoa de seu dirigente Luzardo Faria, cuja participação foi imprescindível tanto para o êxito do evento quanto para a publicação deste livro; à Editora Íthala, que com tanto sucesso desenvolveu o projeto editorial da presente obra e a transformou em realidade.

Curitiba, março de 2016.

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Prof. Dr. Emerson Gabardo
Profª Drª Eneida Desiree Salgado
Coordenadores

¹ O financiamento foi empreendido por meio do processo PAEP 3393/2015-76 – CAPES, coordenado pela Profª Drª Eneida Desiree Salgado, da UFPR.

PARTE I

HOMENAGENS AO PROFESSOR ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO



HOMENAGEM DA REITORIA DA UFPR

ZAKI AKEL SOBRINHO*

A Universidade Federal do Paraná, ao longo de seus 103 anos de trajetória transformando o Estado do Paraná e o Brasil por meio da Educação, sempre teve em seus quadros professores que honraram o sonho de seus fundadores Vitor Ferreira do Amaral e Nilo Cairo, de assegurarem a Emancipação intelectual de nossa gente.

Este é o caso do nosso estimado colega e amigo Romeu Felipe Bacellar Filho, que em sua riquíssima trajetória profissional e pessoal deixou marcas indeléveis tanto em nossa UFPR como naqueles que tiveram o privilégio de com ele conviver. Quando de emocionante sessão em homenagem a sua aposentadoria em nossa Instituição, testemunhei em diversos depoimentos de colegas de magistério, de profissão e sobretudo de seus alunos/discípulos o unânime reconhecimento por suas características mais marcantes: competência, dedicação, integridade e benevolência.

Durante toda a sua vida, ele tem tido grande destaque e reconhecimento em diversas dimensões da sua multifacetada atuação. Como docente, influenciou fortemente a formação de milhares de estudantes, muitos dos quais tornaram-se verdadeiros discípulos e seguidores de seus ensinamentos. Atuando tanto na graduação como na pós-graduação, deu grandes contribuições ao Setor de Ciências Jurídicas da UFPR atuando como Professor Titular de Direito Administrativo. Autor de diversas publicações, sua obra sobre Direito Administrativo tornou-se referência acadêmica e profissional em nosso país. Teve ainda vibrante atuação como dirigente de renomadas entidades nacionais e internacionais ligadas a esta área. Sua vida profissional igualmente representa campo de grandes realizações, com enorme prestígio materializado em um dos mais concorridos escritórios de Direito em nosso Estado.

Mas, sem dúvidas, a característica que a todos nós mais sensibiliza é a sua elevada dimensão humanística. A generosidade com todos os que com ele convivem, em especial aos que mais necessitam, seu jeito lhano e desprovido de vaidade, e a própria criação do Instituto Romeu Felipe Bacellar, perenizando a memória de seu pai, talvez possam explicar por que é tão estimado e respeitado.

* Reitor da Universidade Federal do Paraná (2008-2012 e 2013-2016). Professor Titular do Setor de Ciências Sociais Aplicadas da UFPR. Doutor em Administração pela USP. Mestre em Administração pela UFRJ. Graduado em Administração pela UFPR.

ZAKI AKEL SOBRINHO

Como Reitor da Universidade Federal do Paraná aproveito esta ocasião para expressar o reconhecimento e a gratidão pelos relevantes serviços prestados e pelos exemplos de dedicação e amor a nossa Universidade e à Educação.

HOMENAGEM DA FACULDADE DE DIREITO DA UFPR

O sabor agridoce: notas sobre um professor que a memória institucional preservará

RICARDO MARCELO FONSECA*

A vida é agridoce. Ouvi essas palavras de um filósofo (filósofo que é, aliás, professor da nossa Faculdade de Direito na UFPR). E isso parece ter sentido: mesmo para quem tem uma trajetória afortunada, é da ordem das coisas também machucar-se com espinhos. Para quem tem uma trajetória desafortunada, também é da ordem das coisas se deparar ocasionalmente com flores perfumadas. Talvez saber temperar o sabor agridoce da vida seja um dos grandes segredos da existência.

Esse momento em que vivemos agora na Faculdade de Direito da UFPR é, sem dúvida alguma, um exemplo clássico de um momento agridoce. De um lado, é uma alegria recebermos esse evento prestigioso, com palestrantes prestigiosos. É uma alegria celebrar a trajetória do professor Romeu Bacellar. É uma alegria estar rodeado de amigos. Mas de outro lado, vem o sabor agrume de saber que toda essa celebração é na verdade uma despedida, que essa reunião vai se dar em vista da saída de nosso convívio acadêmico, por jubramento, do professor Romeu.

Mas por outro lado, numa situação como a que hoje vivemos aquilo que deve nos consolar é que a academia é – ou ao menos deve ser – um espaço em que a memória deve ter uma centralidade; um lugar em que, por sua própria natureza, o valor daquilo que vivemos hoje deve ser em grande medida medido, explicado e extraído daquilo que vivemos ontem; um lugar em que nos identificamos como um ponto numa linha que já vem de longe,¹ uma linha da qual nos sentimos ao mesmo tempo integrantes e continuadores, uma linha que leve adiante aquilo que, no passado mais recente ou mais remoto, faz de nós aquilo que somos. Essa metáfora não é nova, nem mesmo na ciência jurídica: Savigny em meados do

* Professor da Graduação e do Programa de pós-graduação e atual Diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Pesquisador do CNPq.

¹ Uso aqui livremente uma conhecida metáfora contida num texto de Paolo Grossi, publicado (entre outros lugares) em GROSSI, Paolo. **Società, diritto, Stato**: un ricupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006, p. 3 e ss.

século XIX já dizia, no prólogo de um dos seus grandes livros, que uma das grandes tarefas da ciência e da academia é “*respeitar tudo o que aqueles que vieram antes de nós fizeram de grande*”.²

Bem, se assim é, o que celebramos hoje é, se bem prestamos atenção, um momento importante que na verdade guarda lugar em uma linha que não se estanca aqui, que prossegue e que não há como se apagar da memória institucional: a presença, ontem, hoje e amanhã, do professor Romeu Bacellar.

E a memória ocupa muitas dimensões aqui nessa ocasião. Diria que em pelo menos duas dimensões mais relevantes: no modo como o próprio professor Romeu se insere, pessoalmente, nela; e no modo como ele, já como nosso docente, determina e incide sobre essa tradição institucional.

O professor Romeu, talvez se possa dizer, começa a se inserir na tradição de nossa Faculdade desde antes de cursar a Universidade. É que seu pai – que hoje dá nome ao prestigiado instituto fundado pelo seu filho – foi professor nessa centenária Faculdade. Isso já demonstra como o fio da memória institucional já estava afetando o nosso homenageado desde muito cedo. Mais adiante, quando já bacharel em direito, o pertencimento à essa linha torna-se cientificamente mais vivo, quando o professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho – que era então nosso prestigiado catedrático de Direito Administrativo – exerce sobre Romeu Bacellar Filho uma influência crucial. Mas, como era de se esperar, a verdadeira presença do professor Romeu na nossa história institucional se dá quando ele, no início dos anos 1990, torna-se professor de Direito Administrativo da casa (onde, mais tarde, também se tornará professor Titular). Aqui (a exemplo do que ocorria na sua docência em outras Faculdades jurídicas de Curitiba) ela forma gerações de estudantes; mais do que isso, ele tem esse efeito – que não é apanágio de qualquer mestre – de ser aglutinador e catalizador de seguidores; de seduzir e manter discípulos; de semear, enfim, a sua paixão e sua vocação pelo Direito Administrativo em tantos outros talentos – talentos que a esta altura germinaram e já começam, eles mesmos, a dar tantos frutos. Nos mais de 100 anos de nossa Faculdade jurídica, Romeu Felipe Bacellar Filho incidiu com sua docência e pregnante influência por 25 anos; e pela quantidade e qualidade de seus discípulos (hoje vários deles também professores dessa casa), sua influência acadêmica ainda prosseguirá por um tempo indefinido. Isso dá conta, enfim, da força de sua presença institucional para nós.

Gostaria ainda de acrescentar, se me for permitido, algumas notas pessoais: eu me sinto particularmente envolvido nessa história por algumas razões. A primeira delas é que o professor Romeu foi meu professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação. Aliás, o professor Romeu foi paraninfo na minha cerimônia de formatura – o que mostra o modo como ele impactou sobre mim e meus colegas de turma em nossa formação. Meu processo de aprendizado na matéria do Direito Administrativo, portanto, não pode ser

² SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Tomo I. Mexico: Suprema Corte de la Nación, 2004, p. 2 (edição facsimilada da espanhola, de 1879, de F. Góngora y Compañía Editopres, de Madrid).

desprendido da presença do professor Romeu Bacellar. A segunda nota pessoal se dá em outro nível institucional: é que desde que ocupo a Direção de nossa Faculdade de Direito (em 2008), a presença e a parceria do professor Romeu também foram importantíssimas. Nesse período, ele ocupou duas vezes a função de Chefe do Departamento de Direito Público e, na condução desse importante encargo, foi comprometido com uma ideia de Faculdade republicana. Ajudou-me sempre quando pude na condução das políticas institucionais que fazem de nossa Faculdade aquilo que hoje ela é. Mais do que isso: em momentos cruciais demonstrou coragem para defender o que é certo e republicano, mesmo que por isso tenha que ter sofrido custos pessoais. Isso não é algo pequeno. Isso não é algo que se esquece. Se um dia a memória institucional não registrar isso (o que não acredito que ocorrerá), minha memória pessoal, ao menos, será disso um testemunho constante.

Celebramos aqui hoje então o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, buscando temperar esse sabor agrídoco: tenhamos a convicção que esse momento é somente um ponto dentro de uma linha que prossegue – prossegue tanto do ponto de vista de sua presença institucional (já não passível de cancelamento), quanto do ponto de vista de sua presença pessoal. Afinal, se há uma certeza que posso agora declarar, é a de que a Faculdade de Direito da UFPR foi, é e sempre será a sua casa.

E finalizo com uma citação que me é muito cara (a mesma citação que fiz, aliás, quando fui convidado a me pronunciar na conclusão do concurso do professor Romeu para professor Titular): a citação final do belíssimo livro de Italo Calvino, “As cidades Invisíveis”. Diz Calvino: *“O inferno dos vivos não é algo que será; se existe, é aquele que já está aqui, o inferno no qual vivemos todos os dias, que formamos estando juntos. Existem duas maneiras de não sofrer. A primeira é fácil para a maioria das pessoas: aceitar o inferno e tornar-se parte deste até o ponto de deixar de percebê-lo. A segunda é arriscada e exige atenção e aprendizagem contínuas: tentar saber reconhecer quem e o que, no meio do inferno, não é inferno, e preservá-lo, e abrir espaço”*.³

Para mim, essa citação define bem não só boa parte dos momentos de nossa vida, como também de nossa vida dentro da Universidade (que, mesmo no seu caminhar, é plena de momentos agrídoces). E define, sobretudo, o espírito de quem, como Romeu, sempre soube reconhecer e abrir espaços para que nosso espaço acadêmico, malgrado suas naturais mazelas, fosse algo de que todos nós pudéssemos nos orgulhar e sedimentar nossa sensação de orgulho e pertencimento.

³ CALVINO, Italo. **As cidades invisíveis**. 2a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 150.

HOMENAJE DE LOS ADMINISTRATIVISTAS IBEROAMERICANOS

IRMGARD ELENA LEPENIES*

Cuando leí el programa que me enviaron, en el que se me asignaba la responsabilidad de rendir homenaje de los administrativistas iberoamericanos al queridísimo profesor Romeu Felipe Bacellar Filho, me recorrió un escalofrío al pensar que tantos destacados profesores de España, Italia, Francia y de países de nuestra América, con muchos mayores méritos y títulos estarían deseosos de transmitirle a Romeu la admiración y respeto que ha logrado!

Pero me tranquilicé recordando que es bueno saber dar, pero también lo es saber recibir, y acepté con alegría volver a este querido país, a esta bella ciudad de Curitiba, y a esta prestigiosa Facultad de Derecho de la UFPR.

Por ello, agradezco a las entidades organizadoras y en especial a Luzardo Faria, Daniel Wunder Hachem, Emerson Gabardo y Eneida Desiree Salgado, esta invitación que me permite a la par que aprender, reencontrarme con queridos amigos, esperanzarme con estos maravillosos jóvenes, y gozar dichosos días compartiendo la profunda emoción que sentimos quienes queremos a Romeu, al escuchar tanto reconocimiento y afecto hacia su persona.

Me tranquiliza además saber que Romeu conoce la humildad con la que vengo como testigo y mensajera del gran, del profundo cariño que le dispensamos quienes hemos disfrutado no sólo de sus relevantes dotes de jurista y de catedrático, sino también de su generosidad extrema, de su capacidad para generar espacios e impulsar y sostener - y no sólo a los jóvenes-, su presencia y su acción incansable para conciliar y unir a los administrativistas de nuestros respectivos países en pos de lograr que, democráticamente, se haga efectivos el interés público y el reconocimiento de los derechos fundados en la dignidad de las personas.

* Profesora Titular, por concurso, de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Fue Co-Directora de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Ex-Presidenta de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Ex-Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Miembro del Consejo Directivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Fue Fiscal de Estado de la Provincia de Santa Fe, Secretaria Técnica de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe y Juez de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Abogada, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Invoco me calidad de testigo porque desde aquellos lejanos días en que concurrió por primera vez a Argentina supliendo a su maestro, conforme nos lo ha relatado, generó respeto y lazos de amistad, en especial con Guillermo Muñoz, que se extendieron sin cesar, y más todavía cuando junto con Guillermo Muñoz, Celso Antonio Bandeira de Mello, Sabino Cassese y otros eminentes profesores de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay constituyeron en 1997 la Asociación de Derecho Público del Mercosur, que Romeu presidió desde su nacimiento hasta el año 2013, y en la que se tuvo el acierto de integrar a jóvenes profesores de nuestros países que hoy ocupan destacadas posiciones y pueden difundir y aplicar todo lo aprendido junto a él.

Lo que atestiguo fue igualmente puesto de resalto por todos los expositores que escuchamos en estos días respecto de su proverbial generosidad, su condición de guía y docente y su capacidad para incorporar, para unir, para generar valiosos vínculos direccionados a mejorar el mundo en que vivimos, creando conciencia respecto de que la doctrina europea y la interacción con sus profesores debía nutrirnos pero no hacernos olvidar la necesidad de estudiar y analizar el derecho administrativo y ciencias afines desde la realidad de nuestros pueblos, generando las instituciones, la doctrina y jurisprudencia con aptitud de resolver eficazmente los desafíos que enfrentan.

Similar actitud ha tenido en la Asociación Ibero-americana de Derecho Administrativo, que también presidió y cuya continuidad defendió con denuedo: y en su condición de miembro de las Asociaciones de Derecho Administrativo de Argentina, Chile, México, Perú, y en las numerosas Asociaciones de distintos países de nuestro continente y de Europa a las que constantemente ha prestado apoyo y colaboración.

He sido testigo de su fecunda acción en lo académico y en lo humano, y su empatía – que en modo alguno excluye su firmeza y coraje para cuestionar lo incorrecto y defender lo valioso- que le permitió lograr entre los diversos partícipes vínculos de comprensión y aceptación de las diferencias y refuerzo de las coincidencias, en pos de los altísimos objetivos comunes que siempre lo guiaron, a pesar de los obstáculos que tantas veces logran mantener divididos y enfrentados a los pueblos con olvido que pertenecemos a una misma humanidad.

También presencié en las jornadas de homenaje que se le brindó en abril de este año en la ciudad de Santa Fe, Argentina, las demostraciones de juristas de diversos países del Mercosur y de España, del profundo respeto en lo intelectual y académico y el afecto y agradecimiento que ha sabido generar.

Se ha hablado aquí de su profunda vocación docente, y de su acción como abogado comprometido y coherente con los principios que sostiene. Precisamente en esas Jornadas de Santa Fe, Pascual Caiella resaltó el apasionamiento con que acomete todo lo que se propone, y en especial su profunda vocación docente, y cómo ello *“potencia cada una de sus acciones, que son resultado no sólo de su intelecto, de sus conocimientos, sino del amor que desborda su corazón”*.

Y Ana Bezzi recordó que en un encuentro en Villa Angostura, en el sur de Argentina, trató de interrumpir - sin éxito - la conversación en la que Romeu y Jorge Salomoni enlazaban realidad, y sueños, porque más que admirar la belleza de los lagos sureños y el bosque de arayanes, les interesaba concretar los proyectos de transformación, crecimiento e integración latinoamericana. Pocos días después Jorge partió hacia a otra dimensión, pero Romeu siguió batallando en esta tierra haciendo realidad muchos de sus sueños comunes.

No me es posible reproducir aquí todas las palabras de elogio, admiración, respeto y afecto que he escuchado en esas Jornadas, pero sí quiero testimoniarlo para que esta valiosa audiencia de estudiantes comprenda la importancia del ejemplo que su querido profesor ha brindado y le han reconocido tantas personas de distintos países.

Pero como les dije, también vengo en calidad de mensajera.

En primer lugar, de las esposas de muchos colegas profesores, porque se sintieron valoradas cuando Romeu nos transmitía el reconocimiento a su querida esposa Elisabeth y la importancia que ella tuvo en su desarrollo personal y profesional, y el amor a sus hijas e hijo. También, de muchas colegas mujeres, porque en su labor de brindar oportunidades siempre dio espacio a la mujer, y eso en tiempos en que era muy difícil de lograr ya que los papeles relevantes parecían destinados para hombres.

Soy mensajera de Federico Lisa, quien gusta recordar que a su comentario acerca del estatuto argentino de 1815, que preveía el deber de contribuir a la felicidad pública, Romeu le respondió que él era muy feliz con su familia, sus hijos, nietas, amigos, pero que al ver tanto sufrimiento en los demás, su felicidad no era plena, porque no era pública. ¡De allí toda su apasionada acción para contribuir a lograrla!

Traigo el saludo, homenaje, respeto, gratitud y afecto de Domingo Sesín, que por sus funciones en la Suprema Corte cordobesa no pudo homenajearlo en abril, pero que *“anhela estar de algún modo participando en el justo y debido homenaje a su amigo, que considere y que desea transmita que Romeu... ha vencido las lejanías geográficas, idiomáticas, culturales, generando vínculos fraternos entre argentinos y brasileiros... como convicción existencial e intelectual que ha motorizado acciones concretas en la construcción de un debate libre y enriquecedor acerca de los fines, proyectos y realizaciones posibles en el marco del Mercosur. Resulta un rasgo de su personalidad la coherencia entre el obrar y el pensar, rasgo que hace posible la coincidencia empática y el diálogo teórico-práctico fecundo. Su prolífica obra permite visualizar el perfil personal y académico, y el ser fundador y presidente del Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar, institución creada en homenaje a su padre, dada la misión que le ha asignado, revela su generosidad de espíritu”*.

José Said quiere hacer presente, por mi intermedio, que el *“querido profesor y amigo Romeu supo dar las batallas necesarias para que los sueños no sufrieran pereza y quedaran rezagados a la espera de que el azar los cumpliera. Por el contrario, asumió el desafío de ser el arquitecto de su propio destino y construyó, construyó, construyó. Y por eso se*

lo debe incluir entre quienes, según Bertold Brecht, luchan toda la vida, y por eso son los imprescindibles.”

Pero además traigo, Romeu, lo que estimo es un mensaje muy especial.

Buscando un libro en lo alto de mi biblioteca, precisamente el día en que recibí la invitación para participar de este emocionante homenaje, cayeron papeles y al mirarlos, advertí que en ellos estaba el texto remitido por el querido amigo profesor Guillermo Muñoz, de las palabras con que en el año 2001 se le rindió homenaje, y que ahora me permito, en parte, reproducir:

Aclaró Guillermo que todo lo diría desde la amistad, “ porque Romeu Felipe es ante todo su amigo, su aparcerero, su hermano, pero que ello no impide verlo como realmente es, porque la amistad permite efectuar descripciones profundas, certeras y objetivas sin necesidad de que sean neutras”.

Y dijo:

“Dejemos, pues, la neutralidad... y digamos que Romeu Felipe conoce la amistad y se sumerge en ella con generosidad y sin recelos... en su universo personal, no hay lugar para mezquindades...”.

“Diversos son los aspectos de una vida tan rica en matices que se podrían elogiar: la figura del profesor, la del doctrinario, la del conferencista, la del abogado destacado, o al papel que le cupo en el formidable desarrollo de la escuela paranaense de derecho público”.

“Sin embargo, elegí centrar el reconocimiento en un aspecto que, sin duda, lo distingue y caracteriza: su capacidad para organizar cursos, congresos, seminarios, publicaciones, con todo lo que ello implica. Es decir, su capacidad y entrega en trabajar para los demás”.

“Desde hace más de diez años Romeu Felipe se desempeña como Presidente del Instituto Brasileiro de Derecho Administrativo y del Instituto Paranaense de Derecho Administrativo”.

“Cuando creamos nuestra Asociación de Derecho Público del Mercosur, nadie dudó sobre quién debía presidirla: obviamente, Romeu Felipe”.

“No hace falta que diga, pero quiero hacerlo, que nunca accedió a esos cargos para satisfacer las banalidades de la autoestima, ni para acumular antecedentes que no necesita. ¡Sólo lo hizo para trabajar, y todos sabemos cómo trabaja! Trabaja cuando organiza y trabaja cuando acompaña a los que organizan.”

“Jamás rehúsa las invitaciones por incómodas que le resulten y nunca deja de cumplir con los compromisos contraídos a pesar de que, a veces, lo sobrepasan.”

Relata Guillermo las vicisitudes de las actividades y viajes en Brasil, en Chile, y en Argentina, que debió realizar Romeu para arribar finalmente a Santa Fe, adonde “llegó a la

noche con toda la ropa mojada...". Y sigue diciendo: "ese es el Romeu que ahora estamos homenajearlo".

"Vale la pena, entonces, hacer un alto en estas Jornadas para reconocer al hombre que, en los últimos años, más ha hecho por la integración del derecho administrativo sudamericano, para reconocerlo y para agradecerlo en voz alta."

"Sí, es bueno que este homenaje quede fijado en el tiempo como un gesto de agradecimiento a quien ha dedicado parte de su vida a hacer posible que los juristas de estas lejanas geografías podamos encontrarnos y reencontrarnos con inusual frecuencia..."

"Mi querido amigo, todos aquellos a quienes los caprichos del tiempo, la geometría del destino o la propia y empecinada elección ha llevado por los caminos de la vida nómada, saben del esfuerzo que a veces es necesario hacer para seguir adelante. Conoce el tedio de los aeropuertos, el intranquilizador traqueteo de los aviones, el melancólico ejercicio de ver crecer los hijos desde el lejano horizonte de cada ausencia".

"Lo sé porque es una de las tantas cosas que compartimos. Por eso, precisamente por eso, no quiero dejar de incluir en este homenaje un expreso reconocimiento al valor de esos largos momentos de intransferible soledad que habitan detrás del gesto amable y sonrisa honesta."

Entregándole un presente, agregó que el mismo "no es más que una alegría que, en su desnuda materialidad, sintetiza todo el afecto, la admiración y el respeto que sentimos..."

Me he permitido transmitir los mensajes precedentes porque Romeu es, en expresión que gusta utilizar Justo Reyna, un constante sembrador, y por eso considero importante que lo escuchen estos valiosos jóvenes que han sido sus alumnos y los que han concurrido a este homenaje, ya que la simiente fecunda que ha sembrado con su ejemplo de vida en tantas generaciones ha dado, y seguirá dando extraordinarios frutos.

Y como Romeu sabe honrar la vida y la amistad, le entrego estos pequeños presentes: la partitura musical y la grabación de "Naranja en flor", un tango tantas veces cantado en madrugadas de alegría y de amistad compartidas con Guillermo Muñoz, Tatá González y tantos entrañables profesores latinoamericanos y europeos; del tango "Los mareados", y de las canciones de su amigo Guillermo, que con muchísimo cariño te envía su familia, deseando que a través de ellos sienta "que fluye con siempre renovada intensidad el abrazo fraterno de nosotros, de todos nosotros", los administrativistas iberoamericanos.

HOMENAGEM DOS DISCÍPULOS

DANIEL WUNDER HACHEM*

Querido Professor Romeu:

É com grande emoção que venho, a convite do glorioso Centro Acadêmico Hugo Simas, prestar-lhe mais esta homenagem, desta feita representando os seus incontáveis discípulos formados nesta centenária Faculdade de Direito.

Poderia aqui dar destaque aos mais de 15 países onde o senhor ministrou conferências, às mais de 10 associações estrangeiras de Direito Público, Constitucional e Administrativo que o senhor presidiu ou integra na condição de membro honorário, às suas dezenas de publicações em revistas e obras coletivas em mais de 10 países diferentes; mas disso todos sabem, pois o currículo lattes revela com facilidade. Prefiro conferir ênfase às virtudes do mestre generoso, do orientador companheiro, do amigo de todas as horas.

Sua trajetória nesta instituição se inicia na década de 70, auxiliando o Professor Catedrático de Direito Administrativo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho em suas atividades. Um destacado jurista que tanto lhe estendeu a mão, deu-lhe grandes oportunidades, ouviu suas ideias, não sem muitas vezes, ao escutar aquelas mais ousadas, exclamar: “Isso é uma bobagem!”.

Certamente ali o senhor aprendeu as primeiras lições sobre como ser um grande mestre, ao lado do Professor Manoel, que não pensou duas vezes ao lhe indicar – sem informar a organização do evento e munindo-o apenas de uma carta explicativa – para substituí-lo em congresso de grande expressão na República Argentina, organizado pelo renomadíssimo administrativista Miguel Marienhoff, para falar ao lado de Agustín Gordillo e Guillermo Muñoz. Graças à confiança do orientador no discípulo, deu-se início a uma exitosa trajetória internacional. Não só como discípulo que viria a se tornar jurista, mas que naquele momento, com

* Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Diretor Acadêmico do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR (www.ninc.com.br). Vice-Líder do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Membro do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, da Asociación de Derecho Público del Mercosur e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado. Site: www.danielhachem.com

um ato de generosidade, também já aprendia a se tornar um mestre para seus pupilos, o qual, no futuro, viria a repetir tal ato de grandeza com os seus orientandos.

Mas foi na década de 80 o seu ingresso formal nesta instituição, como Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito, mediante aprovação em conturbado concurso público de provas e títulos – títulos, aliás, que curiosamente desapareceram do processo administrativo, e graças à atuação do Centro Acadêmico Hugo Simas foram encontrados. Experimentando o dissabor da inveja, o senhor cresceu e se fortaleceu, aprendendo a lição que depois viria a nos ensinar – e que hoje nós, seus alunos, ensinamos aos nossos estudantes: a de que não há motivos para invejar os outros, pois no mundo há espaço para todos aqueles que se dedicarem de corpo e alma àquilo que amam. Aprendeu também – e sempre lembra de nos ensinar – que por mais que alguns invejosos tentem por vezes bloquear os talentosos, a vida é inexorável – e um dia irá, invariavelmente, mostrar quem são aqueles que ostentam verdadeiro valor.

Foram então, Professor Romeu, décadas de dedicação – não à docência, mas sim à “discência”, se me permite o neologismo – pois a razão de ser de suas atividades sempre esteve nos estudantes. Não é à toa que a iniciativa de lhe prestar esta homenagem tenha vindo do Centro Acadêmico Hugo Simas. Foram mais de 300 orientações de trabalhos de conclusão de curso de graduação, especialização, mestrado e doutorado e mais de 500 bancas, formando uma legião de juristas, muitos dos quais hoje ocupam posições de destaque no magistério, na magistratura, no Ministério Público, nas procuradorias públicas, na advocacia, nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. E que se inspiram diariamente no seu exemplo, no seu pensamento e na sua história.

Mesmo com tanto sucesso, o senhor sempre nos ensinou que ninguém é melhor do que os outros, pois cada ser humano tem o seu valor, razão pela qual – todos os dias – é preciso que nos olhemos no espelho e nos reduzamos à nossa real expressão. É necessário reconhecer que cada pessoa tem a sua importância no mundo e merece igual respeito e consideração.

Uma vez lhe perguntei, Prof. Romeu, o porquê dessa verdadeira obsessão em estimular a criação de novos juristas no Estado do Paraná. A resposta foi uma anedota. Contou-me o senhor que um indivíduo, após ter passado desta para a melhor, foi convidado a escolher entre o céu e o inferno. Por curiosidade, resolveu conhecer como seria o inferno. Deparou-se então com uma série de caldeirões fumegantes e em todos eles havia almas desesperadas que tentavam subir à superfície e eram empurradas de volta com um tridente para o fundo do caldeirão. Um deles, no entanto, não era monitorado por ninguém e se encontrava em plena calma. Perguntou então, o indivíduo, se ali não havia alma alguma. “*Sim, há!*” – respondeu-lhe aquele que o acompanhava na visita – “*mas ali estão os paranaenses... quando um deles alcança o sucesso de chegar à superfície, há uma centena de outros prontos para puxá-lo para baixo*”. Penso que nesse dia, Professor, aprendi a principal qualidade de um verdadeiro mestre: emprestar o seu brilho, e jamais utilizá-lo para ofuscar.

Ficarão aqui as lembranças:

(a) do advogado de sucesso, mas generoso, que jamais se recusa a patrocinar os eventos dos estudantes, desde simpósios até a jogos jurídicos;

(b) do coordenador de congressos sempre preocupado em organizar concursos de monografias e artigos jurídicos, como o deste seminário, cujo prêmio leva o seu nome;

(c) do orientador que atende seus orientandos no sábado de manhã, abre sua biblioteca e os defende na hora da banca, sem abandoná-los no momento em que mais precisam;

(d) do professor companheiro, que acompanha os estudantes até nos churrascos;

(e) do jurista indignado e apaixonado, defensor de novas ideias, refratário àquelas já bem velhas, tão descoladas da realidade contemporânea;

São essas as recordações, querido Professor Romeu, já tão entranhadas nas paredes desta instituição, que mesmo com a sua aposentadoria jamais se apagarão da memória desta universidade e que eternizam a sua marcante presença na Faculdade de Direito da UFPR.

Concluo com as palavras que ao meu ver, de alguma forma, o poeta português Agostinho da Silva alinhavou pensando no senhor:

“O mestre é o homem que não manda; aconselha e canaliza, apazigua e abranda; não é a palavra que incendeia, é a palavra que faz renascer o canto alegre do pastor depois da tempestade; não o interessa vencer, nem ficar em boa posição; tornar alguém melhor: eis todo o seu programa”

Muito obrigado, Professor.

HOMENAGEM DOS ESTUDANTES

LUZARDO FARIA*

É com imensa honra e alegria que, representando o Centro Acadêmico Hugo Simas, sou incumbido de prestar uma homenagem a um dos mais brilhantes professores que já passaram pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. A tarefa, definitivamente, não é fácil. Em primeiro lugar porque homenagear um Professor como Romeu Felipe Bacellar Filho já é, por si só, uma missão difícil. Mas, principalmente, porque se trata de uma homenagem em razão de sua aposentadoria – e o seu desligamento do quadro docente da nossa instituição não é propriamente um motivo para se comemorar.

O sentimento, porém, não é de uma perda. A verdade é que durante o *Seminário Direito Administrativo e suas Transformações Atuais* não homenageamos simplesmente a aposentadoria do Professor Romeu, mas, sim, toda a vida e a trajetória acadêmica que ela construiu nessa Faculdade de Direito.

Sua história com a instituição se inicia – ao menos formalmente – no fim da década de 1980, quando é aprovado no concurso público lecionar a disciplina de Direito Administrativo. Mais adiante, em 1997, obtém, também pela UFPR, o título de Doutor, defendendo uma tese que marca profundamente, até os dias de hoje, o estudo do processo administrativo no Brasil. Mais recentemente, em 2010, tornou-se Professor Titular de Direito Administrativo dessa instituição, após anos de uma trajetória de sucesso.

Sua atuação enquanto professor e jurista estudioso do Direito Administrativo é conhecida e reconhecida por todos da área. Sendo presidente, por diversas ocasiões, do Instituto Paranaense e do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, deixou sua marca e muito auxiliou o desenvolvimento dessa disciplina em nosso país.

Seu sucesso, todavia, não se restringe ao Brasil. Entre tantas atividades que desempenhou, é de se destacar o essencial papel que teve na aproximação dos mais diversos países da América Latina no tocante ao estudo do Direito Administrativo. Com isso, tornou-se

* Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Secretário do CAHS – Centro Acadêmico Hugo Simas da gestão “Amanhã Há de Ser Outro Dia” durante o biêno 2014/2015. Pesquisador do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Foi pesquisador-bolsista do PIBIC/CNPq – Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (2013-2015) e monitor das disciplinas de Direito Administrativo (2015) e Teoria do Estado e Ciência Política (2013) na UFPR.

Presidente da Associação Iberoamericana de Direito Administrativo (com sede na Costa Rica) e da Associação de Direito Público do Mercosul (com sede em Buenos Aires). Ainda, é membro das Associações Argentina, Peruana e Chilena de Direito Administrativo, do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional e da Academia Internacional de Direito Comparado (com sede em Paris).

Já diante desses simples relatos é fácil presumir o orgulho que a comunidade discente da Faculdade de Direito da UFPR sempre nutriu pelo Professor Romeu. Claro que o simples fato de ter um professor de sua Faculdade entre os maiores nomes de sua área no Brasil e na América Latina já é motivo suficiente para que os estudantes se sentissem glorificados. No entanto, nesse caso específico, a satisfação é ainda maior. Afinal, no caminho que traçou para angariar seu posto como um dos maiores administrativistas do continente, o Professor Romeu, com o altruísmo que lhe é característico, também fazia brilhar o nome da nossa instituição, colocando o Paraná no mapa do Direito Administrativo ibero-americano.

Mas talvez até mesmo para o próprio Professor Romeu, todas esses títulos e conquistas não sejam sua maior obra. Romeu Felipe Bacellar Filho é um Professor por natureza, que faz da arte de ensinar sua grande missão e para quem o conhecimento de nada serve, senão quando compartilhado. Assim, provavelmente o maior feito da trajetória acadêmica do Professor Romeu sejam os frutos que foram desenvolvidos no decorrer desse caminho.

O Professor Romeu é responsável pela criação de uma verdadeira Escola Paranaense de Direito Administrativo, que agora já caminha com seus próprios pés, sendo respeitada nacional e internacionalmente. Orientador e mestre de tantos e tantos estudantes, é impossível que haja em nosso Estado um administrativista que não tenha sido tocado, em algum momento de sua vida, pelos ensinamentos do Professor Romeu.

O Instituto Romeu Felipe Bacellar, que fundou em homenagem a seu pai, é uma das admiradas escolas de pós-graduação em Direito Administrativo de todo o país, sendo, talvez, a maior representação do verdadeiro apreço que o Professor Romeu tem pelo desenvolvimento do estudo e da pesquisa do Direito Administrativo.

Durante os 4 intensos dias do Seminário que deu origem à presente obra, além de exposições dos mais brilhantes juristas do Direito Administrativo brasileiro, os estudantes da UFPR foram brindados diversas histórias e memórias que demonstraram a elogiável faceta humana do Professor Romeu.

Em todos os painéis, cada palestrante, ao fazer uso da palavra, fazia questão de registrar, antes de iniciar sua conferência, que, apesar da robusta história do Professor Romeu enquanto administrativista, sua maior qualidade era algo que não vinha da academia, mas, sim, de sua formação pessoal. Referiam-se todos a humildade e a gentileza do Professor Romeu, que são realmente suas características que mais devemos admirar. Definitivamente, não à toa tivemos durante o Seminário inúmeros profissionais, ex-alunos do Professor Romeu, que participaram do evento tão simplesmente pelo desejo de prestigiar esse último momento da ilustre trajetória docente do Professor Romeu na UFPR.

Ademais, a atenção e o carinho que o Professor Romeu sempre teve com os estudantes dessa Faculdade é algo notório. Incontáveis foram os momentos que o Centro Acadêmico Hugo Simas, em suas mais diversas dificuldades, socorreu-se diante dos auxílio do Professor Romeu. Desde patrocínios para realização de festas até suporte jurídico de seu prestigioso escritório de advocacia nas causas judiciais que o CAHS enfrentou em nome dos estudantes. O Professor Romeu sempre esteve presente quando os estudantes precisaram dele.

Por todas essas razões (a brilhante trajetória acadêmica, a humanista postura pessoal e o devotamento com que sempre enfrentou a profissão docente) o mínimo que o Centro Acadêmico Hugo Simas poderia fazer diante de sua aposentadoria era essa singela homenagem, para deixar registrado a admiração que por ele nutrimos, sabendo que ainda que tenha se desligado formalmente da instituição em 2015, sua presença ainda será muito sentida por todos aqueles que se aventurarem no estudo do Direito Administrativo.

Acredito que, nesse sentido, fomos felizes em nosso principal objetivo: o *Seminário Direito Administrativo e suas Transformações Atuais* conseguiu deixar gravado um pouco da gratidão que os estudantes sentem pelo fato de o Professor Romeu ter ajudado a construir a história dessa Faculdade, da qual somos tão orgulhosos. E estou certo de que ao tomar a iniciativa de organizar esse evento, representamos não apenas a comunidade discente que atualmente compõe a Faculdade de Direito da UFPR e que, de certa maneira, se sente órfã com a sua aposentadoria, mas, também, tantas e tantas outras gerações de estudantes que passaram por essa centenária instituição e têm no Professor Romeu um exemplo de jurista, de homem e de professor.

PARTE II

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



DILEMAS NA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE*
BRUNO MENESES LORENZETTO**

Sumário: 1. Introdução; 2. Retomando a doutrina da efetividade; 3. O avanço na teorização dos direitos fundamentais; 4. Revisões e novos caminhos; 4.1. Judiciário entre deferência e intervenção; 4.2. Estado de coisas inconstitucional? 5. Considerações finais; 6. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo sintetiza os elementos teóricos que compuseram o passado recente das discussões atinentes aos direitos fundamentais, mas, em igual medida, identifica os dilemas que estão a avivar os debates mais contemporâneos a respeito do tema. Para tanto, em um primeiro momento expõe as características centrais da chamada doutrina da efetividade,¹ conferindo ênfase aos direitos fundamentais sociais. Na sequência, discorre, brevemente, sobre as objeções ao ativismo judicial. Por fim, mapeia os novos horizontes da procura pela sempre maior eficácia dos direitos fundamentais.

2. Retomando a doutrina da efetividade

Entre nós, tornou-se rotineira a reconstrução de uma trajetória narrativa sobre os direitos fundamentais que toma como ponto de partida a vigente Constituição e seus momentos

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Constitucional da UniBrasil. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pela Université Catholique de Louvain Bélgica. Líder do NINC Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da UFPR. Ex-procurador do Estado do Paraná e Ex-procurador da República. Sócio fundador do escritório Clémerson Merlin Clève Advogados Associados.

** Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York. Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia.

¹ A respeito do tema ver: CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009.

de formação e procura atravessar as décadas subsequentes como uma contínua sucessão de conquistas. Não há motivos para pensar, ao menos no plano jurídico, de modo diferente. Porém, tais conquistas não foram, necessariamente, lineares ou pacíficas. Ao contrário, em diversos momentos foram perpassadas por tensões e tentativas de redução do rol de garantias constitucionais.

Observando-se a evolução recente dos direitos fundamentais no Brasil, é possível dizer que os novos desafios apresentam ao menos duas dimensões. Primeiro, a continuidade da busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Segundo, e em direta relação com o anterior, a compatibilização entre o desenho institucional estabelecido pela Constituição, em sentido amplo, com a definição das estruturas de poder e governo, com o rol de direitos fundamentais. Enquanto o desafio prático da primeira dimensão é permanente e (em princípio) inesgotável, os questionamentos teóricos da segunda demandam a conciliação da máquina de governo e seus procedimentos com os compromissos que dão substância para a própria Constituição, a sua reserva de justiça.

A doutrina da efetividade, que contribuiu para a construção da narrativa a respeito dos direitos fundamentais com o retorno da democracia, propunha o reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais. A *doutrina brasileira da efetividade* procurou dar relevância especial para o lugar que a Constituição ocupa, do ponto de vista jurídico, na organização do sistema normativo nacional. A supremacia constitucional foi acompanhada pela demanda em torno da incidência direta e imediata das normas sobre direitos fundamentais. Para tanto, num primeiro momento, buscou-se privilegiar o papel do Judiciário na proteção dos direitos.²

Propugnava-se a adoção de uma estratégia interpretativa específica, qual seja, identificar os *direitos subjetivos*³ inscritos na Constituição, os quais passaram a ser exigíveis, embora distintamente, tanto em face de particulares como diante do Poder Público, por meio do aprimoramento dos mecanismos jurisdicionais constitucionais e infraconstitucionais.⁴

² BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 877.

³ “Si se entiende a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas en el sentido presentado más arriba, es posible distinguir entre (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 178).

⁴ A respeito do tema explicava Luís Roberto Barroso que: “A teoria da efetividade, decisiva para a afirmação científica do direito constitucional nos últimos dez anos, serve-se de um conceito tradicionalmente explorado no campo do direito privado, mas que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de *direito subjetivo*. Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem; b) ele é *inviolável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tinha o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma *pretensão*, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.” (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83-84).

Um dos importantes avanços promovidos pelo constitucionalismo da efetividade foi a ênfase na compreensão de que a Constituição era um documento normativo que deveria ser levado a sério. Para além de uma mera proclamação política ou de conjunto discursivo de objetivos abstratos, dever-se-ia reconhecer a força normativa dos dispositivos constitucionais.⁵

Nesse sentido, afirma-se que:

(...) sob a égide da Constituição Federal de 1988 o Estado, espaço político por excelência, haverá também de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional desenhada pelo Constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais através da atualização do Legislativo, buscando a concretização das disposições constitucionais, inclusive daquelas veiculando os direitos prestacionais, através da atuação do Judiciário, que deverá manifestar-se com sustentação numa hermenêutica comprometida com a principiologia constitucional, e em virtude da ação do Executivo ao qual incumbe desenvolver as políticas públicas realizadoras de direitos e serviços públicos voltados a idêntica finalidade (saúde, educação, habitação, etc.).⁶

Para a satisfação do compromisso da efetividade, foi necessária a reconstrução da dogmática jurídica, com o estabelecimento de uma teoria adequada para resolver as eventuais tensões entre direitos, liberdades e garantias que emergem diante das finalidades substantivas estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Nesse ponto, para além dos avanços doutrinários, procurou-se, também, afinar os aspectos cívicos do republicanismo e as exigências da democracia (fortalecendo a necessária participação política dos destinatários das leis), com a esfera de direitos da modernidade liberal.⁷

Cumpria, portanto, enfrentar os desafios na realização dos direitos sociais e das políticas públicas que lhes correspondessem, diante de inúmeros obstáculos políticos, económicos e institucionais presentes no plano da faticidade. Por isso, outra característica significativa tratava da aproximação e correspondência entre as políticas e o direito, com apostas na possibilidade de sua efetivação por práticas institucionais de governo. Tratava-se de mensurar os limites do discurso normativo constitucional, pois, se, no âmbito jurídico, a tese da constitucionalização de todos os ramos do direito já começava a surtir efeitos, nas esferas social, económica e cultural, ainda havia um *déficit* de correspondência entre os enunciados constitucionais e as práticas políticas.⁸

⁵ De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento: “Na atualidade, passa-se a compreender que o plano da efetividade e o plano da fundamentação devem ser não só complementares, como inter-relacionados. Tende-se, com isso, ao estabelecimento de critérios materiais – e não só formais, ligados ao texto – para a afirmação da efetividade da Constituição.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 200).

⁶ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Para uma dogmática constitucional emancipatória... *Op. Cit.* p. 20.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 30-31.

⁸ “Considerem-se os seguintes pontos de partida: (1) a aplicabilidade directa não significa que as normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias configuram *direitos subjectivos*, num sentido clássico de direitos absolutos,

A alternativa encontrada foi a da transformação dos fundamentos do Estado de Direito. Não bastando a adoção formal de uma Carta de Direitos, os discursos nela estabelecidos precisavam ser transformados em realidade. Por isso, propugnava-se a inclusão dos cidadãos nos processos políticos decisórios do Estado, para além dos momentos pontuais de escolha eleitoral, seu direito a um conjunto de bens materiais elementares para uma vida digna e, no mesmo sentido, seu acesso à justiça em uma dimensão substantiva.

Isso significava, por um lado, a construção de condições instrumentais voltadas para a proteção de direitos, que puderam ser observadas, ao menos no âmbito constitucional, com o aperfeiçoamento das técnicas de jurisdição constitucional. Mas, no mesmo sentido, almejava-se a produção das consequências previstas pelos dispositivos normativos.⁹ Portanto, o *locus* ideal para isso era o Poder Judiciário. A demanda pela eficácia era apresentada como efetividade, a “eficácia social da norma”,¹⁰ sua atuação prática no mundo da vida, de forma que fosse possível reaproximar o conjunto de disposições abstratas do *dever ser* com o *ser* da realidade social.

Desvelada a capacidade multipotencial das normas e, em especial, dos princípios, estes poderiam autorizar modificações fáticas na vida em sociedade. A (re)descoberta da importância do Direito foi acompanhada pela aposta no Judiciário como espaço de concretização dos direitos fundamentais (em especial os sociais) e de modificação das relações de poder.¹¹ Se não no sentido de uma profunda redefinição das estruturas sociais, ao menos, com respeito ao reconhecimento de que o Direito seria um espaço não apenas estabilizador, mas, também, em sua dimensão política, de tensões e disputas democráticas.

mas, (2) de qualquer modo, elas conferem ao particular o *direito* de invocarem estas normas consagradoras de direitos e, neste sentido, se afirma que os direitos fundamentais transportam em regra direitos subjectivos; (3) a aplicabilidade directa não dispensa um grau suficiente de determinabilidade, ou seja, um conteúdo jurídico-constitucional, em que se defina o âmbito de proteção de um direito fundamental e os respectivos efeitos jurídicos e, ainda, as dimensões fundamentais das restrições necessárias à harmonização de direitos conflitantes.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 146-147).

⁹ “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. 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.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...* *Op. cit.* p. 254-255).

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83.

¹¹ “Os dados normativos da Constituição, não de qualquer Constituição, mas de uma Lei Fundamental como a republicana de 1988, devem ser potencializados por uma dogmática constitucional democrática e emancipatória. Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, concretização, aplicação). O *como* elaborar isso, juridicamente, é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição um condensado de normatividade integral. Não se pode correr o risco de fazer dela uma *Constituição normativa* na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma *Constituição nominal* na parte que toca os interesses das classes que buscam a emancipação.” (CLÊVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 312).

3. O avanço na teorização dos direitos fundamentais

De modo concomitante com a doutrina da efetividade, manifestou-se uma renovação das discussões a respeito dos direitos fundamentais na sociedade brasileira, derivando daí um refinamento e um *aggiornamento* do discurso constitucional a propósito da matéria.

No plano do desenvolvimento das teorias, passou-se a reconhecer a dupla dimensão dos direitos fundamentais, subjetiva e objetiva. De um lado era identificado um direito subjetivo próprio de uma pessoa que poderia ser seu titular, por outro, em seu aspecto objetivo, eram ressaltadas as múltiplas funções que os direitos fundamentais exercem na ordem jurídica.

Também foi percebida a “multifuncionalidade dos direitos fundamentais”.¹² O Estado Democrático de Direito, por outro lado, deveria permanecer aberto para diferentes maneiras de compreensão dos direitos fundamentais, derivadas, certamente, dos distintos modos de compreender a vida boa.

Na esteira de tais desenvolvimentos, o regime jurídico específico dos direitos sociais ganhou relevo. Superada a concepção de que o Estado seria apenas um agente violador de direitos,¹³ afloravam demandas no sentido de uma postura ativa por parte da entidade estatal com a finalidade de cumprir as promessas presentes no pacto constituinte. Uma vez integrados ao ordenamento jurídico, os direitos sociais precisavam ser acompanhados de procedimentos, políticas e instrumentais que pudessem de fato, trazer à luz do dia, o conjunto de promessas que a Constituição estava a proclamar.

Percebeu-se nessa altura a fragilidade de dispositivos que são criados sem relação estreita com o mundo da vida. Os direitos fundamentais haviam mudado de capítulo no Brasil, ingressando em um novo paradigma. Porém, ainda faltava sua adoção na esfera política, sem a qual os direitos sociais continuariam a constituir mera promessa. Afinal, sua maior ou menor realização¹⁴ não estava a depender apenas daquilo que viesse a ser produzido no plano jurisdicional, mas, em maior medida, no plano fático por meio de políticas públicas.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012. p. 299. Em outros termos: “Os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenhes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional. É que as normas de direito fundamental são dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social.” (CLEVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27).

¹³ “Das duas vezes se mostrou que o *particular* está fundamental dependente de medidas, instituições, distribuições e redistribuições do Estado; que a sua liberdade tem condições sociais e estatais que ele próprio não consegue assegurar. Em vez da ficção do indivíduo autocrático da sociedade burguesa, surgiu a imagem de um indivíduo simultaneamente necessitado e responsável na comunidade social. A ideia de que o Estado de direito podia, como Estado liberal, intervir o mínimo possível na liberdade do particular foi complementada com a ideia de que, como Estado social, tinha em primeiro lugar de *criar e assegurar as condições de liberdade*.” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68).

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs). **Direitos**

Ora, os direitos sociais, como todos os fundamentais, ostentam dimensão prestacional e defensiva.¹⁵ Daí a necessidade da formulação de políticas públicas, com definição de indicadores objetivos de mensuração da progressividade eficaz, tudo para a melhor e mais transparente verificação da realização da reserva de justiça definida pelo Constituinte.

Embora não seja possível defender a existência, entre nós, de regimes jurídicos distintos para as liberdades e os direitos sociais, como ocorre, por exemplo, em Portugal, não se pode negar as peculiaridades que acometem um tipo e outro de direitos.¹⁶ Por mais que se defenda uma semelhança no ponto de partida, os fatores que podem servir de critério de distinção entre direitos de liberdade e os direitos sociais estão postos de maneira mais nítida no plano da faticidade, pois, ao passo que as condições para a produção de efeitos dos direitos individuais possuem considerável vantagem, por encontrar maior respaldo histórico, argumentativo, institucional e normativo, os direitos sociais ainda encontram, aqui e ali, resistência e precariedade institucional no que tange à produção de seus efeitos.

E da compreensão renovada sobre as normas que compõem a ordem jurídica, que identifica o caráter não absoluto dos princípios, implicando impossibilidade de prevalência antecipada para situações concretas,¹⁷ também deriva o reconhecimento de que podem ser objeto de restrição.¹⁸ As normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais estão, em geral, sujeitas a algum processo de especificação ou uma maior ou menor restrição, respeitado o núcleo essencial, por meio de formulações normativas. Disso se extrai a

Fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 215.

¹⁵ “(...) também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares.” SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro... *Op. Cit.* p. 218.

¹⁶ “De outra parte, o reconhecimento de um regime jurídico substancialmente uniforme (especialmente no concernente à abertura material, aplicabilidade direta e proteção) para a totalidade dos direitos fundamentais, revela que, entre nós, não há que falar de um tratamento diferenciado dos direitos sociais, no sentido de estarem sujeitos, de forma generalizada, a um regime jurídico distinto e menos robusto em relação aos demais direitos fundamentais, em particular os assim designados direitos civis e políticos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro... *Op. Cit.* p. 232-233).

¹⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1998. p. 62.

¹⁸ “Deveras, a interpretação apresenta-se na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, como um procedimento destinado a adjudicar sentido à elaboração de uma norma de decisão. Nessa situação, à ponderação é conferida a missa de propiciar o equilíbrio aos direitos que estão em estado de tensão. A atividade interpretativa principia por uma reconstrução e qualificação dos interesses contrapostos, atribuindo sentido à norma de decisão. Por outro lado, a ponderação promove a ordenação entre os fatos e a normativa, conferindo, dessa forma, critérios para a obtenção de uma decisão constitucionalmente adequada.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. Temas de Direito Constitucional... *Op. Cit.* p. 34).

pouca utilidade da diferenciação de normas de direitos fundamentais que podem ou não ser restringidas.¹⁹

Outra faceta importante a ser considerada a respeito dos direitos fundamentais diz respeito ao seu custo. A identificação de normas com eficácia limitada, com a afirmação de elas demandariam uma ação positiva do Estado implicando dispêndios, foi reformulada no sentido de que mesmo os direitos mais elementares, que são imaginados como de não intervenção estatal, demandam, ainda que de modo indireto, algum tipo de gasto público.²⁰

Com isso, ao invés de procurar reduzir o potencial de concretização dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, passou-se a mirar outros efeitos decorrentes desses direitos como: a) os efeitos horizontais, que cuidam das relações entre particulares; b) os efeitos dos direitos de proteção, inscrevendo-se aqui remédios constitucionais para a garantia tanto de condutas destinadas a preservar a esfera das liberdades, como, de igual modo, a possível correção a ser realizada a partir da dimensão da igualdade; c) os efeitos decorrentes dos direitos a procedimentos, afirmando-se o caráter necessário destes não apenas como instrumental próprio do constitucionalismo e meio de limitação do poder, mas também como garantia, uma vez reconhecida a impossibilidade da preservação de direitos fundamentais sem um conjunto de procedimentos que garantam, por exemplo, a própria democracia.²¹

4. Revisões e novos caminhos

Transcorrido o primeiro momento de afirmação de direitos e o reconhecimento da necessária constitucionalização de todas as disciplinas jurídicas, os dilemas passaram a versar não mais, apenas, sobre a efetividade, mas, já sobre os limites do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais.

4.1 Judiciário entre deferência e intervenção

O novo momento da teoria da efetividade passou a envolver o questionamento dos seus fundamentos epistemológicos diante da manifestação de eventuais excessos decorrentes da

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 223.

²⁰ “*Toda norma, a partir desse ponto de vista, tem eficácia limitada – mas algumas delas, por razões extrínsecas, têm melhores condições de produzir efeitos.*” (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais... Op. Cit.* p. 232). Ver: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

²¹ “1 – O procedimento é um sistema de regras e/ou princípios; 2 – Estas regras e princípios visam a obtenção de um resultado determinado; 3 – A justa conformação do procedimento, no âmbito dos direitos fundamentais permite, pelo menos, a presunção de que o resultado obtido através da observância do *iter procedimental* é, com razoável probabilidade e em medida suficiente, adequado aos direitos fundamentais; 4 – O *direito ao procedimento* implica, fundamentalmente: (1) direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais; (2) direito à interpretação e à aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais ou processuais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais... Op. Cit.* p. 75-76)

atuação jurisdicional.²² Ainda que seus alicerces principais, relacionados com o processo de concretização dos direitos fundamentais, não tivessem sido modificados, eles precisavam ser reexaminados à luz de novas coordenadas históricas e conceituais.

Talvez o Judiciário pudesse assumir um papel mais modesto, uma vez reconhecido o fato de que os direitos devem ser garantidos também pelos demais Poderes, às vezes mais próximos da realidade social e detentores de legitimação democrática. Cumpre reconhecer que, nos últimos tempos, multiplicaram-se as objeções quanto a possíveis excessos verificados em decisões judiciais.²³

Os diferentes e correlatos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial passaram a ser constantes na articulação de críticas sobre a postura dos juizes na decisão de casos controvertidos. Cite-se, por exemplo, as importantes considerações tecidas por Oscar Vilhena Vieira, nas quais indicava como uma das razões da *Supremocracia*, a própria arquitetura constitucional brasileira que, de forma única, acabou por concentrar no Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional, com o papel de tribunal constitucional, mas também, ao mesmo tempo, consubstanciando foro judicial especializado e tribunal de última instância recursal.²⁴

Tais considerações, em paralelo com outras sobre a judicialização das políticas públicas,²⁵ levaram a um adensamento das reflexões pertinentes aos direitos fundamentais, em especial, as considerações voltadas ao estudo do desenho institucional estabelecido na Constituição Federal e os desafios nos processos destinados à concretização de tais direitos.

A judicialização da política em nossa realidade deve ser tratada, portanto, como um fenômeno histórico, derivado da estrutura institucional desenhada pelo Constituinte que, por sua vez, possibilitou a canalização de demandas reprimidas na sociedade durante a ditadura para o texto constitucional.²⁶ Como resultado disso, encontra-se uma grande profusão de

²² “Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: *uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos.*” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15).

²³ “Em muitas situações envolvendo direitos sociais, (...), o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação de outros Poderes.” (BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial... *Op. Cit.* p. 891).

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV8**, São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. p. 447.

²⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

²⁶ “A primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (...) A segunda causa foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. (...) A terceira e última causa da judicialização, a

regras no texto constitucional brasileiro. Por sua vez, os princípios residem, em sua maioria, nos Títulos I e II, na parte da “reserva de justiça”, que cuida dos direitos fundamentais.²⁷

Se até o advento da Constituição Federal de 1988 a via mais comum de manifestação do controle de constitucionalidade brasileiro era a difusa, a partir de então se destacou a fiscalização concentrada. Isso pela previsão de novas ações que desencadeiam a fiscalização em tese, pelo aumento do rol de legitimados ativos e pela previsão de mecanismos que potencializam o controle abstrato.

Por isso, a jurisdição constitucional no Brasil precisa buscar um difícil equilíbrio no que diz respeito à separação de poderes e à necessidade do Supremo Tribunal Federal fazer cumprir a Constituição.²⁸ Esta, conforme já anotado, ostenta natureza expansiva, o que implica aumento do âmbito de atuação do “guardião constitucional”.²⁹

No Brasil, faz-se possível notar a aproximação paulatina entre o modelo americano, em que se privilegia o controle difuso de constitucionalidade,³⁰ e o modelo europeu,³¹ no qual há a ênfase no controle concentrado; o Supremo Tribunal Federal, contemporaneamente, apesar de manifestações favoráveis nesse sentido, ainda não assumiu o papel de uma verdadeira instância limitada à “guarda da Constituição”, ou de Corte Constitucional.³²

Há manifesta convergência entre as formas de controle difuso-incidental e concentrado-principal, afinal, ambos se orientam no sentido da proteção de direitos substantivos referenciados nos direitos fundamentais dispostos na Constituição. Por isso, pode-se

ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. p. 73-74).

²⁷ Um exemplo disso encontra-se na possível dicotomia que pode ser extraída do texto constitucional, tanto no sentido de perspectivas filosóficas heterônomas como outras que procurem garantir amplíssima autonomia para os indivíduos. Tais perspectivas filosóficas colidem em situações que envolvam casos difíceis (ou decisões trágicas).

²⁸ Para Conrado Mendes: “Na separação de poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico. (...) A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la a superar-se em qualidade.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211-212).

²⁹ A crítica normativa ao papel de “guardião” do STF não modifica sua função estrutural, porém, é relevante por apontar para outras formas de interação institucional e procurar superar a traiçoeira questão da “última palavra”: “O tipo deliberativo de interação é o ideal que permeia, portanto, esse exercício. Dá uma justificativa condicionada para o papel do STF, mas, ao mesmo tempo, tira-o do pedestal de ‘guardião’. (...) Mas não recusa, ao mesmo tempo, a legitimidade de o STF praticar um acentuado ativismo em certas circunstâncias. Isso está em sintonia com a concepção de separação de poderes delineada no capítulo anterior, segundo a qual não há (e nem pode haver) receitas abstratas e prefixadas que esgotem a definição das funções.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. ...Op. Cit. p. 214).

³⁰ *Marbury v. Madison* (1803).

³¹ KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³² CLÊVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. ...Op. Cit. p. 413.

afirmar que, entre nós, o controle abstrato não está limitado à defesa da ordem constitucional objetiva.³³

Não há dúvidas, portanto, do fortalecimento gradual do Judiciário e em especial do Supremo Tribunal Federal, após a estabilização democrática do Brasil. Tal constatação não procura desviar a atenção para o aspecto eminentemente agonista, adversarial que caracteriza a democracia.³⁴ Pelo contrário, com a estabilização e a constância de certo conjunto de processos elementares a garantir a democracia durante as duas últimas décadas, manifestou-se o aprofundamento das discussões políticas e a inclusão de novos problemas para deliberação na arena pública. Contudo, mesmo diante da aposta constitucional na democracia representativa e no protagonismo do Legislativo, a inércia deste em certas ocasiões acaba por deixar espaços de poder “vazios” que são preenchidos pelo Judiciário, tanto que algumas justificativas do ativismo judicial são tecidas em torno das omissões dos demais Poderes.³⁵

Tal realidade, que encontra, nos últimos tempos, progressistas defendendo outros lugares de satisfação dos direitos para além da Corte, acaba por operar o retorno do problema sem fim que o controle de constitucionalidade apresenta. Diante da dificuldade contramajoritária³⁶ é mais produtivo defender apenas uma das várias formas de democracia e abandonar o constitucionalismo ou, alternativamente, enfrentar a tensão entre ambos e a necessidade de um compromisso?

Em nossa realidade, não é possível – diante do papel atribuído para o STF pela Constituição –, e nem seria desejável, uma pura deferência do Judiciário diante dos outros Poderes. Tal disposição reduziria o Judiciário a um papel formal e simbólico no *design* institucional do Brasil e traria implicações diretas na tutela dos direitos fundamentais. Por isso, a prática dos diálogos institucionais passou a ganhar repercussão como maneira de atenuar as tensões

³³ “As três dimensões anteriormente analisadas – juridicidade, constitucionalidade, direitos fundamentais – indicam já que o princípio do estado de direito é informado por duas idéias ordenadoras: (1) idéia de ordenação subjectiva, garantindo um status jurídico aos indivíduos essencialmente ancorado nos direitos fundamentais; (2) idéia de ordenação objectiva, assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objectivamente estruturante o princípio da divisão de poderes. Essas duas dimensões não se divorciam uma da outra, mas o acento tônico caberá agora à ordenação funcional objectiva do Estado de direito.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250).

³⁴ Chantal Mouffe lembra que a democracia é algo frágil que ela precisa ser defendida constantemente: MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político**. Barcelona: Paidós, 1999. Ver também: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 24-51, 2015.

³⁵ Sobre o ativismo Carlos Campos pontua acerca de sua multidimensionalidade: “Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc.” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 163).

³⁶ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16.

e formar espaços dialógicos para solução de conflitos que, como se sabe, não podem ser limitados apenas a decisões de um Poder, em especial, diante da constatação do caráter multifacetário dos direitos fundamentais.³⁷

Perante a complexidade institucional que a concretização dos direitos fundamentais apresenta, as novas correntes teóricas passaram a apontar outros caminhos que precisariam ser trilhados na busca pela efetivação dos axiomas fundamentais da República brasileira. Sem abandonar as orientações que antes haviam sido estabelecidas no sentido da garantia da força normativa aos dispositivos constitucionais, passou-se a diagnosticar os perigos da aposta exclusiva em um dos Poderes, tanto nos casos de atos comissivos violadores de direitos fundamentais, como nos casos de atos omissivos com idêntica consequência.³⁸

4.2 Estado de coisas inconstitucional?

A omissão estatal violadora de direitos fundamentais, em específico, ganhou novo destaque após a manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347 que reconheceu, em decisão liminar, o “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) com base na sistêmica violação de direitos fundamentais que se manifesta no âmbito penitenciário brasileiro.³⁹ Nesta altura, cumpriria indagar se o ECI substanciaria uma continuação, com notáveis aprimoramentos técnicos, dos desenvolvimentos da doutrina da efetividade.

Em uma primeira mirada, o Estado de Coisas Inconstitucional guarda semelhança no que tange aos seus fundamentos com os pressupostos que já haviam sido defendidos pela doutrina da efetividade. De outra sorte, a sofisticação técnica, ou seja, o aprimoramento instrumental do ECI é louvável, porém, com as devidas precauções para não incorrer em excessos já denunciados a respeito do ativismo judicial.⁴⁰ Eis que, se o conjunto de procedimentos internos para a identificação das violações sistemáticas de direitos fundamentais e a busca por uma solução institucional demandam uma intrincada rede de posturas ativas e deferentes por parte do Judiciário, por outro lado, nada impediria que este viesse a ter sua

³⁷ Sobre os diálogos institucionais ver: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

³⁸ “O fazer da Constituição uma *Fundamental Law* integral pressupõe a construção, pela dogmática constitucional, de categorias suficientes para dar conta não apenas da violação da Constituição por ato normativo, como também do seu descumprimento em virtude de ato omissivo. Cuidar-se-ia, então, de reconhecer como inconstitucionais quaisquer atos, comissivos ou omissivos, desde que ofensivos à normativa constitucional.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro... Op. Cit.* p. 312).

³⁹ STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09.09.2015, Informativo 798. A ADPF foi proposta pelo PSOL e teve seu julgamento encerrado em 9 de setembro de 2015. Dentre os oito pedidos formulados, dois foram julgados procedentes, para a realização de audiências de custódia e para descontingenciar as verbas do FUPEN (Fundo Penitenciário Nacional). Ademais, foi deferida medida cautelar *ex officio* apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que determinou a realização de um diagnóstico, no prazo de um ano da situação para a realização do julgamento de mérito pelo STF.

⁴⁰ Em sentido contrário ao Estado de Coisas Inconstitucional, ver: STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **Conjur.** 24.09.2015. <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incorum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em 17.10.2015.

medida exacerbada e passasse a ser utilizado como mecanismo de substituição dos demais órgãos constitucionais. Em tal cenário, o ECI se tornaria uma justificacão para uma atuação paternalista do Judiciário diante de omissões dos outros Poderes.

Porém, deve-se ir além da preocupação com o risco da banalizaçã do ECI. Uma mirada mais detida indica que ele não pode ser utilizado como mecanismo genérico para qualquer problema que venha a ser encontrado no meio social, demanda-se a constataçã da violação massiva de direitos fundamentais, fruto de faltas estruturais.

No caso da Corte Constitucional da Colômbia, esta passou, pioneiramente, reconhecer o “estado de coisas inconstitucional”, implicando a adoção de medidas estruturais para combater tais circunstâncias fáticas.⁴¹ Com a finalidade de superar as omissões estatais, como a produção insuficiente de políticas públicas, a Corte procurou fundamentar o uso de tal conceito na objetivação de valores constitucionais, com vistas a garantir o projeto constitucional: “A preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais, com a proteção deficiente de direitos independentemente de tipologias normativas dos dispositivos

⁴¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Rio de Janeiro, 2015. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. O primeiro caso do ECI, na *Sentencia SU.559/97*, tratava da distribução desigual de professores por regiões pela administração. Por isso a Corte decidiu declarar que: “el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisi3n no se aviene a la Constituci3n Polític, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situaci3n descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.” No ano seguinte, a Corte tratou de caso análogo ao julgado recentemente no Brasil, envolvendo a situação dos presídios na *Sentencia T-153/98*, como fundamento para declarar o estado de coisas inconstitucional dos presídios da Colômbia a Corte afirmou que: “Esta Corporaci3n ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneraci3n de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su soluci3n exige la acci3n mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situaci3n y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administraci3n de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acci3n sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.” Em 2004, julgou o caso das associações de pessoas “deslocadas”, vítimas de deslocamento forçado dentro do país em razão da violênciã dos conflitos armados, na *Sentencia T-025/04* a Corte colombiana definiu o estado de coisas da seguinte maneira: “El concepto de estado de cosas inconstitucional ha evolucionado jurisprudencialmente desde 1997 cuando se declaró por primera vez. En las sentencias más recientes sobre este fenómeno, de conformidad con la doctrina de esta Corporaci3n, se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando ‘(1) se presenta una repetida violaci3n de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acci3n de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneraci3n no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.’ Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneraci3n masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisi3n de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopci3n de prácticas inconstitucionales, como la incorporaci3n de la acci3n de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedici3n de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneraci3n de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya soluci3n compromete la intervenci3n de varias entidades, requiere la adopci3n de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acci3n de tutela para obtener la protecci3n de sus derechos, se produciría una mayor congesti3n judicial.”.

constitucionais envolvidos.”⁴² Trata-se, portanto, de medida que pode intensificar a judicialização da política.⁴³

De toda maneira, não é o caso, aqui, de tergiversar, o ECI é conceito constituído em solo de recorrente ativismo (a Corte Constitucional colombiana)⁴⁴ e, diante do que os primeiros sinais indicam, passará a constar como mais um argumento para uma postura ativa do Supremo Tribunal Federal quando este compreender que a situação fática demanda intervenção judicial para a sua correção.

Além disso, apresenta-se em um campo ainda em desenvolvimento no Brasil que é o das decisões estruturantes. Inspirado nas *structural injunctions*, formuladas nos Estados Unidos, as decisões estruturantes visam ir além da lógica binária, base do direito processual tradicional, e procuram solucionar questões coletivas, com o emprego de respostas e medidas graduais, as quais procuram orientar um *estado de coisas* no futuro, ao diagnosticar que há um problema sistêmico para além do caso apresentado.⁴⁵

Parte-se do entendimento, no âmbito do direito processual infraconstitucional, por exemplo, de que uma multa pecuniária possui um espectro limitado para obstar a continuidade da violação dos direitos em questão. Isso ocorre, dentre outros motivos, pelo meio como o Estado internaliza seus custos, mas, em específico, pela maior capacidade de reparação institucional de ordens de fazer ou não fazer (*injunctive relief*) e provimentos estruturantes (*structural injunctions*).

Como explica Juliana Pondé Fonseca:

As medidas estruturais (structural injunctions), por outro lado, realizam a reforma de uma instituição para impedir que ela siga violando os direitos dos cidadãos, constituindo, na verdade, uma série de decisões complexas que pode perdurar por muitos anos – décadas, inclusive (Brown foi encerrado em 1999). Existe, além da fase de emissão da medida, uma fase de implementação, em que o juiz verifica o cumprimento das ordens e as adapta se necessário. Uma medida estrutural é composta,

⁴² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional... *Op. Cit.* p. 209.

⁴³ “A Corte tem interferido em boa parte das decisões político-econômicas do governo, justificando a plena justiciabilidade dos direitos sociais, sobretudo, por sua ‘doutrina da conexidade’: o direito social deve ser protegido quando a violação implicar a inobservância de um direito fundamental e de aplicação imediata como, por exemplo, o direito à vida.” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal... *Op. Cit.* p. 125).

⁴⁴ “As principais investidas políticas contra a Corte foram as sucessivas propostas de emendar a Constituição para eliminar expressamente a possibilidade deste controverso controle judicial. Mas essas ameaças não se concretizaram e a Corte Constitucional tem renovado esta específica postura judicial ativista. (...) O segundo e mais importante aspecto do ativismo judicial da Corte Constitucional colombiana tem sido a prática de concretização dos direitos fundamentais, sociais e econômicos. A Corte tem tido participação fundamental no avanço da proteção e promoção de direitos no país, seja tutelando diretamente esses direitos, seja guiando a legislação e as decisões das instâncias judiciais inferiores.” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal... *Op. Cit.* p. 124).

⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 225, 2013. p. 7.

*portanto, de ciclos de ordens suplementares. A cada ciclo, as ordens se tornam mais específicas.*⁴⁶

O estabelecimento da reforma estrutural depende, muitas vezes, da instalação de um comitê *ad hoc*, constituído por grupos de pessoas que tiveram seus direitos violados, advogados das partes, agentes públicos envolvidos nas instituições que causam a violação de direitos, bem como, por pessoas com conhecimento técnico específico sobre o assunto. Para tanto, são firmados acordos para a realização das reformas estruturais (*consent decrees*).⁴⁷

Aspecto importante a ser observado nas reformas estruturais é que, apesar de não terem sido popularizadas, existem iniciativas – ainda que tímidas – anteriores ao ECI já adotadas no Brasil.⁴⁸ Em sede de ação civil pública, foram estabelecidas etapas para a correção das violações a direitos, nos moldes iniciais daquilo que, no caso do ECI, acaba por ser exponencializado.

Não cabe confundir, de outra sorte, o “estado de coisas inconstitucional” com as omissões inconstitucionais que podem ser combatidas por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A ADI por omissão é aforada nas circunstâncias de manifestação de omissões normativas, tanto por parte do Legislativo como do Administrador, substanciando remédio para a “(...) inércia dos poderes públicos no que toca com a edição de atos normativos e a implementação de medidas de cunho prevalentemente jurídico.”⁴⁹

No caso do ECI, o objetivo é muito mais ambicioso, envolvendo o reconhecimento fático de um determinado “estado de coisas” e a adoção de um conjunto de medidas, materiais e jurídicas, que possam vir a interromper a continuidade da violação dos direitos.⁵⁰

⁴⁶ FONSECA, Juliana Pondé. **O (des)controle do Estado no Judiciário brasileiro**. Curitiba, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 206.

⁴⁷ FONSECA, Juliana Pondé. **O (des)controle do Estado no Judiciário brasileiro**. Curitiba, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 209.

⁴⁸ “Já existe reforma estrutural no Brasil. Um dos maiores exemplos é a ação civil pública do carvão, que versa sobre os danos ambientais gerados pela mineração de carvão em Santa Catarina entre 1972 e 1989. Ela foi ajuizada em 1993 e ainda está sendo executada – verifica-se a implementação de um plano detalhado para a recuperação da região elaborado em seis meses pelos réus. A decisão transitou em julgado em 2014, mas a longa execução (que pode ser dividida em quatro grandes fases) começou, seguindo os ditames da execução provisória, em 2000. Em 2002, uma ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro buscando o fornecimento de medicamentos a hipossuficientes. A ação foi proposta em face do estado e do município e logo ao início foi realizada uma audiência que resultou num acordo para a criação de uma central de atendimento que organizasse a distribuição. Por fim, um último exemplo do ano de 2014: o Ministério Público Federal ajuizou também uma ação civil pública contra a União e o Estado do Paraná reivindicando um plano para o fim da manutenção de presos em condições degradantes na Delegacia da Polícia Federal de Londrina. Os réus foram ordenados a elaborar um plano para a solução do problema e cumpri-lo em oito meses.” (FONSECA, Juliana Pondé. **O (des)controle do Estado no Judiciário brasileiro**. Curitiba, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 213-214).

⁴⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro... *Op. Cit.* p. 323.

⁵⁰ “A ADPF 347 vale-se da tese do ‘estado de coisas inconstitucional’, originalmente utilizada pelo Tribunal Constitucional Colombiano para proteção de direitos fundamentais em situações de violação estrutural. Em vez de o STF examinar a lei ou o ato normativo, ele é instado a se manifestar acerca da inconstitucionalidade de uma situação fática, originada por ações e/ou inações do poder público. O Judiciário é chamado a coordenar um diálogo entre os poderes para que a situação de fato seja corrigida. Trata-se de pensar a Constituição para além de suas normas

Daí porque, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o estado de coisas inconstitucional reclamará o aforamento de uma ADPF.

Cabe, aqui, a distinção em relação à Colômbia de modo que, o ECI foi, ao que consta, desenhado pela jurisprudência da Corte para resolver o déficit processual coletivo no referido país. No Brasil, por outro lado, manifesta-se uma robusta tradição de defesa de direitos fundamentais, particularmente os difusos e coletivos, por meio das ações coletivas, particularmente a ação civil pública. De modo que, entre nós, o “estado de coisas inconstitucional” no âmbito do Supremo Tribunal Federal assumirá configuração particular e, por isso, distinta daquela verificada na Colômbia.

Antes de uma providência paternalista ou autoritária, pouco deferente em relação aos demais Poderes, a atuação da Suprema Corte nos casos de reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional, deve orientar-se para a realização de diálogos institucionais. Aliás, a necessidade de diálogos parece ser um dos aspectos mais louváveis na orientação do conjunto de procedimentos que perfazem o Estado de Coisas Inconstitucional.⁵¹ Eis que, aponta para a insuficiência de uma atuação heroica e solitária do Judiciário na reparação da violação de direitos fundamentais.⁵²

Pode-se perceber, em suma, que os dilemas no âmbito da eficácia dos direitos fundamentais vão, com o decorrer do tempo, assumindo complexidade sempre maior, sendo certo que o momento reclama não apenas o reconhecimento *do que deve ser feito*, mas, também, a definição *do como fazer*, supondo, respeitada a organização funcional do Estado e os postulados democráticos e republicanos, forma adequada de realização das promessas constitucionais, mormente nos casos difíceis que envolvem diferentes e legítimas concepções de vida digna ou desafios reivindicando soluções estruturais.⁵³

escritas, a fim de compreendê-la em sua concreitude.” (MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloisa. Quem pode dar cabo deste estado de coisas? **Gazeta do Povo**, 29.09.2015. <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/quem-pode-dar-cabo-deste-estado-de-coisas-2vz9g0a4fd4hj1yjq4pswibpw>>. Acesso em 02.10.2015).

⁵¹ “O processo para o controle das políticas públicas exige um procedimento adequado com comandos abertos, sucessivos, concatenados e pautados no diálogo, porque, em síntese, procura resolver em coordenação com todos os envolvidos um problema de interesse público que exige uma solução estrutural e que se realiza ao longo do tempo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. ADPF 347 e o controle judicial de políticas públicas. **Folha de São Paulo**, 28.09.2015. <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/09/1686769-adpf-347-e-o-controle-judicial-de-politicas-publicas.shtml>> Acesso em 19.10.2015).

⁵² No caso da Colômbia, adotou-se um “ativismo dialógico”, em que a Corte buscou desbloquear os canais de deliberação e coordenar o planejamento e a execução de políticas das políticas públicas no caso dos *desplazados*. Ver: GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

⁵³ “A linha de ação segue o seguinte esquema: (a) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas etc. → (b) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional → (c) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do problema → (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis → (e) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas → (f) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas → (g) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo Judiciário → (h) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI → (i) em caso de não-superação do

5. Considerações finais

Há, portanto, uma nítida passagem no transcorrer das últimas décadas no Brasil, da situação de inércia do Judiciário em relação ao seu importante papel na definição dos rumos institucionais do Estado, para o de um ator fundamental que, possuindo o dever de proteger os direitos fundamentais, agora vê serem discutidos os limites da sua atuação.

Se, no passado, a fiscalização de constitucionalidade era pensada em termos limitados de controle da atuação normativa, comissiva ou omissiva, do Estado, não se pode negar a mudança de sentido das análises para incorporar questões fáticas reclamando decisões estruturantes.⁵⁴ Logo, duas facetas podem ser relacionadas ao ECI.

Por um lado, há um aspecto positivo, pois o STF, no caso do ECI, “chamou para si a responsabilidade” sobre os problemas fáticos. Por isso, se cabe, de fato, à Corte censurar a inércia do outros Poderes, particularmente no desenvolvimento de adequadas políticas públicas, monitorando, através de indicadores objetivos, suas ações e resultados, não pode, a intervenção judicial, procurar substituir os outros Poderes na execução de tarefas. Neste ponto, os diálogos institucionais podem ser bastante úteis.

Entende-se que o ECI poderá – se sua utilização for bem dosada – assumir um caráter de instrumental excedente, de uso pontual para casos em que a violação dos direitos fundamentais seja sistêmica. É que o Brasil, ao contrário da Colômbia, onde nasceu o ECI, já dispõe de outros remédios no bojo dos quais podem ser desenvolvidas decisões estruturantes capazes de oferecer soluções adequadas fora do âmbito do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, há, na espreita, a possibilidade da adoção de medidas ativistas de difícil justificação no sentido de sua legitimação democrática.

É preciso reconhecer, todavia, que o primeiro caso levado ao Supremo Tribunal Federal, questionando o estado de coisas nas prisões brasileiras, em razão da sua excepcionalidade, pode recomendar medidas mais ativas por parte da Corte. Isso porque, envolve tanto violações sistêmicas de direitos fundamentais proclamados no documento constitucional como recorrentes casos de simples, embora injustificável e grave, ilegalidade, derivada do recorrente desrespeito à legislação vigente sobre a execução da pena.

Como observou o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, haveria uma falta de coordenação institucional em que a responsabilidade pelo estado de coisas inconstitucional não poderia ser atribuída apenas a um Poder, no sentido da formulação e implementação de

ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito → (j) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa.” (LIMA, George Marmelstein. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas um nova onda do verão constitucional? **Direitos Fundamentais**, 02.10.2015. <<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>> Acesso em 05.10.2015).

⁵⁴ “O atual cenário confirma o “contra-diagnóstico” desse trabalho, que enfatiza que as cortes pouco podem fazer sozinhas e que o sucesso ou fracasso das tentativas de implementação de direitos pelo Judiciário dependem do contexto e da configuração de outros fatores políticos. Fato é que as reformas estruturais continuam movimentando as cortes e influenciando juristas em todo o mundo, inclusive na América Latina.” (FONSECA, Juliana Pondé. O (des) controle do Estado no Judiciário brasileiro... *Op. Cit.* p. 213).

políticas públicas, mas também, de aplicação e interpretação da lei penal. As omissões estruturais podiam ser identificadas no Judiciário, com a custódia provisória de presos, e nos outros Poderes, no que tange a formulações administrativas, legislativas e orçamentárias eficazes. Isso acabava por implicar ofensa reiterada a direitos e o agravamento e perpetuação da situação do sistema prisional.

A questão que merece ser avaliada, é que mesmo problemas do aparelho carcerário, como a superlotação, não parecem ter sua solução encaminhada apenas com o reconhecimento do ECI. Há um sério risco de que o Judiciário, caso venha a adotar o estado de coisas inconstitucional de maneira menos cuidadosa, perca sua legitimidade para atuar como provocador dos outros Poderes, diante de uma constatação futura da ineficácia de suas medidas. A alternativa para isso precisa ser a continuação do monitoramento, o prolongamento e a avaliação periódica das medidas, além, por óbvio, da manutenção dos espaços de deliberação.⁵⁵

As críticas destinadas ao ativismo vão também ser dirigidas ao ECI. Com isso, não se busca afastar a importância das *structural injunctions* no Brasil. Como já observado, as medidas estruturantes derivam da superação da lógica processual binária e da compreensão da insuficiência das decisões convencionais. A questão é saber o modo como as decisões estruturantes serão manejadas no âmbito do Judiciário e, particularmente, no Supremo Tribunal Federal uma vez reconhecida uma situação sistêmica de violação de direitos fundamentais.

Pode-se perceber que a busca pela efetivação dos direitos fundamentais tem avançado. Com novos desafios e com o aprofundamento dos debates institucionais, pode-se dizer que há ainda muito a ser feito, em especial, no que tange ao ajuste dos papéis dos Poderes. De qualquer maneira, cabe a lembrança de que não se pode legar a responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais a apenas um deles.

6. Bibliografia

- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 225, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 24-51, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁵⁵ “Não se pode supervalorizar o papel do judiciário na implementação de soluções de largo alcance. O poder judicial tem uma capacidade limitada de fazer valer os direitos fundamentais, sobretudo quando estamos diante de decisões de alta magnitude, como a que determina o fim das violações dos direitos dos presos ou a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais.” (LIMA, George Marmelstein. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas um nova onda do verão constitucional? ... *Op. Cit.*)

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Rio de Janeiro, 2015. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FONSECA, Juliana Pondé. **O (des)controle do Estado no Judiciário brasileiro**. Curitiba, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná, 2015.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. ADPF 347 e o controle judicial de políticas públicas. **Folha de São Paulo**, 28.09.2015. <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/09/1686769-adpf-347-e-o-controle-judicial-de-politicas-publicas.shtml>> Acesso em 19.10.2015.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMA, George Marmelstein. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas um nova onda do verão constitucional? **Direitos Fundamentais**, 02.10.2015. <<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>> Acesso em 05.10.2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloísa. Quem pode dar cabo deste estado de coisas? **Gazeta do Povo**, 29.09.2015. <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/quem-pode-dar-cabo-deste-estado-de-coisas-2vz-9g0a4fd4hj1yjq4pswibpw>>. Acesso em 02.10.2015

MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político**. Barcelona: Paidós, 1999.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **Conjur**. 24.09.2015. <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em 17.10.2015.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV8**, São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

NOTAS SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA INTERPRETAÇÃO PELO STF NO ÂMBITO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COM BASE NOS DIREITOS SOCIAIS*

INGO WOLFGANG SARLET**

CAROLINA ZANCANER ZOCKUN***

Sumário: 1. Introdução; 2. O mínimo existencial: breve notícia histórica, conteúdo, alcance e funções; 3. O mínimo existencial no âmbito da jurisdição constitucional com destaque para o STF; 4. Referências.

1. Introdução

O direito (e garantia) a um mínimo existencial para uma vida digna, seguindo aqui a terminologia habitualmente adotada também no caso brasileiro, tem sido presença constante no debate acadêmico e jurisdicional pátrio, seja no plano dos Tribunais Superiores, seja nas instâncias ordinárias, tanto da Justiça Federal comum e especializada, quanto na Justiça Estadual. Nessa perspectiva, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal (doravante apenas STF), que, ao longo dos últimos anos, especialmente desde os anos 2000, tem recorrido reiteradamente à noção de mínimo existencial em diversos contextos, especialmente, contudo, no domínio dos direitos fundamentais sociais. Pretende-se, após uma breve digressão sobre a origem e conteúdo do mínimo existencial, analisar, à luz de alguns exemplos, o papel da jurisdição constitucional na sua interpretação e aplicação, explorando alguns julgados do STF sobre o tema, sem deixar de recorrer, ainda que em caráter ilustrativo, ao direito constitucional estrangeiro, designadamente, o da Alemanha.

* Uma primeira versão deste artigo foi publicada na **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. O texto-base foi elaborado pelo primeiro autor e contou com a revisão, formulação de considerações e redação de novas passagens pela segunda autora.

** Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität-München). Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da PUC/RS. Desembargador junto ao TJRS.

*** Doutora e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professora dos cursos de graduação e especialização em Direito Administrativo da PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

Outrossim, é preciso sublinhar a relevância do mínimo existencial na esfera do controle das políticas públicas na base dos direitos sociais, implicando intervenção judicial na esfera das opções legislativas e no controle da discricionariedade administrativa. Por tal razão, a temática se presta também e nesse caso especialmente para ser versada nessa obra oportunamente lançada para o fim de render merecida e justa homenagem a um dos maiores juristas brasileiros na esfera do direito administrativo, o por todos estimado e respeitado Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, de modo que aproveitamos o ensejo para agradecer também aos ilustres coordenadores da presente obra, Professores Emerson Gabardo, Eneida Desiree Salgado e Daniel Wunder Hachem, pela oportunidade ímpar de participar desse grande e especial momento.

2. O mínimo existencial: breve notícia histórica, conteúdo, alcance e funções

Numa primeira aproximação, é possível afirmar que a atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da idéia de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade, de modo que o mínimo existencial, nessa perspectiva, guarda alguma relação (mas não se confunde integralmente) com a noção de caridade e do combate à pobreza, central para a doutrina social (ou questão social) que passou a se afirmar já ao longo do Século XIX¹, muito embora a assistência aos desamparados tenha constado na agenda da Igreja e de algumas políticas oficiais já há bem mais tempo². Convém recordar, ainda, que já na fase inaugural do constitucionalismo moderno, com destaque para a experiência francesa revolucionária, assumiu certa relevância a discussão em torno do reconhecimento de um direito à subsistência, chegando mesmo a se falar em “direitos do homem pobre”, na busca do rompimento com uma tradição marcada pela idéia de caridade, que ainda caracterizava os modos dominantes de intervenção social em matéria de pobreza, debate que acabou resultando na inserção, no texto da Constituição Francesa de 1793, de um direito dos necessitados aos socorros públicos, ainda que tal previsão tenha tido um caráter eminentemente simbólico³. De qualquer sorte, independentemente de como a noção de um direito à subsistência e/ou de um correspondente dever do Estado (já que nem sempre se reconheceu um direito subjetivo (exigível pela via judicial) do cidadão em face do Estado) evoluiu ao longo do tempo, tendo

¹ Cf., por todos, ARNAULD, Andreas von. “Das Existenzminimum”, in: ARNAULD, Andreas von; MUSIL, Andreas (Ed.). **Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 253 e ss., apontando para o fato de que na Legislação da Prússia, em 1794, já havia a previsão da obrigação do Estado em cuidar da alimentação e atenção daqueles cidadãos que não conseguiam prover o seu próprio sustento ou mesmo por meio de outros particulares, com base em disposições legais especiais.

² V. também TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3 e ss., e, por último, no âmbito da literatura brasileira dedicada especialmente ao tema, NETO, Eurico Bitencourt. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Condigna**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 23 e ss.

³ Sobre este debate, v., por todos, HERRERA, Carlos Miguel. **Les Droits Sociaux**, Paris: PUF, 2009. p. 39 e ss.

sido diversas as experiências em diferentes lugares, o fato é que cada vez mais se firmou o entendimento – inclusive em Estados constitucionais de forte coloração liberal – de que a pobreza e a exclusão social são assuntos de algum modo afetos ao Estado, ainda que por razões nem sempre compartilhadas por todos e em todos os lugares, visto que mesmo no plano da fundamentação filosófica, ou seja, da sua sinergia com alguma teoria de Justiça, são diversas as alternativas que se apresentam.⁴ Mesmo na esfera terminológica nem sempre se verifica coincidência, pois ao passo que alguns (como também prevalece no Brasil) preferem utilizar a expressão mínimo existencial, outros falam em mínimos sociais⁵, direitos constitucionais mínimos ou condições materiais mínimas de existência⁶⁻⁷ ou, ainda, em um mínimo de subsistência ou um mínimo vital (como já era o caso de Pontes de Miranda, em escrito pouco conhecido)⁸, embora nem sempre tais expressões sejam utilizadas como sinônimas, visto que podem estar associadas a conteúdos mais ou menos distintos, a despeito de alguns elementos em comum, como é o caso, em especial, o reconhecimento de um direito a prestações materiais por parte do Estado.

Sem prejuízo de sua previsão (ainda que com outro rótulo) no plano do direito internacional dos direitos humanos, como é o caso do artigo XXV da Declaração da ONU, de 1948, que atribui a todas as pessoas um direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, a associação direta e explícita do assim chamado mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana encontrou sua primeira afirmação textual, no plano constitucional, na Constituição da República de Weimar, Alemanha, em 1919, cujo artigo 151 dispunha que a vida econômica deve corresponder aos ditames da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade.

Como bem destaca o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, “A América Latina sempre enxergou os Estados de Bem Estar europeus com admiração e com uma indisfarçável

⁴ Cf., por exemplo, as teorizações de John Rawls e Michael Walzer colacionadas e comentadas por BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123 e ss. A respeito das diversas fundamentações de um direito ao mínimo existencial, v., por último, na doutrina brasileira, TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial... *Op. Cit.* p. 13-34; 54-81. Por último, explorando o tema nessa perspectiva, v. WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana**, Petrópolis: Vozes, 2013. Especialmente p. 205, a partir do pensamento de John Rawls.

⁵ Esta é a designação dada pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), que dispõe, em seu artigo 1º, que “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

⁶ Luiz Edson Fachin tratando do patrimônio no Direito Civil, discorre também sobre um patrimônio jurídico mínimo que, conectado ao princípio da dignidade humana, “concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter menos têm e mais necessitam”. (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 278)

⁷ Nas palavras de Daniel Sarmento, “Considera-se que existe um núcleo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito”. SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 60).

⁸ PONTES DE MIRANDA, **Os Novos Direitos do Homem**. v. I. Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1933.

vontade de ter o mesmo modelo em seus países. Tem sido o sonho dos latinoamericanos quando se discute qual o modelo ideal de Estado”⁹.

Assim, a noção de dignidade foi incorporada à tradição constitucional brasileira desde 1934, igualmente no âmbito da ordem econômica e/ou social, de tal sorte que o artigo 170 da CF dispõe que “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...”. É preciso lembrar, contudo, que na condição de finalidade ou tarefa cometida ao Estado no âmbito dos princípios objetivos da ordem social e econômica, o mínimo existencial, ou seja, o dever de assegurar a todos uma vida com dignidade, não implicava necessariamente (aliás, como não implica ainda hoje a depender do caso), salvo na medida da legislação infraconstitucional (especialmente no campo da assistência social e da garantia de um salário mínimo, entre outras formas de manifestação), uma posição subjetiva imediatamente exigível pelo indivíduo. A elevação do mínimo existencial à condição de direito fundamental e sua articulação mais forte com a própria dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial, do qual se dará notícia na seqüência.

Com efeito, a despeito de não existirem, em regra, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) - excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (direitos e deveres que para muitos não são considerados propriamente direitos sociais) - a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.

Na doutrina do Segundo Pós-Guerra, um dos primeiros a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na seqüência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97904>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.¹⁰ Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.¹¹ Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).

Por fim, transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida nesta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados na sua vida social, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envia-los os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”.¹²

Em que pesem algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã, resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.¹³ Além disso, a doutrina alemã entende que

¹⁰ Cf. BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 12, 1954. p. 42-3.

¹¹ Cf. **BVerwGE** (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Administrativo Federal) nº 1, p. 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24-06-1954.

¹² Cf. tradução livre do primeiro autor de trecho extraído da decisão publicada em *BVerfGE* (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal) nº 40, p. 121 (133).

¹³ Para tanto, v. *BVerfGE* nº 78, p. 104, reiterada em *BVerfGE* nº 82, p. 60 e nº 87, 1p. 53. Ressalte-se que nas duas últimas decisões, se tratou da problemática da justiça tributária, reconhecendo-se para o indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos indispensáveis a uma existência digna. Cuidou-se, contudo, não propriamente de um direito a prestações, mas, sim, de limitar a ingerência estatal na esfera existencial, ressaltando-se aqui também uma dimensão defensiva do direito fundamental ao mínimo para uma existência digna. Note-se que o princípio da dignidade humana passa, sob este aspecto, a constituir limite material ao poder de tributar do Estado (sobre tal perspectiva, v., por todos, ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 498 e ss.). No âmbito da jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional da Alemanha destaca-se especialmente a decisão proferida em 09.02.2010, que teve por objeto o exame da constitucionalidade de alentada reforma da legislação social, a polêmica Reforma Hartz-IV, com destaque para os valores

a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.¹⁴ Nessa perspectiva, o que se afirma é que o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Europeia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial - alcança o caráter de uma ajuda para a auto-ajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção.¹⁵

De qualquer modo, tem-se como certo que da vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta que a garantia efetiva de uma existência digna (vida com dignidade) abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (que cobre o assim chamado mínimo vital e guarda relação direta com o direito à vida), situando-se, de resto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesse sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.¹⁶ Tal linha de fundamentação, em termos gerais, tem sido privilegiada também no direito constitucional brasileiro, ressalvada especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa do mínimo existencial podem resultar conseqüências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos¹⁷.

pagos a título de seguro desemprego, igualmente afirmando o dever do Estado com a garantia do mínimo existencial e reconhecendo um direito subjetivo individual e indisponível correspondente. Para maiores detalhes, v. entre outros, as anotações ao julgamento de RIXEN, Stephan. Grundsicherung für Arbeitssuchende: Grundrecht auf Existenzminimum. *Sozialgerichtsbarkeit*, n. 04, 2010. p. 240 e ss.

¹⁴ Nesse sentido, v. por todos, ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. In: Isensee-Kirchhof (Org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBSiR)**. vol. I. Heidelberg: CF Muller, 1987. p. 1062 e ss.

¹⁵ Esta a oportuna formulação de NEUMANN, Volker, Menschenwürde und Existenzminimum. **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 1995. p. 425. Entre nós, trilhando perspectiva similar, excluindo a idéia de caridade e destacando que “o direito a um mínimo existencial corresponde ao direito à subsistência de que nos fala Pontes de Miranda”, v. LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais, Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109 e ss.

¹⁶ Cf., por todos, NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”. *Op. Cit.* p. 428 e ss.

¹⁷ Para além das referidas contribuições de Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos e Eurico Bitencourt Neto (v. notas de rodapé nº 3 e 5, *supra*), v. SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, vol. 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 213 e ss., (aderindo ao conceito e fundamento proposto por Ricardo Lobo Torres), bem como, LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009. p. 72 e ss, e CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial – O Papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97 e ss. Associando o conceito e o conteúdo do direito ao mínimo existencial a uma teoria das necessidades básicas, mas afinada – em adesão à tradição alemã referida - com uma noção mais alargada e compatível com um mínimo existencial que, além da existência física, abarca uma dimensão sociocultural, v., no direito brasileiro, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Especialmente p. 123 e ss. Em sentido similar, v., por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas. In: ALEXY, Robert;

Não se nega a dificuldade em se verificar qual o mínimo existencial dentro de cada ordenamento, mas é certo que “mesmo quando os valores pudessem oscilar significativamente, de acordo com o que cada um viesse a considerar como padrão mínimo de dignidade, o fato é que há um núcleo central em relação ao qual haverá consenso em qualquer circunstância”¹⁸.

Isso significa dizer que o objeto jurídico identificado pela expressão “mínimo existencial” é fluido e vago, com uma “zona de certeza positiva”, outra “negativa”, bem como uma “zona de penumbra”, como tão bem acentuou Genaro Carrió¹⁹.

Entretanto, como bem acentuou Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰, os conceitos vagos (tal como “mínimo existencial”) padecem de indeterminação nas previsões abstratas, mas, no caso concreto, assumem muito mais consistência.

É certo que nem sempre haverá possibilidade de determinar precisamente um único sentido ao conteúdo de um conceito veiculado em palavras²¹. Neste caso, estar-se-á diante daquilo que Genaro Carrió denominou de “zona de penumbra”.

De qualquer forma, como sempre é possível a construção de um conteúdo mínimo da significação do conceito, nos ateremos ao estudo da “zona de certeza positiva” e da “zona de certeza negativa” do “mínimo existencial”.

Ainda no contexto do debate jurídico-constitucional alemão, é possível constatar a existência (embora não uníssona na esfera doutrinária) de uma distinção importante no concernente ao conteúdo e alcance do próprio mínimo existencial, que tem sido desdobrado

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Orgs.), **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**: um dilema Brasil e Alemanha, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013. p. 543 e ss.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 5. ed. 2001. p. 153.

¹⁹ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990. p. 34: “*Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad donde caen todos los casos en los que no se duda que no es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe*”.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 22-26.

²¹ Nesta seara, cumpre salientar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem: “a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.

²² Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes ‘urgente’, ‘interesse público’, ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘relevante’, ‘gravidade’, ‘calvicie’ e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um outro conceito – já agora preciso, portanto um novo conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional... Op. Cit.* p. 20-21).

num assim designado mínimo fisiológico, que busca assegurar as necessidades de caráter existencial básico e que, de certo modo, representa o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social, política e cultural²². É nessa perspectiva que, no âmbito de sua justificação jurídico-constitucional – há quem diga que enquanto o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestuário, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material²³.

Romeu Felipe Bacellar Filho²⁴, com acerto, explana que o Estado de Bem Estar passou a prestar serviços diretamente à população, em especial nas áreas da saúde, educação, habitação e seguridade. Estas foram as ações através das quais o Estado de Bem Estar materializou-se e, a bem da verdade, resolveu boa parte dos problemas sociais nos países onde foi implantado de forma decidida. A doutrina costuma dizer que o Estado de Bem Estar se caracteriza por ser fortemente ativo com as classes passivas, e passivo com as classes ativas, numa alusão a pobres e ricos, nesta ordem.

Do exposto, em especial com base na síntese da experiência alemã, que, à evidência, em termos de repercussão sobre o direito comparado, certamente é a mais relevante na perspectiva da dogmática jurídico-constitucional de um direito ao mínimo existencial, resultam já pelo menos duas constatações de relevo e que acabaram por influenciar significativamente os desenvolvimentos subsequentes.

A primeira, diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que, consoante já verificado a partir da experiência alemã, não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade²⁵. Não deixar alguém sucumbir por falta de alimentação, abrigo ou prestações básicas de saúde certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem

²² Neste sentido, v., em caráter ilustrativo, SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *Juristenzeitung*, n. 13, 2005. p.647-48.

²³ Cf., também, SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *Juristenzeitung*, n. 13, 2005. p. 647-48.

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, vol. 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCtd=97904>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

²⁵ Esta a posição que sempre temos sustentado e que corresponde à concepção amplamente dominante na doutrina brasileira, reportando-me aqui, entre outros, aos autores e contribuições citados na nota nº 17, supra.

prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina brasileira, assim como na jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá, conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material²⁶.

Em que pese certa convergência no que diz com uma fundamentação jurídico-constitucional a partir do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e tomando como exemplo o problema do conteúdo das prestações vinculadas ao mínimo existencial, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência alemã partem – de um modo mais cauteloso – da premissa de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.²⁷ Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.²⁸ Tal orientação, de resto, é que aparentemente tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional (constitucional) Europeia,²⁹ e, de algum modo, parece ter sido assumida como substancialmente correta também por expressiva doutrina e jurisprudência sul-americana, como dão conta importantes contribuições oriundas da

²⁶ Cf. a decisão proferida no Acórdão n.º 509 de 2002 (versando sobre o rendimento social de inserção), bem como os comentários tecidos por VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 403 e ss., MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa, in: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 639-40.

²⁷ Esta a posição de BREUER, Rüdiger. Op. Cit., p. 97, assim como, mais recentemente, MOREIRA, Isabel. **A solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 143 e ss. Também o Tribunal Federal Constitucional atribui ao legislador a competência precípua de dispor sobre o conteúdo da prestação. Neste sentido, v. **BVerfGE** 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1). Por último, v., no mesmo sentido, a decisão de 09.02.2010.

²⁸ Cf. o já referido *leading case* do Tribunal Constitucional Federal (**BVerfGE** 40, 121 [133]).

²⁹ Ainda que não se trate do reconhecimento de um direito a prestações propriamente dito, o Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença n.º 113/1989, entendeu que “Es incompatible con la dignidad de la persona el que la efectividad de los derechos patrimoniales se leve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Se justifica así, junto a otras consideraciones, la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a la ejecución de las sentencias firmes.” (LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)**, Barcelona: Ed. Ariel, 1995. p. 73). Já admitindo um direito às prestações vinculadas ao mínimo existencial, v. a já citada decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, na esteira de jurisprudência anterior, ainda que em princípio tímida e partindo da primazia da concretização pelos órgãos legiferantes.

Argentina³⁰ e da Colômbia³¹. Para o caso brasileiro, basta, por ora, lembrar o crescente número de publicações e de decisões jurisdicionais sobre o tema. No plano judicial, o destaque, dado o enfoque do presente texto, fica com o STF, que tem produzido muitas decisões aplicando a noção de um mínimo existencial a vários tipos de situações envolvendo diversos direitos fundamentais³².

Mesmo que não se possa adentrar em detalhes, firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Nesse sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável³³. De outra parte, até mesmo a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem³⁴, poderá vir a ser negligenciada. Convém destacar, ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sociocultural e que é igualmente considerada como carente de respeito e promoção pelos órgãos estatais,³⁵ razão pela qual, prestações básicas em matéria de direitos e deveres culturais (notadamente no caso da educação fundamental e destinada a assegurar uma efetiva possibilidade de integração social, econômica, cultural

³⁰ V. especialmente COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Madrid: Trotta, 2003, apresentando e comentando um expressivo elenco de casos envolvendo os direitos sociais e o mínimo existencial não limitado à experiência da Argentina.

³¹ Inventariando e comentando a jurisprudência constitucional da Colômbia, v. ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). **Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Estudios Ocasionales CIJUS. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

³² V. aqui, entre outras (portanto, em caráter meramente ilustrativo) a decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000), onde restou consignado – igualmente em hipótese que versava sobre o fornecimento de medicamentos pelo estado (no caso, paciente portador de HIV) que a saúde é direito público subjetivo não podendo ser reduzido à “promessa constitucional inconseqüente”. Entre muitos outros julgados que poderiam ser colacionados, v. a paradigmática decisão monocrática do STF proferida na ADPF nº 45, igualmente da lavra do Ministro Celso de Mello, afirmando – embora não tenha havido julgamento do mérito – a dimensão política da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando se cuidar especialmente da implementação da garantia do mínimo existencial. Mais recentemente, v. a STA 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.08 (direito à educação, sufragada por decisões posteriores) e STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.10 (direito à saúde), bem como, por último, pela sua relevância, as decisões sobre o benefício de assistência social (LOAS), julgadas em 18.04.2013 (RE 567.985 – Mato Grosso, Relator Min. Marco Aurélio, Relator do Acórdão, Ministro Gilmar Mendes) e em 18.04.2013 (Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes).

³³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana.... *Op. Cit.* p. 59-60.

³⁴ Sobre esta temática, remetemos igualmente ao nosso “Dignidade...,” p. 88-89, assim como, de modo especial, ao ensaio de KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153 e ss.

³⁵ V. por todos HÄBERLE, Peter. A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 116 e ss.

e política ao indivíduo), mas também o acesso a alguma forma de lazer, estariam sempre incluídas no mínimo existencial, o que também corresponde, em termos gerais, ao entendimento consolidado na esfera da doutrina brasileira sobre o tema, tal como já sinalizado.

Dito isso, o que importa, nesta quadra, é a percepção de que o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Mas é precisamente o caso de países como o Brasil (o mesmo se verifica em outros Estados Constitucionais que asseguram um conjunto de direitos fundamentais sociais no plano constitucional) que revelam o quanto a relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais nem sempre é clara e o quanto tal relação apresenta aspectos carentes de maior reflexão, a começar pela própria necessidade de se recorrer à noção de mínimo existencial quando o leque de direitos sociais cobre todas as suas possíveis manifestações.

A exemplo do que ocorre com a dignidade da pessoa humana, que não pode ser pura e simplesmente manejada como categoria substitutiva dos direitos fundamentais em espécie, também o mínimo existencial, mesmo quando se cuida de uma ordem constitucional que consagra um conjunto de direitos sociais, não pode (ou, pelo menos, não deve) ser considerado como inteiramente fungível no que diz com sua relação com os direitos sociais, de modo a guardar uma parcial e sempre relativa autonomia, que lhe é assegurada precisamente pela sua conexão com a dignidade da pessoa humana. Qual o grau possível de autonomia (no sentido de um objeto e âmbito de proteção próprio) de um direito ao mínimo existencial na CF de 1988, que contempla todos os direitos sociais que usualmente são de algum modo relacionados ao mínimo existencial (há que considerar que nem todas as constituições que consagram direitos sociais o fazem com tanta amplitude como a nossa) é ponto que poderia merecer maior atenção, embora não seja aqui o momento próprio³⁶.

De fato, o Estado reservou a si a titularidade dos serviços públicos de saúde, educação, previdência, assistência, dentre outros, justamente para satisfazer o leque de direitos e garantias individuais e sociais previstos na Constituição de 1988³⁷.

Tanto do ponto de vista teórico, quanto de uma perspectiva prática, a relação entre o mínimo existencial e os diversos direitos fundamentais sociais tem sido marcada por uma

³⁶ Cf. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

³⁷ ZANCANER, Weida. Limites e Confrontações entre o Público e o Privado. In: Romeu Felipe Bacellar Filho (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 342.

doutrina e jurisprudência que em boa medida dão suporte à tese de que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade³⁸.

Tal entendimento, conquanto possa ter a (aparente) virtude de auxiliar na definição do conteúdo essencial dos direitos sociais, notadamente quanto ao recorte dos aspectos subtraídos a intervenções restritivas dos órgãos estatais e mesmo vinculativas dos particulares, não evita a perda de autonomia dos direitos fundamentais sociais, pois se o núcleo essencial dos direitos e o mínimo existencial se confundem em toda a sua extensão, então a própria fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao seu conteúdo em mínimo existencial, o que, aliás, encontra adesão por parte de importante doutrina, que, inclusive, chega, em alguns casos, a adotar tal critério como fator de distinção entre os direitos fundamentais e os demais direitos sociais, que, naquilo que vão além do mínimo existencial³⁹, não seriam sequer direitos fundamentais, posição esta que seguimos refutando, sem que, contudo, aqui se possa avançar na questão. Apenas para registrar o nosso ponto de vista, direitos fundamentais (o que se aplica também aos direitos sociais) são todos aqueles como tais consagrados na CF, dotados regime-jurídico especial e reforçado que lhes foi também atribuído pela ordem constitucional.

É nessa perspectiva que – para espancar qualquer dúvida a respeito - comungamos do entendimento de que todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, núcleo este que, por outro lado, não se confunde com seu conteúdo em dignidade da pessoa humana (ou, no caso dos direitos sociais, com o mínimo existencial), embora em maior ou menor medida, a depender do direito em causa, um conteúdo em dignidade humana e/ou uma conexão com o mínimo existencial se faça presente, do que não apenas podem, como devem, ser extraídas conseqüências para a proteção e promoção dos direitos fundamentais⁴⁰.

No caso da CF, que consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais e, de resto, contempla um leque amplo de direitos sociais (saúde, educação, moradia, alimentação, transporte, previdência, assistência social, trabalho, proteção da criança e do adolescente, do idoso, da maternidade), o caráter subsidiário da garantia do mínimo existencial (na condição de direito autônomo) é de ser sublinhado. Por outro lado, desde que não se incorra

³⁸ Cf., por exemplo, seguindo esta linha argumentativa, MARTINS, Patrícia do Couto V. A. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson. (Coord.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 412 e ss., referindo-se, todavia, à noção de necessidades básicas como núcleo essencial dos direitos sociais (noção esta similar a de um mínimo existencial), núcleo este blindado contra medidas de cunho retrocessivo.

³⁹ Esta, por exemplo, a posição advogada por TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 40-3; 53-4.

⁴⁰ Trilhando o mesmo caminho, ou seja, adotando a tese da distinção entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais (inclusive sociais), v. por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. *Mínimo Existencial versus Mínimo Vital... Op. Cit.* p. 547 e ss.

na tentação (já que os argumentos nesse sentido são sedutores) de cancelar a identificação total entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, a noção de um mínimo existencial, tal como já demonstra também a evolução doutrinária e jurisprudencial brasileira, opera como relevante critério material (embora não exclusivo) para a interpretação do conteúdo dos direitos sociais, bem como para a decisão (que em muitos casos envolve um juízo de ponderação) a respeito do quanto em prestações sociais deve ser assegurado mesmo contra as opções do legislador e do administrador, mas também no âmbito da revisão de decisões judiciais nessa seara. Por outro lado, precisamente no âmbito de tal processo decisório (que envolve o controle das opções legislativas e administrativas) não se deve perder de vista a circunstância de que, *quando for o caso*, o que se poderia designar de um “conteúdo existencial” não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, lazer etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização em cada oportunidade que se pretender extrair alguma consequência jurídica concreta em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.

Esta linha de entendimento, como se depreende de uma série de julgados, parece estar sendo privilegiada pelo STF, muito embora nem sempre este se tenha posicionado com clareza sobre a relação entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, especialmente quanto ao fato de se tratar, ou não, de categorias fungíveis. De qualquer modo, impende sublinhar que no que diz com a orientação adotada pelo STF, os direitos sociais e o mínimo existencial exigem sejam consideradas as peculiaridades do caso de cada pessoa, visto que se cuida de direitos que assumem uma dimensão individual e coletiva, que não se excluem reciprocamente, cabendo ao poder público assegurar, pena de violação da proibição de proteção insuficiente, pelo menos as prestações sociais que dizem respeito ao mínimo existencial⁴¹.

Ainda sobre a relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, convém lembrar que mesmo tendo sido expressamente previstos no texto constitucional, os direitos sociais, a despeito de sua direta aplicabilidade na condição de normas de direitos fundamentais (no sentido de que os órgãos judiciais podem aplicar tais normas ainda que não tenham sido objeto de regulamentação legislativa), dependem em grande medida de uma concretização pelo legislador e pela administração pública, portanto, de uma teia complexa e dinâmica de atos legislativos, atos normativos do poder executivo, de políticas públicas, etc.

O problema maior relaciona-se, portanto, com a aplicabilidade dos aludidos direitos sociais, tal qual preconizada pela Constituição de 1988.

⁴¹ Cf., paradigmaticamente, na decisão proferida na STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.2010.

Nesse passo, interessante é a classificação⁴² proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³, em que se busca aclarar a força normativa dos preceitos constitucionais que tratam da justiça social, dividindo as normas constitucionais atinentes à Justiça Social em três grupos, cujo critério de classificação é a investidura, em prol dos administrados, de direitos mais ou menos amplos, descendentes direta e imediatamente do Texto Constitucional.

Assim, as normas constitucionais concernentes à Justiça Social são divididas em:

(i) Normas concessivas de poderes jurídicos⁴⁴ aos administrados, independentemente de prestação alheia (sem a necessidade do surgimento de uma relação jurídica individual e concreta), outorgando de imediato uma utilidade concreta, consistente em um desfrute positivo aliado à prerrogativa de exigir que se afaste a conduta de outrem que a embarce ou perturbe. Como exemplos, o “direito de ir e vir”, o “direito de propriedade”, o direito à vida etc.

(ii) Normas atributivas de direito a fruir, imediatamente, benefícios jurídicos concretos, cujo gozo se faz por meio de prestação positiva alheia, que, se negada, pode ser exigida judicialmente do Estado.

Um dos exemplos dado pelo professor é a norma preconizada no artigo 7º, IV, que dispõe ser direito do trabalhador o “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas 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”.

Assim, para o jurista, o dispositivo é operativo por si, por estabelecer direito à fruição da utilidade deferida, sendo nula a disposição que fixar salário mínimo em montante inferior às necessidades de uma existência digna do trabalhador e de sua família.

Prossegue demonstrando que o caráter de fruição imediata desse direito enseja ao trabalhador a propositura de ação de responsabilidade patrimonial do Estado pela diferença de valor inconstitucionalmente deduzida. Ademais, os trabalhadores, mediante dissídio

⁴² Não desconhecemos a importância das demais classificações propostas em relação às normas constitucionais, em especial a elaborada por SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. Contudo, para os fins deste estudo, parece-nos mais operativa a classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, na medida em que enfoca as normas constitucionais frente ao que elas podem fornecer ao cidadão, ou seja, indicam a posição jurídica em que os administrados se vêem imediatamente investidos em decorrência das regras constitucionais. Quanto às demais classificações, citem-se, também, as importantes contribuições de DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001; e BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

⁴⁴ Embora sem mencionar expressamente, o Professor Celso Antônio adota a separação entre (a) direito e poder e (b) obrigação e dever, proposta por Santi Romano.

coletivo, poderão buscar o reconhecimento *in concreto* do valor salarial mínimo a que fazem jus, por força da regra constitucional⁴⁵.

(iii) Normas constitucionais que, sem indicar os caminhos a serem seguidos pelo legislador ordinário, veiculam em seu conteúdo uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público. Essas normas conferem aos administrados, de imediato, direito de se oporem judicialmente aos atos do Poder Público que contrariem tais finalidades. Como

⁴⁵ No tocante ao salário mínimo, cabe breve menção ao seguinte episódio: na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1442/DF, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura CONTAG e a Central Sindical CUT (excluída por ilegitimidade ativa) questionaram, dentre outros dispositivos, a inconstitucionalidade do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.415/96, que estabelecia um salário mínimo de R\$112,00, violador da norma constitucional prevista no artigo 7º, IV, por não atender às necessidades vitais básicas do trabalhador. Neste julgamento, o relator, Ministro Celso de Mello, assentou: "Com efeito, a cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. (...)

Vê-se, portanto, que o legislador constituinte brasileiro delineou um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico social e de caráter econômico-financeiro –, *corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares* e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar o poder aquisitivo desse piso remuneratório, em caráter permanente (...). Em suma: o valor mensal de R\$112,00 – que corresponde a um valor salarial diário de R\$3,73 *é aviltante e é humilhante*. Ele, na verdade, reflete importância evidentemente insuficiente para propiciar ao trabalhador e aos membros de sua família um padrão digno de vida." (destaques nossos).

Ocorre que, apesar da irrepreensível argumentação do relator, este entendeu que a ação a ser proposta deveria ter sido ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF) e não a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a", CF) e, desse modo, não poderia atender ao justo pleito da autora, pois esta pretendia não o reconhecimento de uma situação de omissão parcial do Poder Público, mas a própria declaração de inconstitucionalidade das regras questionadas e, se isto fosse deferido, *a situação culminaria por agravar, ainda mais, a situação remuneratória dos trabalhadores, reduzindo-lhes o salário dos atuais R\$112,00 para a anterior e inaceitável importância de apenas R\$ 100,00*.

Assim, quanto ao artigo 1º da Medida Provisória nº 1.415, de 29 de abril de 1996, o Tribunal, por maioria, não conheceu da ação direta, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que, como de hábito, adotava uma posição defensiva do cidadão e dos direitos sociais. Plenário, 03.11.2004.

Já em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, desta vez proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, com fundamento em todo análogo à ação acima descrita, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a demanda, mas não lhe concedeu qualquer aplicabilidade por entender que "a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente". (Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgamento 23.05.1996).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal aparentemente modificou o seu entendimento por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 708 (Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgamento 25.10.2007), para admitir que, diante da inércia contundente do Poder Legislativo, a Corte Suprema poderia ditar qual a regra legal aplicável ao exercício de uma garantia constitucional que, até então, estava condicionada à prévia existência de lei.

Ainda que esse precedente (MI 708) seja aplicável apenas às partes envolvidas na referida ação, esse raciocínio pode ser estendido para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e assim, poder-se-ia pleitear que o Poder Judiciário, também em sede de ADIN por omissão, fixasse o valor do salário mínimo que efetivamente atendessem às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

exemplos, o professor cita o princípio da busca do pleno emprego e da função social da propriedade.

Com base nesta classificação, pode-se afirmar que os direitos sociais veiculam normas que conferem direitos aos administrados, mas dependem de prestação alheia.

Mais do que o próprio direito subjetivo em si a ser garantido, é importante que seja realizada uma tutela igualitária dos direitos sociais para toda a sociedade.

Com efeito, conforme ensina Daniel Wunder Hachem⁴⁶, o diminuto grau de fruição dos direitos sociais no Brasil é um óbice ao aumento do índice de desenvolvimento humano, servindo-se como forma de manutenção das graves desigualdades existentes em nossa sociedade. A sua efetivação prioritariamente pelo Poder Judiciário, em ações individuais propostas pelas classes média e alta da população, não pode ser considerada uma solução satisfatória; ao contrário: ela contribui para a ampliação do abismo entre os mais ricos e os mais pobres, já que aqueles que possuem recursos financeiros e informações para alcançar a tutela judicial dos seus direitos individualmente acabam por afastar, para a seu proveito próprio, valores que seriam reservados ao atendimento dos mais necessitados. Logo, conclui o professor, que a ação judicial não é exclusiva, nem a principal, nem o meio mais apropriado para a promoção dos direitos fundamentais sociais, em que pese ser uma possível e indispensável via para tanto.

E o professor Daniel⁴⁷ prossegue esclarecendo que é inservível garantir a concretização dos direitos fundamentais sociais somente a uma pequena parte da população que consegue acessar o Poder Judiciário, marginalizando todos os demais titulares das mesmas pretensões jurídico-subjetivas, que não alcançam a proteção dos seus direitos pela via jurisdicional. O que deve ser feito, ao mesmo tempo em que se visa à busca de instrumentos *judiciais* de tutela dos direitos sociais, é identificar, no ordenamento jurídico, mecanismos *administrativos* que ofereçam uma tutela não apenas *eficaz* de tais direitos, mas, especialmente, *igualitária*.

De toda a sorte, não há negar que, muitas vezes, o texto constitucional nada ou pouco diz sobre o conteúdo do direito, como se verifica no caso dos direitos à moradia, alimentação, transporte e lazer, pois no caso dos direitos à saúde, educação, previdência e assistência social, assim como no caso da proteção do trabalhador, a própria CF apresenta algumas diretrizes que vinculam positiva e negativamente os atores estatais. No âmbito de uma proibição de retrocesso, por exemplo, o que em geral está em causa não é a supressão do direito do texto constitucional, mas a redução ou supressão (de alguma maneira) de prestações sociais já disponibilizadas na esfera das políticas públicas, que, portanto, não podem ser artificialmente excluídas do processo de decisão judicial e das considerações sobre o

⁴⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015. p. 65.

⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 66.

quanto integram, ou não, o conteúdo essencial do direito. Não é à toa que Gomes Canotilho de há muito sustenta que o núcleo essencial legislativamente concretizado de um direito social constitucionalmente consagrado opera como verdadeiro direito de defesa contra a sua supressão ou restrição arbitrária e desproporcional, ainda mais quando inexistem outros meios para assegurar tal conteúdo essencial⁴⁸.

No mesmo sentido, acentua Emerson Gabardo⁴⁹ caber “ao Estado de bem-estar, como atividade que lhe é própria, responsabilizar-se pelo incremento civilizatório da sociedade, protegendo os indivíduos em face da possibilidade de retrocesso sociocultural, socioeconômico e socioambiental”.

Por derradeiro, situando-nos, ainda, na esfera da compreensão da fundamentação jurídico-constitucional e do conteúdo de um direito (garantia) ao mínimo existencial, importa sublinhar a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial, o que evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial,⁵⁰ lembrando que no caso brasileiro os direitos sociais, ainda mais considerando a inserção dos direitos à moradia, à alimentação e ao transporte, em termos gerais cobrem os aspectos usualmente reconduzidos a um mínimo existencial, o que, mais uma vez, comprova que a noção de mínimo existencial exige um tratamento diferenciado de lugar para lugar, especialmente quando se trata de ordens constitucionais com ou sem direitos fundamentais sociais.

De fato, o mínimo existencial não é uma categoria universal, mas varia de lugar para lugar, inclusive dentro de um mesmo país, como, aliás, já assinalou Fernando Facury Scaff⁵¹.

3. O mínimo existencial no âmbito da jurisdição constitucional com destaque para o STF

À vista do exposto e buscando identificar algumas conexões entre os diversos segmentos da presente contribuição, notadamente para o efeito de enfatizar o vínculo entre

⁴⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339-40.

⁴⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 178.

⁵⁰ É precisamente neste sentido que compreendemos a proposta de Barcellos, Ana Paula. *Op. Cit.* p. 247 e ss., ao incluir no mínimo existencial a garantia da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça, pena de fecharmos de modo constitucionalmente ilegítimo (ou, pelo menos, problemático) o acesso à satisfação de necessidades essenciais, mas que não estejam propriamente vinculadas (pelo menos, não de forma direta) às demandas colacionadas pela autora.

⁵¹ SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, vol. 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 217.

direitos fundamentais, mínimo existencial e justiça constitucional, resulta evidente que o reconhecimento de um direito (garantia) ao mínimo existencial, seja numa perspectiva mais restrita (mais próxima ou equivalente a um mínimo vital ou mínimo fisiológico), seja na dimensão mais ampla, de um mínimo existencial que também cobre a inserção social e a participação na vida política e cultural (precisamente o entendimento aqui adotado e que corresponde à concepção consagrada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e ao que tudo indica na doutrina e jurisprudência brasileira), constitui ao mesmo tempo condição para a democracia (ainda mais na esfera de um Estado Social de Direito) e limite desta mesma democracia. Ao operar, especialmente no âmbito de atuação da assim chamada jurisdição constitucional, como limite ao legislador, implicando inclusive a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade material de ato legislativo (como, de resto, de qualquer ato do poder público), a garantia do mínimo existencial se integra, no contexto do Estado Constitucional, ao conjunto do que já se designou de “trunfos” contra a maioria⁵², pois se trata de algo subtraído – em alguma medida – à livre disposição dos poderes constituídos, inclusive ao legislador democraticamente legitimado.

Por outro lado, também no que diz com o mínimo existencial, é perceptível que procedimentalismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis⁵³, muito antes pelo contrário, podem operar de modo a se reforçarem reciprocamente, assegurando assim uma espécie de concordância prática (Hesse) entre as exigências do princípio democrático e a garantia e promoção dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando em causa as condições materiais mínimas para uma vida condigna.

Um exemplo digno de atenção, extraído da experiência dinâmica da jurisdição constitucional, é o da já referida e relativamente recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (09.02.2010), onde, a despeito de retomada a noção de que toda e qualquer pessoa é titular de um direito (subjeto) às condições materiais mínimas para que possa fruir de uma

⁵² Nesse sentido, na esteira das já consideradas clássicas observações de DWORKIN, Ronald (v na obra tomando a sério os direitos, *Taking Rights Seriously*), v. no âmbito da doutrina alemã, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, quando aborda a formação da vontade estatal e, em síntese, aponta conexão e tensão entre direitos fundamentais e princípio democrático (p. 498-99), e, na literatura em língua portuguesa, inclusive com particular referência aos direitos sociais, NOVAIS, Jorge Reis. **Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010. p. 319 e ss.

⁵³ Na literatura nacional, explorando as diversas facetas da problemática, inclusive da legitimidade da jurisdição constitucional, v. dentre tantos, os excelentes estudos de SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 (do mesmo autor, v., ainda **Hermenêutica Jurídica e (m) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007), STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 (do mesmo autor v. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, bem como **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 3. ed. São Paulo: RT, 2013; CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**, Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, com destaque para as contribuições do próprio Marcelo Cattoni e de Meneick de Carvalho Neto; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Robert Alexy**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

vida com dignidade, merece ser sublinhada a manifestação do Tribunal no sentido de que ao legislador é deferida uma margem considerável de ação na definição da natureza das prestações estatais que servem ao mínimo existencial, mas também dos critérios para tal definição. Por outro lado, tal liberdade de conformação encontra seus limites precisamente na própria garantia do mínimo existencial, de tal sorte que nesta mesma decisão o Tribunal Constitucional veio a declarar a inconstitucionalidade parcial da legislação submetida ao seu crivo. Entre as diretrizes estabelecidas pelo Tribunal, está a de que para a definição do conteúdo das prestações exigíveis por parte do cidadão, o legislador está obrigado a avaliar de modo responsável e transparente, mediante um procedimento controlável e baseado em dados confiáveis e critérios de cálculo claros, a extensão concreta das prestações vinculadas ao mínimo existencial.

A deferência para com o legislador (e, portanto, para com o órgão legitimado pela via da representação popular), todavia não acaba por aí. Com efeito, reiterando decisões anteriores, o Tribunal – mediante exercício do assim chamado *judicial self restraint*⁵⁴, acabou não pronunciando a nulidade dos dispositivos legais tidos por ofensivos ao mínimo existencial constitucionalmente garantido e exigido, mas assinou prazo ao legislador para que ele próprio, no âmbito do processo político e democrático, venha a providenciar nos ajustes necessários, corrigindo sua própria obra e adequando-a aos parâmetros constitucionais. É claro que também a tradição alemã, ainda que sejam poucos os casos concretos onde se utilizou do expediente do apelo ao legislador, igualmente demonstra a seriedade com a qual a decisão do Tribunal Constitucional é recebida pelos órgãos legislativos (sem prejuízo de fortes críticas), de tal sorte que em todos os casos o legislador – embora lançando mão da sua liberdade de conformação – correspondeu aos apelos e revisou suas opções anteriores, ou mesmo, nos casos de omissão, editou a regulamentação exigida pelo Tribunal Constitucional. Aliás, também aqui a trajetória inicial (acima descrita, inclusive com menção às decisões judiciais superiores) do reconhecimento da garantia do mínimo existencial já se manifestara fecunda, visto que foi precisamente a falta de previsão legislativa de uma prestação estatal destinada a assegurar uma vida condigna a quem não dispõe de recursos próprios, que motivou fosse acessada a jurisdição constitucional, designadamente para impulsionar o legislador a inserir tais prestações na codificação social alemã.

Tal linha de ação, mediante a qual a Corte Constitucional não fulmina (pelo menos num primeiro momento) de nulidade o regramento legislativo, não é desconhecida no Brasil e já foi utilizada em algumas ocasiões. Destaca-se, nesse contexto, especialmente pelo fato de se tratar de decisão que envolveu a noção de mínimo existencial (razão de sua referência e do paralelo com a decisão alemã), a recente decisão do STF sobre o benefício de assistência social e a forma de sua regulação pela LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social). Sem que se vá adentrar o mérito propriamente dito da questão⁵⁵, que já vem ocupando doutrina e

⁵⁴ Sobre o tema, v., entre nós, especialmente MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁵⁵ Para análise específica da evolução histórica do entendimento do STF quanto à constitucionalidade do artigo 20, §3º da LOAS (Lei nº 8.742/93), ver ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Intervenção do Estado na Ordem Social – A*

jurisprudência há muito tempo (lembre-se que o STF havia declarado a constitucionalidade do dispositivo legal impugnado⁵⁶), o que aqui se pretende sublinhar é que também nesse caso o STF, reconhecendo a inadequação constitucional dos critérios legais – por violação também e especialmente da garantia de um mínimo existencial – acabou não aplicando a sanção da nulidade. Com efeito – fazendo inclusive referência expressa ao julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 09.02.2010 (Hartz IV) – o STF, por maioria, reconheceu a existência de um processo gradual inconstitucionalização do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS), desembocando, na decisão ora referida, na declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, sem, contudo, pronunciar de imediato a sua nulidade, porém mantendo-o em vigor até 31.12.2014, de modo a permitir – num prazo razoável - ao Poder Legislativo (e também ao Poder Executivo, no âmbito de seu poder regulamentar e das respectivas políticas públicas de assistência social) a adoção das medidas necessárias ao ajuste da situação tida como contrária à Constituição Federal⁵⁷.

A despeito da manutenção, em caráter substancial e como regra praticada pelo Tribunal alemão e pelo STF, das premissas acima colacionadas, merece referência, pela sua estreita vinculação com o tema e levando em conta a diversa postura adotada pela Corte, a mais recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha envolvendo o mínimo existencial. Nesse caso, julgado em 18.07.12, o Tribunal, para além de reafirmar em termos gerais o que já foi objeto de referência logo acima, designadamente quanto ao conceito e conteúdo do mínimo existencial, também declarou a incompatibilidade com a Lei Fundamental (no caso, com o direito e garantia ao mínimo existencial e com a dignidade da pessoa humana), da legislação que, desde 1993, não atualizou o valor do benefício assistencial em espécie alcançado a estrangeiros que estão solicitando asilo na Alemanha, ordenando ao Legislador que, em caráter praticamente imediato, corrigisse tal estado de coisas. Mas o Tribunal – e aqui reside a novidade da decisão – foi além, elaborando regra de transição e determinando que, enquanto não efetivada a alteração legal, fosse pago, a título de prestação social, valor previsto e calculado de acordo com critérios legais já existentes no código de proteção social, aplicáveis à hipótese em caráter precário. Tal decisão, embora no caso alemão se trate de uma prestação social e no brasileiro do exercício de um direito de liberdade, guarda forte relação com a técnica decisória utilizada pelo STF quando da alteração de sua posição sobre o direito de greve dos servidores públicos, proferida em sede de Mandado de Injunção, ocasião na qual a Suprema Corte brasileira, à míngua de legislação específica, tal como previsto na CF, determinou fosse aplicada (sem prejuízo de ajustes promovidos caso a caso pelo Poder Judiciário, de modo a proteger interesses e direitos conflitantes) a legislação em vigor para a greve na esfera da iniciativa privada.

Assistência Social na visão do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et alli* (Coords.). **O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e STJ** – Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

⁵⁶ V. julgamento da ADI 1.232, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim, DJ de 01.06.2001.

⁵⁷ Cf. Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 18.04.2013.

Se ambas as decisões (do Tribunal Constitucional Federal e do STF) podem ser enquadradas como representando um elevado grau de intervenção judicial na esfera de atuação do Poder Legislativo, reconduzidas, portanto, ao que se designa de uma “postura ativista”, o mesmo não ocorre – como já sumariamente demonstrado, nos outros dois casos, julgados pelas mesmas Cortes (Hartz IV e LOAS), os quais já demonstram a existência de um caminho alternativo menos “invasivo”, se é que é legítimo considerar as decisões referidas como efetivamente invasivas (em termos de relação entre os órgãos estatais), pois a Jurisdição Constitucional operou em face de um quadro - respeitadas as diferenças entre os casos e suas circunstâncias – de manifesta e longa omissão legislativa e à vista dos graves problemas daí decorrentes. Em todas as situações, ademais, os respectivos Tribunais não deixaram de frisar que a tarefa de estabelecer em caráter definitivo o valor da prestação (caso alemão) ou a regulação do exercício da greve dos servidores públicos (caso brasileiro) - e mesmo os ajustes dos critérios estabelecidos pela LOAS - é do Poder Legislativo, cabendo à Jurisdição Constitucional um papel eminentemente corretivo e indutivo.

O quanto tal caminho se revela produtivo para o caso brasileiro, seja no que diz com a definição do mínimo existencial (abarcando a definição de seu conteúdo e das respectivas conseqüências jurídicas) seja quanto ao modo de atuação da Jurisdição Constitucional nessa seara, ainda está longe de ser satisfatoriamente equacionado. A prática decisória dos tribunais brasileiros, especialmente, para o que nos interessa de perto neste texto, no âmbito do STF, revela que se trata de tema em fase de expansão qualitativa e quantitativa, mas que exige uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e do respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma dogmática constitucionalmente adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais. Aliás, é precisamente nessa seara que os desafios são particularmente prementes, pois, consoante já referido, sem prejuízo de seu relevante papel para a compreensão e efetivação dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial não deveria pura e simplesmente assumir lugar de tais direitos.

Por outro lado, um rápido olhar sobre o direito comparado – com destaque para os casos da Alemanha e de Portugal - revela que nem sempre (o que por si só não é necessariamente negativo ou mesmo positivo) os órgãos da jurisdição constitucional brasileira são sensíveis aos limites da própria noção de mínimo existencial na nossa própria ordem constitucional. Por um lado, quando se invocou (e há outros exemplos que poderiam ser citados) a noção de mínimo existencial com o intuito de fundamentar a tese da proibição de retrocesso aplicada à contribuição dos inativos de servidores públicos muito bem remunerados, ainda mais com arrimo em precedente do Tribunal Constitucional de Portugal que dizia respeito a benefícios de assistência social de valor baixo mesmo para o caso do Brasil⁵⁸, é possível criticar um uso por vezes inflacionário e mesmo retórico da noção de mínimo existencial.

⁵⁸ Cf. foi o caso do voto do Min. Celso de Mello no Mandado de Segurança 24. 875-1 Distrito Federal, julgado em 11/05/2006.

Igualmente não muito bem digerida e manejada entre nós, pelo menos em diversos casos, é a idéia de que o mínimo existencial encontra-se sempre subtraído à disposição dos poderes constituídos e que a definição de seu conteúdo em definitivo é tarefa cometida à Jurisdição Constitucional. Ainda que a situação no Brasil seja diferente, nunca é demais lembrar que tanto na Alemanha, quanto em Portugal (apenas para mencionar duas ordens constitucionais muito influentes para o caso brasileiro) a própria definição do conteúdo do mínimo existencial é deferida em regra e em primeiríssima linha ao legislador, que, além do mais, deve estabelecer critérios claros, universais e isonômicos, embora simultaneamente deva (como ficou bem assentado na relativamente recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, acima referida) a legislação preservar as circunstâncias pessoais de cada indivíduo titular do direito, pois diferentes as necessidades de cada um. Salvo em casos excepcionais, também é verdade que os Tribunais Constitucionais da Alemanha e Portugal não substituíram as opções do legislador nessa seara pela sua própria. Se o caminho trilhado pela justiça constitucional brasileira, designadamente pelo STF, é mais ou menos correto do que o revela a experiência estrangeira aqui rapidamente apresentada, não está aqui em causa (até mesmo consideradas as diferentes realidades e diversas tradições jurídicas e políticas), mas sim, que a maior correção (ou não) do modo pelo qual se intervém nas decisões legislativas e administrativas com base na noção do mínimo existencial, deveria ser cada vez mais objeto de detida reflexão e aperfeiçoamento. De qualquer sorte, mais do que esgrimir uma bandeira a favor ou contra o “ativismo judicial”, é preciso, à vista do contexto brasileiro (na dimensão jurídica-constitucional, política, econômica e social) encontrar um caminho adequado e equilibrado de interação entre os órgãos estatais, visto que a busca da efetividade da ordem constitucional é tarefa cometida a todos.

4. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). **Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Estudios Ocasionales CIJUS. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

ARNAULD, Andreas von. Das Existenzminimum. In: ARNAULD, Andreas von; MUSIL, Andreas (Ed.). **Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97904>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. **Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer**, n. 12, 1954.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990.
- CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial – O Papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2003.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e (m) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- HÄBERLE, Peter. A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015.
- HERRERA, Carlos Miguel. **Les Droits Sociaux**, Paris: PUF, 2009.
- KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Orgs.), **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais: um dilema Brasil e Alemanha**, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.
- LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais, Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)**. Barcelona: Ed. Ariel, 1995.
- MARTINS, Patrícia do Couto V. A. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson. (Coord.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

- MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MOREIRA, Isabel. **A solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Coimbra: Almedina, 2007.
- NETO, Eurico Bitencourt. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Condigna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NEUMANN, Volker, Menschenwürde und Existenzminimum. **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 1995.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.
- PONTES DE MIRANDA. **Os Novos Direitos do Homem**. vol. I. Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1933.
- RIXEN, Stephan. Grundsicherung für Arbeitssuchende: Grundrecht auf Existenzminimum. **Sozialgerichtsbarkeit**, n. 04, 2010.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia**. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.
- SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, vol. 7, n. 32, jul./ago. 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. **Juristenzeitung**, n. 13, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana. Petrópolis: Vozes, 2013.
- ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. In: Isensee-Kirchhof (Org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)**. vol. I. Heidelberg: CF Muller, 1987.
- ZANCANER, Weida. Limites e Confrontações entre o Público e o Privado. In: Romeu Felipe Bacellar Filho (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. Intervenção do Estado na Ordem Social – A Assistência Social na visão do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et alii* (Coords.). **O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e STJ – Homagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO AO EMPREGO: NOVAS PERSPECTIVAS DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PROATIVA

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO*

Sumário: 1. Introdução; 2. A concepção de Administração Pública proativa sob o enfoque do Direito ao desenvolvimento; 3. Políticas públicas sob a ótica do direito social ao pleno emprego; 4. Fomento como modalidade de intervenção positiva do Estado: uma possível solução à crise decorrente da globalização? 5. Governança e planejamento: aspectos de uma cidadania qualitativa para o direito ao desenvolvimento; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. Introdução

Honrado pela oportunidade de participar do Seminário Internacional “Direito Administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho”, entre os dias 14 e 17 de setembro de 2015, uma realização do Centro Acadêmico Hugo Simas – CAHS/UFPR, do Núcleo de Investigações Constitucionais – NINC/UFPR e do Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul – NUPESUL/UFPR, com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), escrevo este ensaio crítico sobre novas perspectivas dos direitos sociais e Administração Pública como proposta de debate em torno das atuais transformações do Direito Administrativo,² por gentil convite dos coordenadores desta obra, Prof. Dr. Emerson Gabardo, Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem e Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado.

* Professor de Administrativo do UniBrasil Centro Universitário. Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR, com estágio de doutoramento na Universidad Carlos III de Madrid – UC3M. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público pela Universidade Candido Mendes. Aperfeiçoamento de EaD Docência: Metodologia do Ensino Superior e Metodologia de Pesquisa Científica, pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia. Membro das Comissões de Educação Jurídica, Direito Urbanístico e Direito da Infraestrutura, todas da OAB/PR. Advogado. Contato: osorio.nascimento@gmail.com

² Sobre a compreensão de “atuais transformações do Direito Administrativo”, recomenda-se: PAREJO ALFONSO, Luciano. **Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España**. Madrid: INAP – Instituto Nacional de Administración Pública/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2012.

Sob a ótica das atuais transformações do Direito Administrativo, da mobilidade da atividade econômica nacional e dos direitos sociais que os integram, o fenômeno do deslocamento espacial da atividade produtiva, aliado à tendência de as empresas em transferir o fator de trabalho para o campo da informalidade, caracterizam desafios locais e globais do mercado de trabalho contemporâneo. Neste ambiente, a partir de uma análise comparativa de aspectos socioeconômicos da União Europeia, acredita-se que o Brasil deve se preparar para assumir uma posição estratégica, em termos de geração de emprego, como um dos possíveis mecanismos de combate às diversas crises, decorrentes da globalização do Século XXI.³

Trata-se, portanto, de um tema atual, interdisciplinar, interdiscursivo e transversal, cuja problemática perpassa não apenas pela alocação de investimentos na atividade produtiva, que, por sinal, já demandam um planejamento harmônico entre medidas de flexibilização econômica (com redução dos custos de produção e absorção de incentivos), mas também (e principalmente) de mecanismos de fomento, por meio de políticas públicas, capazes de garantir, para além dos direitos sociais mínimos, um possível caminho voltado ao desenvolvimento.

2. A concepção de Administração Pública proativa sob o enfoque do direito ao desenvolvimento

O direito ao desenvolvimento esteve tradicionalmente vinculado ao campo econômico. Este era o objetivo de várias nações no pós-guerra, inclusive, aquelas cuja independência acabara de ser conquistada. Houve um impulso em negociações internacionais, visando o crescimento de suas economias, respeitados os critérios de níveis de emprego decente, melhorias de infraestrutura de base, saneamento, fornecimento de água potável, educação e esperança de vida.⁴

Para tanto, tem-se como referência as negociações internacionais, que alcançaram envergadura por meio de resoluções das Nações Unidas e de organizações internacionais. Em linhas gerais, destacam-se a Carta de Havana de 1948 e a Conferência de Bandung de 1955, esta representando “uma das datas mais importantes para a construção jurídica do termo desenvolvimento”.⁵

³ Sobre a temática do Direito do Trabalho e da Previdência em tempos de crises, ver: GARCIA VIÑA, Jordi. La crisis económica y los mecanismos que se pueden proponer desde la seguridad social. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 11-39, jan./jun. 2010; e VILLATORE, Marco Antônio César; ARAÚJO, Filipe Augusto Barolo L. de. O Direito do Trabalho em tempos de crises. In: RAMOS FILHO, Wilson. (Org.). **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. v. III. Curitiba: Juruá, 2011. p. 63-82.

⁴ KÄSSMAYER, Karin. **Cidades, riscos e conflitos socioambientais urbanos: desafios à regulamentação jurídica na perspectiva da justiça socioambiental**. Curitiba, 2009, p. 116. Tese (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento). Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/19995/1/karin.pdf>>. Acesso: 21 nov. 2012.

⁵ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 10.

Especialmente no Brasil, fazendo referência ao desenvolvimento buscado no período pós-64, nas palavras de Emerson Gabardo, na realidade, não se observa a implantação de um legítimo Estado social, pois apesar do assistencialismo e da forte intervenção, inclusive mediante a proliferação das empresas estatais, o foco não era a redistribuição de renda e o desenvolvimento da qualidade de vida dos cidadãos, mas apenas um crescimento econômico setorial, fundado na modernização da infraestrutura.⁶ No mesmo sentido, Adriano Nervo Codato, ao tratar, também, do sistema estatal e política econômica no Brasil, comenta que o regime pós-64:

*representou a montagem de um modelo de desenvolvimento industrial ainda mais dependente do capital multinacional. Assim, novas forças privadas, beneficiárias diretas do regime – os setores industriais exportadores, os setores contratistas de obras, os setores extrativo-exportadores, o grande capital multinacional e o capital financeiro mobilizado para sustentar a nova etapa da acumulação e do crescimento econômico.*⁷

Nesse contexto, tem-se que o simples crescimento econômico pode vir desacompanhado do desenvolvimento. Podem-se mencionar, para efeito de exemplo, como casos de crescimento econômico sem desenvolvimento, os ciclos da econômica colonial brasileira. Num primeiro momento, a alta no preço de alguns produtos que o Brasil colonial exportava (como açúcar, ouro ou borracha) trazia grandes somas de dinheiro para o país. No entanto, este montante terminava por não ser aproveitado com o fim da alta desses mesmos produtos,⁸ mostrando, portanto, uma desvinculação entre um termo e outro.

Conforme expõe Fábio Nusdeo, o que varia, num caso e no outro, é que, no desenvolvimento, o crescimento de uma determinada grandeza faz-se concomitantemente com profundas alterações em toda a estrutura do país envolvido, por trazer como consequência uma série enorme de modificações de ordem não apenas econômica, mas, também, cultural, psicológica e social. O crescimento econômico, por sua vez, pode até se caracterizar, como o desenvolvimento, por entranhar um crescimento da disponibilidade e bens e serviços, porém sem que essa maior disponibilidade implique uma mudança estrutural e qualitativa da economia em questão. Isto ocorre por duas razões inteiramente distintas: (I) ou porque essa transformação estrutural já ocorreu no país e, portanto, deixou de ser um país subdesenvolvido; (II) ou, então, porque essa transformação estrutural não se está produzindo,

⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 166.

⁷ CODATO, Adriano Nervo. **Economia e Planejamento (E&P)**: sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64. Série "Teses e Pesquisas". São Paulo: Hucitec em coedição com ANPOCS e UFPR, 1997. p. 246-247.

⁸ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

demonstrando, conseqüentemente, que a elevação da disponibilidade de bens e serviços é mais um surto, um ciclo e não um processo dotado de estabilidade.⁹

Em outras palavras, mas no mesmo sentido, Gilberto Bercovici expõe que as teorias do crescimento econômico dão ênfase à ação deliberada da política econômica do Estado para manutenção de um ritmo expansivo que mantenha o pleno emprego, por exemplo. Contudo, suas preocupações são exclusivamente econômicas, não analisam as condições ou conseqüências políticas, institucionais, sociais ou culturais do crescimento econômico. Obstáculos institucionais não são analisados, afinal, são problemas políticos ou jurídicos, não econômicos. O objetivo propugnado pelas teorias do crescimento econômico é fazer com que os países subdesenvolvidos, cujo problema se limita, para estas teorias, a uma maior ou menor capacidade de acumulação, alcancem o mesmo sistema econômico dos desenvolvidos.¹⁰

Carla Abrantkoski Rister contextualiza que o direito ao desenvolvimento foi concebido como um direito dos povos (direito fundamental de terceira geração), segundo constatou a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, aprovada na 18ª Conferência de Chefes de Estados e de Governo, reunida no Quênia em 1981. No entanto, foi consagrado apenas posteriormente, na Declaração de 1986, por meio da Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas; e, na Declaração e Programa de Ação de Viena das Nações Unidas de 1993, conhecida simplesmente como Declaração de Viena.¹¹

Num período mais recente, já impregnado pelas características da “globalização”, mas, no mesmo sentido, Juan de La Cruz Ferrer, ao estudar as significativas transformações econômicas em conjunto com a importância dos setores de infraestrutura sob o enfoque laboral, expõe que *“una de las cuestiones clave es el carácter imprescindible de las infraestructuras, que forman el capital básico para el crecimiento económico. No hay posibilidad de un crecimiento económico sostenido sin infraestructuras de transporte, de energía y de comunicaciones que permitan vertebrar los diferentes sistemas de producción, distribución, comercialización y consumo”*.¹²

Sob outra ótica, Amartya Sen destaca que a expansão das liberdades (facilidades econômicas, liberdades políticas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora) não só é instrumento como também é a finalidade do desenvolvimento a ser concretizado com a participação de estruturas mescladas, que envolvam o Poder Público e,

⁹ NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17-18.

¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53-54.

¹¹ RISTER, Carla Abrantkoski. Direito ao desenvolvimento... *Op. cit.* p. 521.

¹² FERRER, Juan de La Cruz. **Principios de regulación económica en la Unión Europea**. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2001. p. 43.

principalmente, o particular como agente social ativo (e não só beneficiário).¹³ Como bem destacado por Gustavo Henrique Justino de Oliveira, o fortalecimento das liberdades humanas, no Estado desenvolvimentista de Amartya Sen, deve ser promovido tanto pelo Poder Público como pela própria sociedade, mas competindo àquele harmonizar a perspectiva do desenvolvimento humano com o crescimento econômico.¹⁴

Transportando-se esta exposição para o contexto brasileiro, pode-se dizer que, no final dos anos 60 e durante a década de 70, a abundância de crédito privado para os países em desenvolvimento permitiu uma aceleração das taxas de crescimento e, no caso do Brasil, permitiu que ele avançasse no processo de industrialização, iniciado nos anos 50-60, complementando sua matriz industrial com a produção de bens de capital e dos insumos necessários ao funcionamento da economia nacional. Na década de 80, os governos foram obrigados a fazer uma política de promoção ativa das exportações e de controle das importações, para dar conta dos serviços da dívida externa. Como consequência, o país viveu uma recessão seguida de uma redução de sua taxa média de crescimento.¹⁵

Fazendo referencia ao início dos anos 90, José Luís Fiori aponta que, do ponto de vista econômico, a disponibilidade de capitais internacionais financiou o abandono da estratégia desenvolvimentista, à volta às políticas econômicas ortodoxas e ao livre-cambismo do século XIX. Hoje, expõe o mesmo autor, está absolutamente claro que a onda expansiva dos investimentos externos, na década de 90, não teve o mesmo efeito do período anterior, constituindo este um ótimo exemplo de que a concepção de desenvolvimento não está atrelada tão somente à posição e ao apoio de capitais.¹⁶

Neste ponto, Carla Abrantkoski Rister vislumbra o desenvolvimento num sentido objetivo, que pode ser deduzido das normas e dos princípios constitucionais relacionados ao desenvolvimento e que deve orientar a legislação ordinária pela qual se pautarão as políticas públicas concernentes. Já, num segundo sentido, poder-se-ia formular a ideia de desenvolvimento num aspecto subjetivo, se for considerada a relação entre os agentes por ele responsáveis ou beneficiários do processo de desenvolvimentista, quer no cenário internacional, quer no panorama interno. Esta distinção se faz útil para abordar a ideia de causalidade persecutória de desenvolvimento, segundo a qual um país não se desenvolve, por exemplo, “porque outros países não o permitem”,¹⁷ sobretudo, em tempos de crises, emergidas de

¹³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 71.

¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, nov./dez./jan. 2009, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-16-novembro-2008-gustavo%20justino.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

¹⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1977. p. 56-75.

¹⁶ FIORI, José Luís. O Brasil e a mudança mundial: espaços em disputa. In: CASTRO, Ana Célia; LICHA, Antônio; PINTO JR., Helder Queiroz; SABOIA, João. **Brasil em desenvolvimento: instituições, políticas e sociedade**. v. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 41-61.

¹⁷ RISTER, Carla Abrantkoski. Direito ao desenvolvimento... *Op. cit.* p. 83.

um processo de globalização, tendente à construção de uma série de núcleo fixo de direitos mínimos no ambiente do Direito do Trabalho.

Em outras palavras, o direito ao desenvolvimento carece do estudo da implementação de políticas públicas não apenas no âmbito da atividade econômica, mas também do direito social. Ora, isso significa dizer, então, que a política pública de fomento ao emprego requer conhecer os determinantes estruturais e limitadores das possibilidades de intervenção, seja tanto quanto aos determinantes jurídico-institucionais, seja quanto aos condicionantes políticos, que permitem ao Estado definir os mecanismos de intervenção e atuar sobre os interesses envolvidos.

3. Políticas públicas sob a ótica do direito social ao pleno emprego

Ao contextualizar a noção de política, Klaus Frey enfatiza alguns conceitos importantes não apenas para a compreensão de políticas públicas, como também para a estruturação de um processo de pesquisa, conforme as abordagens da ciência política: *polity*, como ordem do sistema político e conteúdo da política; *politics*, como processo político de caráter conflituoso; e, *policy*, como configuração dos programas políticos. Nesse contexto, em relação à terceira abordagem, o mesmo autor faz uma análise descritivo-interpretativa sobre os conceitos que determinam as ações e o comportamento dos atores políticos, quais sejam: (l) *policy networks*, como interações das diferentes instituições e grupos; (y) *policy arena*, como processo de conflito e de consenso dentro das diversas áreas da política, as quais podem ser distinguidas de acordo com seu caráter distributivo, redistributivo, regulatório ou construtivo; (z) *policy cycle*, como as redes e as arenas das políticas setoriais podem sofrer modificações no decorrer dos processos de elaboração e implementação das políticas, é de fundamental importância ter-se em conta o caráter dinâmico ou a complexidade temporal dos processos-administrativos.¹⁸

Disso decorre que uma política pública haverá de ser compreendida sempre na sua dimensão temporal que se remete ao passado (na identificação das ações previamente desenvolvidas), ao presente (na identificação dos problemas atuais e consequente construção de agenda), e ao futuro (na eleição das estratégias de ação, dos resultados pretendidos, e dos mecanismos de avaliação aplicáveis à hipótese).¹⁹

Já para Maria Paula Dallari Bucci, a formulação do conceito de “política pública”²⁰ deve ser contextualizada levando-se em conta seu caráter interdisciplinar. Isso significa que

¹⁸ FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, IPEA, v. 21, p. 211-259, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

¹⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Interesse Público (IP)**, Belo Horizonte, a. 10, n. 48, p. 87-110, mar. 2008.

²⁰ “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do

“as políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico”.²¹

Explica a autora que a questão interdisciplinar se apresentou ao considerar os programas de ação governamental como sendo, na pirâmide da teoria administrativa, o ponto mais baixo, inferior às estratégias e às políticas. Concluiu, portanto, que equiparar política pública e programa seria um erro.²² Por esta razão, passou a adotar um conceito para uso em Direito, estipulado como “arranjos institucionais complexos”,²³ entendendo, conseqüentemente, ser infrutífera a proposição de um conceito *jurídico* de política pública, justamente, por se tratar de uma noção, por definição, interdisciplinar.

Acredita-se, sim, que a realização de políticas públicas pelo Estado, concretizando preceitos constitucionais, perfaz o cumprimento de um dever. Da mesma forma que compete ao Estado a ação normativa especificando as normas políticas constitucionais,²⁴ a ele também se impõe a ação executiva. Como bem coloca Maria Paula Dallari Bucci, adotar a concepção das políticas públicas em Direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública.²⁵

Sob outro enfoque, tem-se, também, que as políticas públicas representam a modalidade de ação por excelência do modelo de Estado Constitucional, assim de chamado de *government by policies* – governo por políticas, que desenvolve e aprimora a atuação do Estado de Direito, designado por *government by law* – governo por leis:

O government by policies, em substituição ao government by law, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe

Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”, cf.: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

²¹ Nota explicativa Cf.: BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público (FA)**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

²² “A utilidade do elemento programa é individualizar unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar”. Cf.: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas... Op. cit.* p. 40.

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público (FA)**, Op. cit., Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem. Ibidem*.

²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241-242.

*o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre os fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva ou qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento.*²⁶

O princípio inscrito no inciso III do artigo 3º (e parcialmente reafirmado no inciso IV do artigo 170) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atua como fundamento de transformação e de reivindicação da sociedade, pela realização de políticas públicas. Suas potencializadas transformadoras, por outro lado, são, no entanto, evidentes.²⁷ As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos²⁸ reconhecidos pelo Direito, entre os quais se destaca o direito social ao pleno emprego.

Assim, ao realizar aproximações com campos ou temas estabelecidos na teoria jurídica, pode-se dizer que ao Direito Econômico cumpre localizar a figura das políticas públicas nas dinâmicas da atividade de planejamento e sua relação com a temática do desenvolvimento. Já no campo do Direito do Trabalho, é o caso de analisar as consequências da crise nos âmbitos social e empresarial, mantida pela relação emprego e empregador, bem como verificar possíveis soluções para conflitos metaindividuais.

Assim, quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental; a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos.²⁹ Trata-se, portanto, de enxergar, no Direito, uma fonte de mecanismos de resolução de conflitos, e, conseqüentemente, de concretização de ações. Assim, é fundamental a compreensão de que a eficácia e a eficiência destas políticas públicas dependem de algumas diretrizes e certos parâmetros no sentido de contribuir com aportes para o estabelecimento de uma possível solução à crise decorrente da globalização, tratada nos itens anteriores.

4. Fomento como modalidade de intervenção positiva do Estado: uma possível solução à crise decorrente da globalização?

A atividade de fomento aponta para um caminho fértil e inovador.³⁰ Entretanto, o estudo sistemático dessa forma de intervenção estatal só veio a ser formulado recentemente

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: _____. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 219.

²⁸ Sobre a temática do interesse público, ver: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas... Op. cit. p. 249.

³⁰ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 20.

– no ano de 1949 – pelo professor espanhol Luiz Jordana de Pozas, para quem a atividade de fomento é o meio-termo entre a inibição e o intervencionismo estatal, revelando a possibilidade de conciliar a liberdade individual com o bem comum, mediante a influência indireta que atua sobre a vontade do indivíduo, convencendo-o a querer o que convém para a satisfação da necessidade pública.³¹

Assim, o Estado prioriza áreas e prevê incentivos, com o fim de equilibrar ou acelerar o seu processo de desenvolvimento, interferindo na economia. Com o escopo de delimitar o instituto, torna-se importante colacionar os conceitos de fomento público elaborados pela doutrina pátria e estrangeira. Nas palavras de Gaspar Ariño Ortiz, o fomento:

*se trata de una actividad administrativa, una forma de acción de la Administración y un título de intervención en la economía. Con un aspecto negativo: sin utilizar la coacción, ni crear servicios públicos. Por lo tanto el Estado no manda, ni assume directamente la titularidad de la actividad. Con un contenido positivo: el Estado ofrece una actuación de favorecimiento, con carácter ampliador de la esfera de derecho del particular. Y carácter teleológico: el fomento se caracteriza por la búsqueda de una finalidad; se trata de convencer a los particulares para que realicen una determinada actuación y así promover actividades que revisten interés general.*³²

Fazendo referência ao autor espanhol, Gustavo Henrique Justino de Oliveira explica que – ao lado do Estado regulador – a concepção do Estado financiador, concentrado na atividade de fomento, entendida como atividade de estímulo, realizada de modo não coativo, sobre cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações. Nesse sentido, por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe; oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a cabo.³³

Em linhas gerais, pode-se dizer que a transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis técnicas de fomento. Presta-se ao menos para dois fins: (I) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos; (II) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade.³⁴

³¹ JORDANA DE POZAS, *Luís. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. Revista de estudios políticos*, Madrid, v. 54, n. 48, p. 41-54, nov./dez. 1949. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

³² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. 3. ed. Granada: Comares Editorial, 2004. p. 299-300.

³³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, nov./dez./jan. 2009, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-16-novembro-2008-gustavo%20justino.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

³⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. (Org.). Estímulos positivos. In: _____. *Direito Administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 347-376.

Por outro lado, o autor português Luis S. Cabral de Moncada entende que “o fomento econômico consiste numa actividade administrativa de satisfação de necessidades de caráter público, protegendo ou promovendo actividades de sujeitos privados ou outros que directa ou indirectamente as satisfaçam”.³⁵ A peculiaridade dessa forma de intervenção estatal é que ela opera por meio de normas diretivas. A adesão ao comportamento sugerido constitui mera opção dos agentes econômicos que se beneficiariam com os mecanismos de fomento criados em lei.³⁶

Para Célia Cunha Mello, a grande contribuição a ser extraída na atividade de fomento ocorre quando o particular é levado a colaborar com os propósitos da administração, atraído pelos incentivos e vantagens que o Estado outorga àqueles que se propõem firmar uma espécie de “elo” com o Poder Público, ou seja, os particulares podem satisfazer necessidades públicas, a despeito do emprego de coação.³⁷

Rafael Munhoz de Mello, por sua vez, expõe que diversos são os meios utilizados pela Administração Pública no exercício da atividade de fomento, que podem variar de um ordenamento jurídico para outro. No entanto, por mais diversificados que sejam, é possível dividi-los em três grandes categorias: meios honoríficos; meios jurídicos; e, meios econômicos. Os primeiros procuram fomentar atividades tidas como relevantes para a sociedade, por meio de concessão de títulos, prêmios ou condecorações. Já os meios jurídicos têm por característica a concessão de um *status* jurídico excepcional e privilegiado a certos indivíduos ou categorias de particulares que o Estado deseja proteger ou incentivar. Por fim, os meios econômicos consistem na outorga de vantagens de natureza patrimonial aos particulares que exerçam as atividades que o Estado deseja fomentar. Nesta categoria, é possível que tais vantagens sejam: (I) reais, quando a Administração Pública cede o uso de bens públicos aos particulares; (II) financeiras, quando confere-se aos particulares um benefício direto ou indireto, conforme haja (ou não) transferência de recursos financeiros do Estado, atingidos pela atividade de fomento.³⁸

Neste ponto, é interessante notar, que a Administração Pública não transfere apenas dinheiro a fundo perdido aos particulares. Com efeito, a concessão de empréstimos por entes ligados ao Estado caracteriza-se como meio financeiro direito de fomento, conforme financiamentos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Num segundo sentido, o benefício oferecido decorre da renúncia à cobrança de determinados

³⁵ MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 493.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, p. 21, maio/jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-14-maio-2008-luis%20roberto%20barroso.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

³⁷ MELLO, Célia Cunha. O fomento da administração pública... *Op. cit.* p. 33.

³⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, fev./mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-21-fevereiro-2010-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

tributos, ainda que por um período limitado de tempo, servindo como exemplos a isenção fiscal e a simples redução de alíquotas, medidas amplamente utilizadas para incentivar determinada atividade econômica.³⁹

Retornando a Luis S. Cabral de Moncada, a intervenção indireta limita-se a condicionar a atividade econômica privada a partir de fora, pois o Estado nem sempre assumirá a posição de agente econômico ou de produtor de bens e serviços, mas orientará os sujeitos, públicos ou privados, de acordo com as finalidades públicas ou simplesmente evita a lesão aos interesses socialmente relevantes.⁴⁰ Nesse sentido, é possível destacar, nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto, que “não podendo ser-lhe imposta uma linha de atividades, a sua adesão à planificação, que levará ao desenvolvimento, deverá se dar por meio de convencimento, ou, mas especificamente, do incentivo, definido por Tercio Sampaio Ferraz Junior com “sanção positiva” da norma.⁴¹

Em outros termos, pode-se dizer que os particulares são livres para decidir se vão ou não assumir a tarefa desejada pelo Estado: se aceitarem desempenhá-la, serão beneficiados pela medida de fomento oferecida pela Administração Pública; se não aceitarem, nenhuma sanção lhes será imposta, eis que não terão agido ilicitamente. Isso porque, por meio do fomento o Estado não impõe o dever de observar certa conduta, mas apenas estimula sua adoção.⁴²

Neste ponto, Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa observa que se a regulação é importante, as estratégias de regulação não são menos fundamentais, pois elas dependem dos resultados pretendidos com a atividade reguladora. E a própria definição de estratégias deve levar em conta a capacidade financeira e institucional dos Estados e a capacidade de congregar esforços da sociedade civil e do próprio mercado para conciliar e otimizar técnicas, recursos e o empenho coletivo, necessário à implementação. Tais estratégias, segundo a mesma autora, “variam conforme o tipo de estímulo, desestímulo ou repressão utilizados na tentativa de orientar o comportamento dos mercados”.⁴³

A função de incentivo da atividade econômica traz o estímulo do Estado, a intervenção indutiva das relações de economia de mercado e o oferecimento de condições que permitam alcançar finalidades públicas que irão legitimar e efetivar a política econômica adotada.⁴⁴ Assim, a atividade de fomento não pode ser exercida com o propósito de “bene-

³⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Idem. Ibidem*.

⁴⁰ MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico... Op. cit.* p. 43.

⁴¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 23.

⁴² MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Económico (REDAE)**, Op. cit. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-21-fevereiro-2010-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁴³ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.189-190.

⁴⁴ ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 141.

ficiar os amigos e prejudicar os inimigos dos titulares da competência”, tampouco pode a atividade administrativa de fomento ser desempenhada ao arremido dos princípios que devem nortear a atuação da Administração Pública.⁴⁵

5. Governança e planejamento: aspectos de uma cidadania qualitativa para o direito ao desenvolvimento

A governança e o planejamento possuem uma grande importância no estudo do comportamento social para determinação de melhoria das políticas públicas, na busca da chamada cidadania, pois, conforme Cristian Luiz da Silva e Simone Wiens, o processo para o alcance da cidadania “leva a formulações estratégicas que resultam em políticas públicas. Estas, por sua vez, devem ter parâmetros de mensuração para que o acompanhamento, no decorrer do tempo, seja realizado, e isso ocorre pela utilização de indicadores”.⁴⁶

Nas palavras de Alain Touraine, a primeira condição de existência de uma ação política e social organizada no mais importante quadro institucional de hoje, que é, sobretudo na América Latina, o do Estado nacional, presume, evidentemente, que a população tenha consciência de pertencer a um conjunto nacional.⁴⁷ O adjetivo ‘pública’, justaposto ao substantivo ‘política’, deve indicar tanto os destinatários como os autores da política. Uma política é pública quando contempla os interesses públicos⁴⁸, isto é, da coletividade – não como fórmula justificadora do cuidado diferenciado como interesses particulares ou do descuido indiferenciados de interesses que merecem proteção – como realização desejada pela sociedade. Mas uma política pública também deve ser expressão de todos os interessados, diretos ou indiretos, para manifestação clara e transparente das posições em jogo.⁴⁹

Assim, a CF/88 determina a obrigação da função de planejamento para o Estado, em seu artigo 174, caput, ao estabelecer que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. O Estado brasileiro, portanto, não pode se limitar a fiscalizar⁵⁰ e incentivar os agentes

⁴⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Op. cit. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-21-fevereiro-2010-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁴⁶ SILVA, Cristian Luiz da; WIENS, Simone. Indicadores: conceitos e aplicações. In: SILVA, Christian Luis da; SOUZA-LIMA, José Edmilson de (Org.). **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

⁴⁷ TOURAINE, Alain. O Brasil em desenvolvimento. In: CASTRO, Ana Célia; LICHA, Antônio; PINTO JR., Helder Queiroz; SABOIA, João. **Brasil em desenvolvimento: instituições, políticas e sociedade**. v. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 24.

⁴⁸ Sobre a temática do interesse público, ver: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas... *Op. cit.* p. 269.

⁵⁰ “Fiscalizar” significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer com que ocorra ou não, ou seja, prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade

econômicos privados. Deve também planejar.⁵¹ No texto constitucional, estão estipuladas as bases para um planejamento democrático, com aumento da transparência e controle sobre o gasto público, ao exigir coerência entre o gasto anual do governo e o planejamento de médio e longo prazos.⁵²

Entende-se o Estado, por meio do planejamento, como o principal promotor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estrutura. O papel estatal de coordenação dá a consciência da dimensão política da superação do subdesenvolvimento,⁵³ dimensão esta explicitada pelos objetivos nacionais e prioridades sociais enfatizados pelo próprio Estado.⁵⁴

A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos para o desenvolvimento.⁵⁵ O planejamento se afigura então como mecanismo de legitimação do agir estatal pela manifestação de sua capacidade de realizar concretamente esses objetivos fixados nos referidos dispositivos constitucionais.⁵⁶ Nesse sentido, demonstrando a importância do planejamento para persuadir a iniciativa privada, Paulo Henrique Rocha Scott expõe que:

quanto ao setor econômico privado, o planejamento surge como uma ferramenta que induz, inspira, persuade alguém a realizar algo. Os agentes atuantes no setor privado aderirão aos propósitos do plano somente se for de sua conveniência ou, no caso de não haver vantagens explícitas e imediatas, se compreenderem a importância de participarem interativamente com o Estado na busca da concretização de algumas metas que trarão ao final, resultados que justificarão a sua adesão – o que depende muito da proposta estatal, da sua seriedade e da sua habilidade na condução do processo de planejamento, uma vez que o particular precisa saber qual a atuação que pode, ou não, desenvolver. Em termos gerais, o planejamento indicativo da atividade econômica praticada no setor privado deve tão somente convidar a iniciativa particular

econômica, dando concreção aos princípios que conformam a ordem econômica. Cf.: RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 304.

⁵¹ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 153.

⁵² BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 204-205.

⁵³ Em sentido contrário, tem-se que o subdesenvolvimento é “um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento”. Cf.: FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 197.

⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JR., José Celso Pereira. (Org.). **A Constituição brasileira de 1988 revisitada**: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social. v. 1. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009; p. 275.

⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). Regulação e desenvolvimento. In: _____. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 60.

⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas... Op. cit.** p. 145-146.

*a realizar algo que se compatibilize imediata ou mediatamente com as estratégias e ambições estatais, de maneira a produzir resultados econômicos positivos.*⁵⁷

Nesse sentido, no planejamento indicativo, a força de imposição só atua em relação às unidades do setor público, sendo as suas definições meramente indutivas quanto ao setor privado,⁵⁸ sendo justamente neste ambiente em que cidadania⁵⁹ e políticas públicas de fomento ao emprego se transcrevem como apontamentos para o desenvolvimento. É na confiança recíproca entre Estado planejador e sociedade, que se traduz a explicitação de políticas públicas e seus reflexos.

6. Considerações finais

Para o binômio Estado e atividade econômica, ações políticas revelam a diversidade e a convergência entre as várias ferramentas existentes, sejam de organizações, modelos ou práticas que permitam apreender abordagens de cidadania e direito ao desenvolvimento. A integração de organizações (não só empresariais, mas também governamentais), aliada à sociedade, vincula a necessidade de se manter o equilíbrio entre as dimensões econômica e administrativista.

Assim, neste ambiente de combate à hipótese de uma globalização do Direito, tendente à construção de uma série de direito mínimos sociais, o trabalho passa a ser alvo de preocupações. Na mesma direção, mas em outra ponta da análise comparativa de aspectos econômicos e sociais, o direito ao emprego traduz-se, sim, em uma reafirmação universal da necessidade de comunidade internacional em geral, de respeitar, promover e aplicar de boa-fé os princípios fundamentais e direitos no trabalho.

Assim, vale destacar que princípios de governança e do direito ao desenvolvimento dependem, também: (i) da integridade institucional; (ii) do estímulo à cooperação ativa entre corporações e partes interessadas para criar riqueza, empregos e sustentabilidade de empresas financeiramente sólidas; (iii) de boas práticas de governança, que têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitando seu acesso às oportunidades e contribuindo para a sua perenidade.

A indicação de caminhos por meio de políticas públicas de fomento ao emprego contribui para demonstrar a integração do setor produtivo. É por meio de um ambiente de trabalho propício à participação que se tem o desenvolvimento de políticas de gestão e das práticas de desenvolvimento profissional, necessárias ao pleno emprego.

Para além da eficiência econômica e social, construir um ambiente favorável à evolução da cidadania, exige estratégia, metodologia, persistência e muita coerência por parte do

⁵⁷ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**: Estado e normalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 134.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 31.

⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, año 34, n. 408, p. 97-101, sep. 2012.

Estado; requer, em conjunto, o reconhecimento de políticas públicas como fator de universalização de interesses coletivos e a coerência dos agentes públicos e privados, entre esse consenso e suas práticas cotidianas. Em síntese, a perspectiva do direito ao desenvolvimento – um novo aspecto de abordagem dos desafios das políticas públicas e da cidadania – passou a conquistar espaço no que diz respeito aos apontamentos normativos de indução, planejamento e incentivo ao pleno emprego em conjunto com as atuais transformações do Direito Administrativo.

7. Referências

- ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, año 34, n. 408, p. 97-101, sep. 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, p. 21, maio/jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-14-maio-2008-luis%20roberto%20barroso.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- _____. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JR., José Celso Pereira. (Org.). **A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social**. v. 1. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009. p. 255-291.
- _____. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.
- BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público (FA)**, Belo Horizonte, ano 9, nº 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051>>. Acesso em: 21 nov. 2010.
- _____. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- BURSZTYN, Marcel. **Políticas públicas para o desenvolvimento (sustentável)**. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.
- CODATO, Adriano Nervo. **Economia e Planejamento (E&P): sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64**. Série “Teses e Pesquisas”. São Paulo: Hucitec em co-edição com ANPOCS e UFPR, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: _____. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 83-123.
- FERRER, Juan de La Cruz. **Principios de regulación económica en la Unión Europea**. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2001.

FIORI, José Luís. O Brasil e a mudança mundial: espaços em disputa. In: CASTRO, Ana Célia; LICHA, Antônio; PINTO JR., Helder Queiroz; SABOIA, João. **Brasil em desenvolvimento: instituições, políticas e sociedade**. v. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 41-61.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, IPEA, v. 21, p. 211-259, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

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

GARCIA VIÑA, Jordi. La crisis económica y los mecanismos que se pueden proponer desde la seguridad social. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 11-39, jan./jun. 2010.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. **Revista de estudios políticos**, Madrid, v. 54, n. 48, p. 41-54, nov./dez. 1949. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

KÄSSMAYER, Karin. **Cidades, riscos e conflitos socioambientais urbanos: desafios à regulamentação jurídica na perspectiva da justiça socioambiental**. Curitiba, 2009, p. 116. Tese (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento). Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/19995/1/karin.pdf>>. Acesso: 21 nov. 2012.

MIGUEL, Luciano Costa. Desenvolvimento sustentável: uma visão conciliadora para a concretização de um direito fundamental e um princípio da ordem econômica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 141-156, jul./dez. 2012.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, fev./mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-21-fevereiro-2010-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 11-24.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, nov./dez./jan. 2009, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-16-novembro-2008-gustavo%20justino.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. 3. ed. Granada: Comares Editorial, 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Transformación y reforma? del Derecho Administrativo en España**. Madrid: INAP – Instituto Nacional de Administración Pública/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1977.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). Regulação e desenvolvimento. In: _____. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**: Estado e normalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Cristian Luiz da; WIENS, Simone. Indicadores: conceitos e aplicações. In: SILVA, Christian Luis da; SOUZA-LIMA, José Edmilson de (Org.). **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55-68.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. **Políticas públicas**: da previsibilidade a obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do estado social de direitos. Birigui: Boreal, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. (Org.). Estímulos positivos. In: _____. **Direito Administrativo em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 347-376.

TOURAINÉ, Alain. O Brasil em desenvolvimento. In: CASTRO, Ana Célia; LICHA, Antônio; PINTO JR., Helder Queiroz; SABOIA, João. **Brasil em desenvolvimento**: instituições, políticas e sociedade. v. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 17-38.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Interesse Público (IP)**, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 87-110, mar. 2008.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VILLATORE, Marco Antônio César; ARAÚJO, Filipe Augusto Barolo L. de. O Direito do Trabalho em tempos de crises. In: RAMOS FILHO, Wilson. (Org.). **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Coleção Mirada a Bombordo. v. III. Curitiba: Juruá, 2011. p. 63-82.

WALKER, Priscila Benelli. A construção do direito ao desenvolvimento e sua aplicação mediante as políticas públicas de sustentabilidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 159-190, jan./jun. 2011.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL MUNICIPAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

PAOLA NERY FERRARI*

Sumário: 1. Introdução; 2. Previdência Social enquanto Direito Fundamental; 3. Competência Legislativa Municipal; 4. Competência Legislativa Municipal sobre Previdência Social; 5. Previdência Própria dos Municípios; 6. Aspectos Referentes à Instituição de Previdência Própria pelos Municípios; 7. Alíquota Cobrada pela Previdência Municipal; 8. Referências.

1. Introdução

No Brasil a previdência social foi, inicialmente, benefício assegurado a categorias específicas de trabalhadores, sendo relacionada, principalmente, ao amparo de funcionários públicos, tendo em vista que, no final do século XIX, as condições econômicas nacionais não propiciavam a existência de muitas categorias de trabalhadores organizadas. Sendo, assim, no ano de 1888, foram estabelecidos critérios para aposentadoria dos que trabalhavam no correio e nas estradas de ferro, seguidos, nos anos seguintes, pelos que laboravam na Imprensa Nacional, Central do Brasil, Ministério da Fazenda, Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro e agentes aduaneiros.²

Em que pese a pluralidade mencionada de servidores públicos titulares de direitos previdenciários, é usual na doutrina atribuir como marco inicial da Previdência Social no Brasil a Lei Eloy Chaves (Decreto 4682/23), pois, tal diploma, é que estendeu aos trabalhadores do setor privado benefícios que já eram atribuídos a servidores públicos, movimento que se intensificou com a chegada de Getúlio Vargas ao poder.

É na década de 60 que surge o grande marco na consagração e fortalecimento da Previdência Social, ocasião em que: a) foi editada a Lei 3807/60, que instituiu a Lei Orgânica da Previdência Social e unificou o sistema previdenciário, acabando com a pluralidade de

* Professora da Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora de Direito Constitucional da Universidade Tuiuti do Paraná. Professora de Direito Administrativo e de Direito Constitucional da Faculdade Dom Bosco. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar,

² AFONSO, Luis Eduardo. **Um estudo dos aspectos distributivos da previdência social no Brasil**. São Paulo: FEA/USP, 2003.

institutos operados por empresas distintas; b) foi feito o Regulamento Geral da Previdência Social; e c) criado o Instituto Nacional de Previdência Social.

2. Previdência Social enquanto Direito Fundamental

Os direitos fundamentais sociais são aqueles relacionados ao desempenho de condutas positivas do Estado no sentido de assegurar condições mínimas de uma vida digna ao seu humano³, ou, como ensina José Afonso de Mello, são formas de tutela pessoal “enunciadas na norma constitucional, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”⁴.

A caracterização da previdência social enquanto direito fundamental prescinde de dupla abordagem, a primeira de cunho formal, na medida em que há previsão protocolar, expressa, a seu respeito no caput do art. 6, da nossa Carta Fundamental e a outra de cunho material, na medida em que as proteções da capacidade laboral, bem como o acesso ao trabalho, caracterizam importantes instrumentos de realização da dignidade do indivíduo.⁵

Ingo Wolfgang Sarlet e Peter Haberle reconhecem tal condição, pois acreditam que este é mais um viés de realização material do ser humano e uma questão relacionada à justiça social.⁶

Com a Constituição de 1988 os direitos sociais ganharam, ainda, mais importância na sua positivação e concretização, de modo que, os benefícios e estruturas operacionais afetas a previdência social, tem, nas últimas décadas, sido objeto de sucessivas alterações legislativas, a fim de que os princípios da universalidade e da isonomia restem assegurados a todos que dela queiram se socorrer.

Ocorre que as sucessivas alterações em matéria previdenciária, ao contrário do que parece, não têm tido como premissa a concretização de direitos sociais fundamentais, nem motivadas para que haja o cumprimento da dignidade da pessoa, muito pelo contrário, sempre justificam a sua realização nas constantes notícias do déficit dos fundos previdenciários.

Ao que parece, o legislador nacional ao invés de tentar assegurar aos menos favorecidos melhores condições laborais e, conseqüentemente, socioeconômicas, tem optado pelo caminho inverso, diminuir os benefícios já consagrados no ordenamento jurídico vigente a fim de que reste assegurada a isonomia e universalidade, sob a perspectiva de que tal pratica minoraria os déficits previdenciários.

A situação vivenciada no Brasil em matéria previdenciária, e em tantas outras, é o que vulgarmente se costuma denominar “nivelamento por baixo”, ou seja, ao invés de se buscar,

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 315.

⁴ MELLO, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 286.

⁵ ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.110/111.

⁶ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 557/558.

cada vez mais, aperfeiçoar a proteção do trabalhador, benefícios principalmente garantidos aos servidores públicos, são restritos a fim de que todos sejam iguais perante a lei.

Note-se, não se está aqui a advogar no sentido de que benefícios nababescos sejam garantidos aos servidores públicos, enquanto que os mais humildes, relacionados ao Regime Geral da Previdência Social, apenas tem assegurado o valor do salário mínimo.

O brocado constitucional, em momento nenhum, se referiu a igualdade perante a lei levando em consideração, para realizar tal isonomia, a condição do menos favorecido.

Analisando a questão sob a perspectiva de concretização dos direitos fundamentais, em um estado democrático de direito, comprometido com a dignidade da pessoa e regido por uma “Constituição cidadã”, seria mais adequado que as reformas, em matéria de previdência, tentassem aumentar os benefícios concedidos pelo Regime Geral à massa da população, e não ao contrário.

É comum, neste diapasão, ser aventado como impeditivo a falta de recursos e a aplicabilidade da teoria do mínimo existencial, mas é preciso pontuar que, atualmente, o Regime Geral da Previdência Social não tem garantido aos seus segurados, sequer a oportunidade de desfrute do mínimo existencial.

3. Competência Legislativa Municipal

Antes de tecer qualquer consideração a respeito da previdência própria dos municípios, imprescindível proceder à análise a respeito da repartição de competências entre as diversas unidades da Federação brasileira, prevista pela Constituição Federal.

A República Federativa do Brasil, conforme sua Carta Fundamental, estabelece como critérios básicos da repartição de competências a preponderância do interesse conjugada com a enumeração expressas das atribuições da União, restando à cargo dos Estados-Membros as competências remanescentes. Em outras palavras: a Constituição enumera as responsabilidades da União, ficando as demais ao encargo dos Estados e Municípios conforme o interesse envolvido. O regional é atribuído aos estados membros, e o interesse local aos Municípios.

Além desta forma de subdivisão de atribuições, prevê, ainda, o art. 24 da CF/88 a existência das competências concorrentes, quando autoriza “à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente”.

Como se pode notar, a competência concorrente é de ordem legislativa, o que significa que, as matérias elencadas nos incisos do art. 24, podem ser objeto de legislação tanto da União⁷, quanto dos Estados e do Distrito Federal, sendo, no entanto, imprescindível que se compreenda em que termos esta autorização deve ocorrer.

⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1003.

A União é responsável pela edição de normas gerais, restando aos Estados Membros a edição de normas que tenham a finalidade de complementar àquelas disposições, de acordo com os interesses regionais que representa⁸.

No caso da União não ter legislado em caráter geral é autorizado aos estados membros suprir tal ausência legislativa, fazendo-o de maneira plena, ficando, sua eficácia, no entanto, condicionada a superveniência de norma geral emitida pela União, momento em que terá seus efeitos suspensos⁹, quando contrários às normas gerais federais.

Importante, neste momento, ressaltar, que o legislador Constituinte não consignou o município como titular da competência concorrente, sendo a ele apenas assegurada a possibilidade de adaptar a legislação, de caráter geral e a de caráter regional, às peculiaridades locais, nos termos do inciso II, do art. 30 da Constituição Federal

Em que a Constituição fazer referência à competência suplementar dos municípios, a terminologia empregada é inadequada àquilo que se buscou referenciar, na medida em que, tal competência, trata da possibilidade do município adaptar a legislação, fruto da competência concorrente, às suas necessidades locais.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari considera que a ausência de legislação de âmbito nacional geral e estadual regional proporciona ao município, em caráter excepcional, a possibilidade de suprir tal omissão de modo que não fique refém de tal carência¹⁰.

Desta forma, considerando o breve espectro apresentado a respeito da repartição de competências na Federação brasileira e a margem de atuação dos municípios, em matéria legislativa, é possível tecer considerações a respeito da previdência social em si.

4. Competência Legislativa Municipal sobre Previdência Social

A temática da previdência social, como se pode depreender do art.24, inciso XII da Constituição Federal, é passível de ser legislada, tanto pela União, quanto pelos estados membros, mediante o exercício da competência concorrente a eles atribuída.

Como se viu no tópico precedente, de modo mais acurado, o Município possui, também, competência concorrente, sendo a ele assegurada a capacidade de suplementar/complementar as disposições da lei federal de âmbito geral e a lei estadual de âmbito regional.

⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61-62.

⁹ "A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF/1988, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda." (ADI 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3-5-2007, Plenário, DJ de 22-6-2007.) No mesmo sentido: RE 356.328-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, DJE de 25-2-2011; RE 597.032-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-9-2009, Segunda Turma, DJE de 9-10-2009.

¹⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61-62.

Deste modo é possível considerar que: qualquer disposição legal emitida pelo município, no sentido de disciplinar as questões previdenciárias, para além da adaptação às necessidades locais, pode e deve ser objeto de inconstitucionalidade. Formal, na medida em que não foi respeitado o adequado processo legislativo para regulação da matéria e material, pois não se adéqua as regras de competência que a Constituição Federal lhe reservou¹¹.

No que tange a excepcional possibilidade, aventada pela doutrina, a respeito da capacidade do município suprir a omissão legislativa, da União e dos Estados, em matéria de previdenciária, resta superada, uma vez que, já foi editada norma geral pela União a respeito do tema.

Diante de todo exposto é inequívoca a capacidade dos municípios adaptarem as suas realidades a legislação geral e regional, devendo ter extremo cuidado no desempenho de tal atribuição, pois, a margem de liberdade assegurada às unidades municipais é extremamente restrita.

Somam-se, ainda, às limitações impostas pela Constituição Federal ao exercício da competência legislativa, pelos municípios, em matéria previdenciária, o fato de que, as normas relacionadas ao Regime Geral da Previdência Social devem ser utilizadas em caráter geral

5. Previdência Própria dos Municípios

A Carta de 1988, de certa forma, reproduziu a dicotomia já existente de regimes previdenciários, sendo o geral aplicado aos trabalhadores da iniciativa privada, regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, e o próprio dos servidores públicos, titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios conforme previsto no art. 40 da Constituição Federal.

Muito embora a competência legislativa, em matéria de previdência, seja extremamente restrita para as unidades municipais, elas são autorizadas, pela Constituição Federal, a instituírem regime próprio, que terão como beneficiários os seus servidores, titulares de cargos efetivos.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

¹¹ "A Lei municipal 8.640/2000, ao proibir a circulação de água mineral com teor de flúor acima de 0,9 mg/l, pretendeu disciplinar sobre a proteção e defesa da saúde pública, competência legislativa concorrente, nos termos do disposto no art. 24, XII, da CB. É inconstitucional lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utilize-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional." (RE 596.489-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-10-2009, Segunda Turma, DJE de 20-11-2009.)

As disposições constitucionais referentes à instituição dos regimes próprios das diversas unidades da Federação foram reguladas pela Lei nº 9.717/98, diploma que tem por escopo a previsão de regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

Como é possível depreender do disposto pela Emenda 41/2003 e do art. 1º do referido diploma legal, nenhuma das unidades da Federação ficou impedida de instituir o seu próprio regime previdenciário, aplicável aos seus servidores efetivos, sendo esta possibilidade reafirmada infra-constitucionalmente, de modo expresso, também, aos Municípios.

Ora, neste momento é necessário definir se os dispositivos constitucionais e legais que asseguram a competência de todas as unidades da Federação para instituírem regime próprio, quiseram apenas assegurar uma faculdade ou, ao contrário, veicularam uma obrigatoriedade a ser cumprida.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazari entendem, com base na redação dada ao §1º, do art. 149, que há obrigatoriedade da instituição do regime próprio para os titulares de cargo efetivo da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, uma vez que o dispositivo define: Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *instituirão contribuição*, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União¹².

Para os autores a referência da Constituição nos termos “*instituirão contribuição*” remete à ideia de obrigatoriedade e não de faculdade

A Constituição Federal veiculou obrigatoriedade na instituição das contribuições, considerando o fato das grandes dificuldades financeiras vivenciadas, atualmente, pela Previdência Social. No entanto, em momento algum é feita referência ao fato de que estes valores devem ser geridos, obrigatoriamente, por regime previdenciário próprio.

Neste sentido Marcelo Barroso de Lima Brito Campos afirma:

*entendo também que a unidade federada não tem obrigação de criar e manter regime previdenciário, podendo vincular seus servidores titulares de cargos efetivos ao INSS(benefício) e à União – Receita Federal do Brasil (custeio), desde que estes apliquem as regras constitucionais referentes ao regime próprio a este universo de agentes públicos.*¹³

Em suma, há obrigatoriedade na instituição da cobrança, mas faculdade no modo como tais recursos serão operados, de maneira que, a ausência da instituição de regime

¹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 813/814.

¹³ CAMPOS, Marcelo Barroso de Lima Brito. As conseqüências da obrigatoriedade de regime próprio de previdência aos servidores públicos titulares de cargos efetivos. In: FOLMANN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (Orgs.). **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XX**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 183-184.

próprio, faz com que os seus servidores, titulares de cargos efetivos, mantenham-se vinculados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

6. Aspectos Referentes à Instituição de Previdência Própria pelos Municípios

Note-se que, não há, neste estudo, qualquer pretensão exaustiva de análise das disposições contidas na Lei 9717/98, mas apenas pontuar alguns temas relevantes, no que tange à instituição de previdência no âmbito do Município.

Uma vez que a entidade municipal, individualmente, tenha optado por instituir previdência própria, para os seus servidores titulares de cargo efetivo, algumas formalidades devem ser obedecidas

A primeira delas é aprovação de um projeto de lei, fruto do exercício da competência suplementar titularizada pelo município, a fim de delinear em que termos funcionará esta unidade previdenciária.

Deve referido projeto de lei, necessariamente, ser instruído pelo plano de custeio, o que significa, a apresentação de um conjunto de informações prévias, iniciais, acerca da comunidade a ser protegida, seus direitos e o cenário futuro, restando especificado quantos e quais são os envolvidos no futuro regime, o tempo de contribuição a ser observado para cada servidor, suas idades e o número de dependentes com o registro de quantos anos de vida possuem¹⁴.

Somente informado, por todo este arcabouço de dados, é possível realizar verificação atuarial prévia da saúde financeira do regime que se intenta instituir.

O regime próprio do Município pode ser operado mediante desconcentração administrativa, na medida em que o representante maior da administração direta cria novo órgão responsável pela operacionalização dos benefícios previdenciários ou, ainda, mediante descentralização operada pela instituição de uma autarquia especializada.

Para os Municípios de pequeno e médio porte o mais recomendável, em razão da escassez de recursos que vivenciam, é a constituição de um fundo, sem personalidade jurídica, operado mediante órgão da administração direta¹⁵.

Nestes termos, o art. 249 da Constituição Federal:

Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos

¹⁴ BALERA, Wagner. Regime Próprio de Previdência de São Paulo. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Lúcia Andrea Accorsi (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional**: Homenagem à Professora Maria Garcia. São Paulo: IOB, 2007. p. 598-599.

¹⁵ PAUSE, Julio Cesar Fucilini. Constituição de Regime Próprio de Previdência Municipal – vedação ao custeio de benefícios distintos daqueles garantidos pelo Regime Geral de Previdência Social. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, vol. 4, n. 13, p. 154-160, mai./jun. 2002. p. 155.

provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

A arrecadação dos valores de contribuição, a gestão de tais recursos, bem como a análise individual das situações para a concessão dos benefícios, fica atrelada à sua administração, devendo, todavia, respeitar, no que tange as previsões orçamentárias, o enunciado do inciso III, §5º, do art.165 da Constituição Federal:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Sendo esta fórmula a adotada pelo Município de Curitiba, que criou mediante a edição da Lei Municipal n.º 1.762/59, o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Município de Curitiba - IPMC como órgão gestor do Regime Próprio de Previdência a que são vinculados os servidores públicos municipais¹⁶, ficando, a partir do ano de 1999, responsável por administrar os ativos financeiros e patrimoniais integrantes do regime, a concessão e o pagamento dos benefícios previdenciários e o estabelecimento das suas diretrizes, em consonância com a legislação.

7. Alíquota Cobrada pela Previdência Municipal

Registra-se, por oportuno, a decisão do TRF 4ª R. – AC 2000.04.01.102365-0 – SC – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Wellington M de Almeida – DJU 19.11.2003 – p. 691) JCF.24 JCF.149 JCF.149.1 JCF.249, que, de alguma forma, orienta o raciocínio aqui desenvolvido.

TRIBUTÁRIO – CONSTITUCIONAL – PREVIDÊNCIA SOCIAL – REGIME PRÓPRIO DOS MUNICÍPIOS – COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO – CONSTITUCIONALIDADE – LEGALIDADE – LEI Nº 9.717/98 – PORTARIA Nº 4.992/99 – CONSTITUCIONALIDADE – LEGALIDADE – 1. A Lei nº 9.717/98 resulta do exercício da competência concorrente da União (art. 24, XII, CF/88). A previdência social é tema de interesse nacional, devendo ser acatada a prevalência da União para editar normas gerais. 2. As diretrizes básicas estipuladas pela Lei nº 9.717/98 objetivam manter a unidade do sistema previdenciário, assentado no caráter contributivo, e garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do regime próprio, não podendo ser taxadas de inconstitucionais, ao argumento de quebra do pacto federativo e ingerência na autonomia dos Municípios. 3. O poder de exigir contribuição previdenciária, previsto no art. 149, § 1º, da CF/88, que se adstringe à seara tributária, somente pode ser exercido em consonância com as normas gerais sobre previdência social, não se revelando autônomo ou ilimitado

¹⁶ <http://www.ipmc.curitiba.pr.gov.br/conteudo.aspx?idf=126> acesso em 19/08/2012.

frente à competência concorrente da União. 4. Os pilares da Emenda Constitucional nº 20/98 assentam-se nas mesmas bases preconizadas pela Lei nº 9.717/98: o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro e atuarial, havendo a plena recepção da Lei ordinária. 5. Não há incompatibilidade entre o art. 249 da CF/88 e o art. 6º da Lei nº 9.717/98, pois, evidenciando-se a finalidade previdenciária destes fundos, não há óbice que a União estabeleça as diretivas gerais, no exercício da competência concorrente. A Lei Federal sobre normas gerais não impede que o ente federado edite Lei Complementar sobre a natureza e administração do fundo, desde que não contrarie as disposições gerais. 6. A obrigatoriedade de que o regime próprio abranja um número mínimo de segurados atende ao objetivo precípuo da Lei, o equilíbrio atuarial. O mínimo de mil segurados, previsto no art. 9º da Portaria nº 4.992/99, representa o critério objetivo para a verificação da necessidade de resseguro, consistindo a medida adequada para se inferir o equilíbrio atuarial do regime. A Lei conferiu ao administrador margem de discricionariedade para fixar esse parâmetro de viabilidade, e por certo que a adoção de um número determinado facilita a exequibilidade da Lei, não sendo possível quantificá-lo caso a caso, de acordo com características locais, cuja ocorrência é extremamente aleatória. 7. A vedação de pagamento de benefícios mediante convênios ou consórcios entre Estados e Municípios e entre Municípios e o requisito de que o Município tenha receita diretamente arrecadada ampliada superior à proveniente de transferências constitucionais da União e dos Estados são consentâneos com o espírito da Lei, que busca consolidar regimes previdenciários hígidos financeiramente, com condições de pagar os benefícios sem o risco de comprometer outras despesas obrigatórias, tais como saúde, educação e o custeio de seu próprio funcionamento. 8. O art. 5º da Lei nº 9.717/98, que proíbe a concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, não cerceia a autonomia municipal, porquanto deixa espaço para que o Município estabeleça seus benefícios dentro desses parâmetros. 9. As sanções impostas pelo art. 7º da Lei nº 9.717/98 não obstam a transferência das receitas tributárias constitucionalmente atribuídas aos entes federados (arts. 157 a 159 da CF/88), decorrentes da participação dos entes federados nas receitas tributárias da União e dos Estados, que tem natureza compulsória; são proibidas as transferências voluntárias da União, cujos recursos são oriundos de outras fontes. 10. A imposição legal de que a orientação, supervisão e acompanhamento dos regimes próprios de previdência social seja feita pela União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social (art. 9º), não padece de inconstitucionalidade, porquanto as incumbências previstas na Lei não são as mesmas atribuídas aos órgãos de controle externo e interno dos Estados e Municípios. 11. O livre acesso às unidades gestoras e aos livros, notas técnicas e documentos (art. 20 da Portaria nº 4.992/99) é o meio instrumental para que possa o Ministério da Previdência executar sua tarefa de orientar, supervisionar e acompanhar os sistemas previdenciários, não se confundindo nem se sobrepondo às atribuições dos Tribunais de Contas e dos sistemas de controle interno de cada Poder. (TRF 4ª R. – AC 2000.04.01.102365-0 – SC – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Wellington M de Almeida – DJU 19.11.2003 – p. 691) JCF.24 JCF.149 JCF.149.1 JCF.249

8. Referências

AFONSO, Luis Eduardo. **Um estudo dos aspectos distributivos da previdência social no Brasil**. São Paulo: FEA/USP, 2003.

BALERA, Wagner. Regime Próprio de Previdência de São Paulo. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Lúcia Andrea Accorsi (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional: Homenagem à Professora Maria Garcia**. São Paulo: IOB, 2007.

CAMPOS, Marcelo Barroso de Lima Brito. As consequências da obrigatoriedade de regime próprio de previdência aos servidores públicos titulares de cargos efetivos. In: FOLMANN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (Orgs.). **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XX**. Curitiba: Juruá, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Conceito, 2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PAUSE, Julio Cesar Fucilini. Constituição de Regime Próprio de Previdência Municipal – vedação ao custeio de benefícios distintos daqueles garantidos pelo Regime Geral de Previdência Social. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, vol. 4, n. 13, p. 154-160, mai./jun. 2002.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

RESTRIÇÕES À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS

SAULO LINDORFER PIVETTA*

Sumário: **1.** Considerações iniciais: a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988 e as restrições à sua eficácia; **2.** Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível; **2.1** As restrições de eficácia relacionadas à função de defesa dos direitos sociais (deveres estatais de respeito); **2.2** As restrições de eficácia relacionadas à dimensão prestacional dos direitos sociais (deveres de proteção e promoção); **3.** A reserva do possível e a relevância normativa da escassez de recursos; **3.1** A configuração teórica da “reserva do possível”; **3.2** A relevância normativa da escassez de recursos; **4.** Considerações finais; **5.** Referências.

1. Considerações iniciais: a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988 e as restrições à sua eficácia

As próximas linhas, em sintonia com o espírito desta obra, rendem as merecidas e sempre insuficientes homenagens ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, que de modo pioneiro captou as mudanças que se avizinhavam com a realidade constitucional brasileira pós-88, e cuja reflexão sedimentou os alicerces para a compreensão teórica e dogmática da nova Administração Pública então formatada. Para a compreensão desta Administração do presente foi necessário um homem à frente de seu tempo, que nunca deixou o peso de sua bagagem acadêmica curvar seu raciocínio, estando sempre afiado para o enfrentamento dos novos desafios, como estes que se afiguram na nova ambiência constitucional, mas sem jamais perder de vista a necessidade de resolução dos problemas presentes. Ao professor Romeu, minha profunda homenagem, por sua inestimável obra, e por seu espírito solidário, gentil e fraterno para com todos aqueles que têm o privilégio de estar ao seu redor.

* Doutorando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Bacharel e Mestre em Direito pela UFPR. Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da UniBrasil (licenciado). Professor do curso de especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor orientador na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais (UFPR). Analista de Controle (área jurídica) no Tribunal de Contas do Estado do Paraná e advogado.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, assegura de maneira expressa que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (art. 5º, §1º, da CF/88). Trata-se de uma das mais importantes garantias à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais na realidade jurídica brasileira. De qualquer forma, é importante aprofundar a compreensão sobre a *aplicabilidade imediata* de tais normas, haja vista que sua enunciação não elimina automaticamente as dúvidas sobre as possibilidades de eficácia dos direitos fundamentais.

Releva destacar que, a despeito de todos os direitos fundamentais serem dotados de algum nível de eficácia e aplicabilidade, ela não será a mesma para todos os direitos. Dois pontos, ao menos, devem ser considerados na definição da aplicabilidade do direito fundamental que se esteja analisando: as funções que pode desempenhar na realidade concreta¹ e a sua regulamentação normativa (constitucional e infraconstitucional). Como bem pontua Virgílio Afonso da Silva, não existe norma constitucional que não demande alguma forma de regulamentação, assim como não há norma que não possa ser restringida.² Ainda, importa destacar a vanguardista obra de Daniel Wunder Hachem, que extrai da Carta Magna o direito fundamental à tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais, a partir do qual decorrem inúmeras vinculações jurídicas que recaem sobre o agir administrativo, impulsionando a Administração Pública a promover os direitos fundamentais sociais de maneira espontânea, integral e igualitária.³

Trata-se, evidentemente, de assunto de grande complexidade. Especificamente em relação aos direitos *sociais*, muito se debate sobre a imediata aplicabilidade de tais normas, haja vista que eles estariam submetidos a uma *reserva do financeiramente possível*. Ou seja, os direitos sociais apenas poderiam ser reclamados na medida em que houvesse recursos públicos disponíveis para a sua concretização. Essa alegação é equivocada por dois motivos: em primeiro lugar, porque os direitos sociais não possuem somente uma dimensão prestacional – nem todas as funções por eles desempenhadas na realidade concreta demandam

¹ Conforme clássica lição de Robert Alexy, os direitos fundamentais, em virtude da natureza eminentemente principiológica que ostentam, devem ser compreendidos como *feixes de posições jusfundamentais*. Trata-se, pois, de uma estrutura normativa complexa, de modo que cada direito fundamental pode desempenhar variadas funções na realidade concreta. Alexy aponta que tais direitos podem desempenhar funções: (i) de defesa (exigindo uma abstenção do Estado, que não deve intervir na esfera de autonomia dos cidadãos); (ii) de prestações, que podem ser tanto normativas como fáticas, impondo ao Estado o dever de adoção de medidas concretizadoras dos direitos. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 186 e ss. Ainda, Clèmerson Merlin Clève destaca a função de não discriminação, que impede sejam adotadas condutas discriminatórias injustificadas em face dos cidadãos. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo). Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 102.

² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 230.

³ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

recursos financeiros. Em segundo lugar, porque a reserva do possível é apenas uma das várias restrições que podem ser opostas aos direitos fundamentais (não só aos sociais).

Assim, as próximas páginas buscarão traçar um panorama sobre as reservas a que se encontram sujeitos os direitos fundamentais sociais em relação a cada um dos deveres estatais exigidos para a sua efetivação para, ao final, aprofundar a análise sobre a relevância normativa da escassez de recursos, buscando-se, com isso, evitar uma compreensão acrítica e equivocada sobre a matéria.

2. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível

Como destacado acima, em razão da natureza eminentemente principiológica dos direitos sociais, sua aplicação, a partir do próprio texto da Constituição, não ocorre mediante a lógica do “tudo ou nada”. Assim, a atividade conformadora do Poder Legislativo e do Poder Executivo mostra-se de significativa relevância para que a densidade normativa da norma seja alargada. Tal densificação revela-se pertinente sobretudo para a especificação das prestações fáticas que são albergadas pelo direito e que vinculam a atuação do Poder Público. Nessa esteira, a necessidade de concretização infraconstitucional dos comandos normativos realça a ideia de que podem ser opostas reservas, restrições, à sua aplicabilidade. Isso não ocorre por opção do constituinte ou por uma escolha do aplicador da norma, mas sim pelo próprio fato de que, inexistindo um comando inequívoco quanto ao exato alcance do direito (ou seja, quando não se estiver diante de uma regra), ele estará sujeito a sofrer limitações em relação ao seu conteúdo.⁴

Vale ressaltar, neste ponto, que ao se falar em *restrições* (*restrições em sentido estrito*) aos direitos fundamentais está se referindo às atuações normativas do Estado (através da legislação ou da atividade regulamentadora da Administração Pública) que promovem alterações substanciais na norma, delimitando seu conteúdo normativo e que, da perspectiva jurídico-subjetiva, implicam situações desvantajosas aos seus possíveis titulares, suprimindo ou dificultando-lhes o acesso aos bens jusfundamentais.⁵ Diferentemente, as chamadas *intervenções restritivas* consubstanciam afetações negativas, realizadas pelo Poder Público

⁴ A posição ora adotada, de que os direitos sociais podem ter seus conteúdos normativos delimitados coaduna-se com a chamada *teoria externa* das restrições, que possui íntima relação com a teoria dos princípios apresentada acima. Isso porque, ao admitir-se que, em razão de sua natureza principiológica, a norma de direito fundamental tem uma extensão de aplicabilidade parcialmente indeterminável, considera-se que eventuais restrições decorrerão de fatores *externos* à norma. A conformação restritiva, portanto, não é resultado de uma limitação que é imanente ao próprio direito, como defende a *teoria interna*. Resumidamente, para os adeptos desta corrente os limites da norma são fixados de antemão, através de um procedimento interno que considera apenas o objeto do direito, independentemente de elementos de influência externa. Para uma análise pormenorizada do tema, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.* p. 126-143.

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003. p. 227.

ao direito fundamental, considerando uma situação concreta, a partir de seu titular individualizado. Por ora, insta salientar as formas através das quais o Estado, em termos abstratos, conforma a norma definidora do direito à saúde.

Na lição de Jorge Reis Novais, as reservas que se impõem sobre a aplicabilidade dos direitos sociais em geral são as seguintes: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível. Contudo, a ativação dessas reservas depende de qual *dever estatal* está em causa (dever de respeitar, dever de proteção, dever de promoção). Ou seja, cada um dos deveres que decorrem dos direitos sociais articula de maneira própria as reservas que podem ser opostas à aplicação da norma.⁶

O debate pode ser ilustrado a partir das seguintes situações envolvendo o direito à saúde: (i) cidadão que se insurge judicialmente contra hipotética portaria do Ministério da Saúde que determina a obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas, como cobaias, dos pacientes que se beneficiem da política de dispensação de medicamentos de alto custo; (ii) ação movida pelo Ministério Público contra determinado Município para que este arborize todas as ruas com um tipo de arbusto capaz de repelir o mosquito transmissor da dengue; (iii) sujeito que reclama judicialmente que o Poder Público disponibilize recursos para financiar tratamento experimental desenvolvido por universidades cubanas para combater o mal de Parkinson.

Em cada uma das hipóteses aventadas a margem de intervenção do juiz será diferenciada justamente pelas diferentes reservas relacionadas às situações. No primeiro caso (obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas), o magistrado possui ampla margem de atuação, podendo definir, no caso concreto, se o ato normativo configura, em alguma medida, intervenção indevida na esfera de autonomia do cidadão. Em outras palavras, a decisão judicial poderá analisar, a partir da técnica da ponderação, se a conduta estatal violou algum *dever de respeito* que exsurge do direito à saúde, já que submete sujeitos a situação de potencial risco para sua integridade física.

A segunda hipótese está ligada a um *dever de proteção*, que certamente define uma margem diferenciada de liberdade de intervenção judicial. Afinal, por que adotar exatamente a medida proposta pelo Ministério Público? O Poder Público não poderia utilizar outras estratégias para alcançar a mesma finalidade (de evitar a transmissão do vírus da dengue), eventualmente menos custosas e mais eficientes? O que impende destacar é que, neste

⁶ Jorge Reis Novais distingue três categorias de deveres estatais que decorrem da positivação dos direitos fundamentais: dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover – que guardam consonância com as *funções* que podem desempenhar tais direitos na realidade concreta. Cada uma dessas funções (de defesa ou de prestações) impõem deveres ao Estado para serem concretizadas. De maneira sintética, os deveres de respeito impõem condutas eminentemente negativas, de não intervenção do Estado na esfera de autonomia dos cidadãos. Os deveres de proteção assinalam a obrigação de que, por medidas eminentemente positivas (através de normas ou de atuação material) o Poder Público assegure que os direitos fundamentais dos cidadãos não serão violados, por agentes públicos ou por outros indivíduos. Finalmente, os deveres de promoção impõem que o Estado entregará aos cidadãos as prestações normativas e fáticas necessárias à realização concreta do direito. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 41 e 273.

caso, a concessão da tutela judicial está sujeita à análise de outros elementos, não verificados na primeira situação (envolvendo um dever de respeito), pois nesta estava em causa tão somente definir se a atividade administrativa violava a esfera de autonomia juridicamente protegida do cidadão.

Finalmente, o último quadro descrito relaciona-se à discussão sobre a existência de um *dever de promoção*. Assim como na hipótese anterior, o deferimento do pedido passa pela apreciação da conveniência política e jurídica da medida – se é constitucional exigir do Estado aquele tipo de prestação ou se os tratamentos já fornecidos preenchem o conteúdo normativo do direito à saúde. Ainda, some-se a isso a repercussão financeira que haveria no caso de tutela das prestações pleiteadas.

As situações descritas objetivam esclarecer que, embora se trate do mesmo direito, a natureza do dever estatal correspondente afeta de maneira diferente as reservas eventualmente oponíveis à aplicabilidade da norma. Na sequência será analisado como se articulam tais reservas em função do dever estatal em causa.

2.1 A restrição de eficácia relacionadas à função de defesa dos direitos sociais (deveres estatais de respeito)

De início, os *deveres de respeito* pressupõem que o espaço de autonomia do cidadão seja suficientemente determinável através de mecanismos jurídicos de interpretação da norma constitucional definidora do direito social – é essa esfera de autonomia individual que deve ser respeitada pelo Estado e demais indivíduos. Nessa esteira, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais quanto à função de defesa (deveres de respeito) não gera maiores controvérsias.

Isso se dá pelo fato de que tais deveres, ao exigirem posturas simplesmente abstencionistas – ou seja, por se revelarem como uma dimensão eminentemente negativa –, basta que o Estado se mantenha inerte para que sejam concretizados. Em outras palavras, entende-se que o âmbito de autonomia individual já está satisfatoriamente delimitado pela norma jusfundamental, e se não estiver é possível identificá-lo através das técnicas tradicionais de interpretação. No entanto, é possível que o Estado tenha que afetar essa esfera de autonomia pessoal, restringindo o espectro de liberdade do particular, com o objetivo de proteger ou promover outro direito igualmente tutelado pelo texto constitucional. A restrição, nesse caso, não será necessariamente inconstitucional, como, por exemplo, a vedação imposta aos particulares de fumar em ambientes fechados.

Compreende-se, nessa esteira, que todos os direitos fundamentais estão sujeitos a uma *reserva geral imanente de ponderação*, que autoriza, em certos casos, sua restrição legítima, fazendo-o ceder passo em razão do maior peso de outro direito numa dada situação. Esta reserva apenas não incidirá naquelas hipóteses em que a própria Constituição já sedimentou, em caráter definitivo, determinado conteúdo de natureza jusfundamental, ou seja, quando o comando estiver consagrado por meio de regra, pois a norma é decorrência

de ponderação já realizada pelo próprio legislador constituinte.⁷ Muitas vezes o texto constitucional outorga de maneira explícita a competência para que o conteúdo da norma seja delimitado. É o caso, por exemplo, do art. 197 da Constituição Federal de 1988, que prevê a possibilidade de o Poder Público regulamentar a execução das ações e serviços de saúde.⁸ Veja-se, nesse sentido, a Lei nº 9.782/1999, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sendo prevista a competência para que tal ente, inclusive, proíba a comercialização de produtos e insumos que possam causar risco à saúde (art. 7º, inciso XV da Lei nº 9.782/1999).⁹

Ou seja, o Estado efetivamente intervém na esfera de liberdade e de acesso a bens ligados aos direitos sociais. No caso apresentado, o cidadão não poderá comprar qualquer medicamento que queira utilizar no tratamento de alguma doença: apenas aqueles autorizados pela ANVISA poderão ser adquiridos legalmente. Trata-se de verdadeira ponderação realizada pelo legislador ordinário, que sopesando as variadas questões que tocam o tema (interesses financeiros das indústrias farmacêuticas, interesse dos cidadãos de adquirir remédios, dever do Estado de proteger a saúde da população etc.), fixou as medidas protetivas que entendeu necessárias, como a criação de entidade competente para tanto.

Ainda que não haja previsão explícita, a possibilidade de restrição do direito decorre justamente de sua natureza eminentemente principiológica. Com isso, inexistindo opção inequívoca por parte da Constituição, os conteúdos específicos do direito passam a ser definidos pelo legislador e pelo administrador. De qualquer modo, as deliberações quanto ao alcance do dever de respeito, seja em relação a determinado caso concreto seja em relação a uma situação geral e abstrata, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e legalidade – que consiste em verificar se as restrições realizadas estão em consonância com o texto constitucional ou legal, ou se violam um dever de respeito que se impõem ao Estado.

2.2 As restrições de eficácia relacionadas à dimensão prestacional dos direitos sociais (deveres de proteção e promoção)

Diferentemente ocorre quando se está diante de um dever de proteção ou de um dever de promoção – deveres correlatos à dimensão prestacional dos direitos fundamentais. Nestes casos, além da reserva geral imanente de ponderação, incidem a *reserva do politicamente adequado ou oportuno* e a *reserva do financeiramente possível*. Para proteger a saúde dos cidadãos, por exemplo, há uma imensa gama de possibilidades que poderiam ser cogitadas pelo Poder Público, seja através de prestações fáticas ou normativas. O conteúdo

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*. p. 275.

⁸ Art. 197 da Constituição Federal: “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

⁹ Lei nº 9.782/1999: “Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: (...) XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;”

do dever geral de proteção não se extrai, de maneira absoluta, dos comandos constitucionais – embora, o constituinte já tenha assinalado que o Estado deve adotar medidas preventivas e assistenciais para a efetivação desse direito (art. 196 da Constituição Federal).

A reserva do politicamente adequado ou oportuno compreende, assim, as esferas de restrição do direito que demandam uma atuação política de análise da realidade concreta e definição dos meios necessários à proteção e promoção do direito. Para proteger a saúde da população, são possíveis diversas prestações, normativas e fáticas. No ordenamento jurídico brasileiro já foram sedimentadas diversas regras que se destinam à dimensão protetiva do direito à saúde. Nesse sentido, há normas de Direito Civil¹⁰ e de Direito Penal¹¹, além dos dispositivos constantes na própria Constituição.

Ainda, a Administração Pública, no exercício de sua competência normativa, elabora variados atos que se voltam à proteção e promoção da saúde dos indivíduos, como é o caso da Portaria nº 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que estabelece as substâncias e medicamentos que, por sua capacidade de ação prejudicial sobre a saúde humana, estão sujeitos a um controle especial por parte do Poder Público (dever de proteção). Outrossim, diversas prestações fáticas são demandadas para que a saúde da população seja protegida e promovida, como nas situações em que produtos alimentícios são apreendidos em supermercados, pelos fiscais da vigilância sanitária, por estarem com o prazo de validade vencido (dever de proteção), e na hipótese de entrega ao cidadão dos medicamentos necessários ao tratamento de determinada doença (dever de promoção).

Este panorama traçado ressalta que a atuação do legislador ordinário e do administrador densificam o conteúdo normativo dos direitos sociais em geral. Esta “densificação” decorre de embates e escolhas políticas realizadas pelos agentes políticos, sedimentando ponderações realizadas entre os diversos bens a serem protegidos e os meios necessários para tal finalidade. Isso não significa, contudo, que as decisões políticas estejam sempre em consonância com as prioridades constitucionais. Assim, é possível que haja controle, sobretudo pelo Poder Judiciário, no caso de normativas inconstitucionais e ilegais, bem como no caso de omissões injustificadas da Administração Pública.

¹⁰ Como, por exemplo, no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003): “Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária, bem como serão obrigatoriamente comunicados por eles a quaisquer dos seguintes órgãos: I – autoridade policial; II – Ministério Público; III – Conselho Municipal do Idoso; IV – Conselho Estadual do Idoso; V – Conselho Nacional do Idoso. § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.”

¹¹ O Código Penal dispõe de variadas regras que protegem explicitamente a saúde, como as insertas no Capítulo II (Das Lesões Corporais) e no Capítulo III (Da Periclitacão da Vida e da Saúde), ambos do Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa) da Parte Especial. Veja-se, como exemplos, os seguintes dispositivos: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. (...) Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.”

A *reserva do politicamente adequado ou oportuno* não é, portanto, um fator que impede o questionamento das ações, fáticas ou normativas, do Poder Público. Contudo, é um elemento que deve ser considerado e que intervém na forma e nos limites em que é realizado o controle. Nessa esteira, a liberdade política de conformação da norma de direito fundamental jamais será absoluta, especialmente no contexto brasileiro, pois a Constituição Federal já estabelece as linhas gerais de conteúdo que deverá ser preenchido pela legislação ordinária e pelo administrador público, em relação a vários direitos sociais.

Finalmente, a *reserva do financeiramente possível* consubstancia elemento que deve ser considerado quando estiver em causa um dever de atuação positiva do Estado, ou seja, quando este deve promover prestações fáticas voltadas à concretização do direito à saúde, especialmente no que tange ao dever de proteção e promoção do direito. Ou seja, quando se tratar de uma dimensão positiva, relacionada ao dever de proteção ou de promoção, a reserva do financeiramente possível poderá, em tese, ser invocada, haja vista que fornecer bens sociais exige um dispêndio significativo de recursos.¹²

A necessidade de recursos financeiros não fulmina a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Essa reserva deve ser compreendida não como um obstáculo intransponível para a realização de prestações fáticas, mas sim como um fator que direciona para a forma como os recursos são alocados para o cumprimento das finalidades do Estado. Apesar da relevância do aspecto financeiro, nem sempre tal reserva pode ser ativada, ou seja, nem sempre a escassez de recursos adquire relevância normativa – este problema será enfrentado de maneira mais detalhada no item 3, abaixo.

3. A reserva do possível e a relevância normativa da escassez de recursos

3.1 A configuração teórica da “reserva do possível”

O cerne do problema relativo à reserva do financeiramente possível – ou simplesmente “reserva do possível”, como é geralmente utilizada no Brasil – é que sua compreensão por vezes é distorcida, através da recepção acrítica de um conceito forjado de maneira mais intensa na Alemanha, pela Corte Constitucional do país. A expressão foi cunhada para expressar que o conteúdo dos direitos sociais estava limitado “àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade.”¹³ Apesar de o modelo ter-se desenvolvido de maneira mais sistematizada em solo alemão, importante fazer a ressalva, já assinalada por Romeu Felipe Bacellar Filho, de que já no começo do século XX, em 1903, no caso “Terrier”, o Conselho de Estado Francês decidiu que o Estado não poderia se eximir de seus deveres alegando falta de disponibilidade de caixa. Nessa linha, Bacellar Filho, ao analisar especificamente a problemática da responsabilidade extracontratual do Estado, defende, com razão, que a

¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.* p. 278.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Idem.* p. 90.

teoria da reserva do possível não pode constituir excludente ou atenuante da responsabilidade estatal.¹⁴

De qualquer forma, na ambiência alemã, o caso concreto que orientava a Corte era em relação a alguns cidadãos que exigiam o fornecimento de vagas no ensino superior público. Então, a ideia de *razoabilidade* apontava para a necessidade de se investigar o caso concreto para verificar, de um lado, as condições materiais do próprio cidadão que reclama a concretização do direito e, de outro, se seria razoável esperar do Estado o fornecimento da prestação fática requerida. Assim, sustentou a jurisprudência alemã que, ainda que o Estado efetivamente dispusesse de recursos e tivesse a competência específica para escolher o seu direcionamento, não se poderia cogitar de uma obrigação positiva que desrespeitasse os limites do razoável.¹⁵

A partir desse panorama, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a reserva do possível deve ser compreendida por uma dimensão tripla:¹⁶ (i) da disponibilidade material dos recursos necessários ao fornecimento das prestações; (ii) da distribuição de receitas e competências (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outros), ou seja, da estrutura de decisão quanto à alocação e gestão dos recursos públicos; (iii) da perspectiva do particular que demanda a prestação material, de modo a se verificar a proporcionalidade e razoabilidade da conduta pleiteada.¹⁷

Há que se situar, portanto, a problemática da escassez de recursos. Em primeiro lugar porque tal escassez é de caráter *moderado*, jamais absoluto, pois não se está a refletir sobre um Estado despojado de recursos financeiros – pelo contrário, a atividade de arrecadação tributária no Brasil é bastante significativa.¹⁸ Em segundo lugar, a reserva do possível denota que a realização de direitos sociais demanda escolhas políticas quanto à distribuição dos

¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 243. Ainda, fazendo uma análise mais detida do caso “Terrier”, cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira**: entre constitucionalismo e democracia. Curitiba, 2009. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, f. 84-85.

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.* p. 90.

¹⁶ Merece registro a posição de Paulo Caliendo, que destaca a íntima relação entre a reserva do possível, realização de direitos fundamentais e o poder de tributação do Estado. As escolhas políticas do Estado quanto à forma de administração tributária poderiam ampliar ou restringir a incidência dessa reserva. Ou seja, instituindo-se, por exemplo, Contribuições Sociais e fazendo uso da extrafiscalidade como forma de concretização de políticas públicas voltadas a direitos sociais, poder-se-ia ampliar as possibilidade de realização desses direitos ao aumentar a arrecadação estatal. Por outro lado, situações como a de “guerra fiscal” entre os Estados, que oneram as receitas públicas de maneira geral, fortalecem as possibilidade de incidência da reserva do possível. CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 184-185.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

¹⁸ Dados da Receita Federal apontam que, em 2012, o Brasil arrecadou aproximadamente R\$ 1,029 trilhão de reais, um recorde na história do país. Informação disponível em:

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/noticias/2013/jan/Arrecadacao.html>> Acesso em 30/01/2013.

recursos, o que geralmente é feito em ambiente de conflito, haja vista as variadas possibilidades quanto a fins e meios a serem definidos.¹⁹

Apesar da complexidade de elementos que envolve a temática da reserva do possível, o problema muitas vezes é colocado de maneira inadequada. Os equívocos ocorrem, notadamente, ao se compreender que apenas os direitos sociais exigiriam recursos para a sua concretização. Esta incompreensão decorre do entendimento errôneo de que os direitos de liberdade exigiriam somente posturas negativas (abstencionistas), enquanto que os direitos sociais demandariam apenas condutas positivas (prestacionais) para serem concretizados. Como demonstrado acima, os direitos fundamentais (qualquer que seja sua classificação) expressam-se como *feixes de posições jufundamentais*, exigindo, para a sua realização, a observância de deveres ora positivos ora negativos por parte do Estado.²⁰

Como apontam Holmes e Sunstein, independentemente de se tratar de um direito de liberdade ou de um direito social, o que releva notar é qual dever específico está em questão.²¹ Desse modo, por exemplo, o direito à liberdade de expressão pode reclamar que o Estado e outros particulares se abstenham de intervir arbitrariamente sobre a esfera de autonomia de um cidadão específico (dever de respeito) – como no caso em que se exige que o Poder Público não reprima, com a força policial, uma manifestação em defesa da descriminalização da maconha.²² Por outro lado, para proteger este mesmo direito de liberdade de expressão, é possível que determinado indivíduo solicite a intervenção do Estado, até mesmo com o uso de força policial, para assegurar que uma manifestação pacífica em prol do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo não sofra ataques violentos de grupos preconceituosos (dever de proteção). Ainda, um grupo de cidadãos pode pleitear junto à prefeitura o fornecimento de materiais para a estruturação de um pequeno jornal comunitário (dever de promoção).

Percebe-se, com isso, que a reserva do possível jamais pode ser utilizada como argumento capaz de restringir ou afastar a jufundamentalidade de qualquer direito social, na medida em que os direitos de liberdade podem também reclamar o dispêndio de recursos financeiros do Estado (como demonstrado acima, nas hipóteses de proteção e promoção do direito à liberdade de expressão).²³ É o dever que corresponde ao direito que pode ou não ser custoso.²⁴ No caso do direito à saúde, por exemplo, há deveres estatais correlatos que não exigem recursos públicos, como, por exemplo, aquele que impõe ao Estado respeitar que o

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.* p. 91.

²⁰ Sobre o tema, veja a nota de rodapé nº 2, acima.

²¹ HOLMES, Stephens; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York, 1999. p. 119.

²² Em relação a esta situação específica, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal inclusive já reconheceu a constitucionalidade das manifestações em defesa da descriminalização do uso da maconha por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187.

²³ Sobre a utilização ideológica da reserva do possível, cf. SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível.** Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 240 e ss.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.* p. 97.

indivíduo tenha acesso, por seus próprios meios, ao tratamento de saúde que deseja (dentre aqueles permitidos por lei). Por outro lado, há igualmente deveres que *custom*, como nas situações em que o Poder Público realiza atividades de fiscalização sanitária em restaurantes (dever de proteção), e na hipótese do grupo de moradores que reclama a construção de um posto de saúde em seu bairro (dever de promoção).

É possível, ainda, diferenciar os “gastos institucionais” e os gastos ligados diretamente a determinado direito. Os gastos institucionais seriam aqueles ligados a todo e qualquer direito, como os gastos necessários para manter as instituições políticas e os órgãos judiciais, por exemplo. De outra sorte, haveria os gastos relacionados à realização de um direito social específico, com o fornecimento de prestações materiais à população (como a construção de casas populares para a efetivação do direito à moradia e a manutenção de hospitais para o atendimento constante da população).²⁵ Nessa esteira, a dimensão principal dos direitos sociais, de caráter prestacional, realça com maior nitidez a exigência de recursos para a sua concretização – o que não se trata de regra absoluta, haja vista que os direitos de liberdade também podem exigir intervenções positivas do Estado, como através da manutenção de instituições que assegurem a esfera de autonomia dos indivíduos.

Colhe-se, portanto, (i) que a escassez de recursos é apenas *moderada* – ou seja, o Estado dispõe de recursos significativos, de modo que o problema está em verificar sua adequada alocação entre as finalidades previstas pela Constituição e pela legislação ordinária; (ii) a reserva do possível não pode ser compreendida como restrição oponível somente aos direitos sociais, haja vista que o que pode demandar recursos é o dever correlato exigido no caso concreto, e não o direito “como um todo”; (iii) que ainda que seja demandada uma prestação “custosa”, o seu deferimento (judicial ou administrativo) não deve levar em conta apenas a repercussão financeira de sua concretização – nem sempre a escassez é relevante normativamente, de modo que a reserva do possível deve ser analisada em conjunto com as demais reservas que sujeitam os direitos fundamentais (reserva imanente de ponderação e reserva do politicamente adequada ou oportuno).

As reservas anteriormente analisadas constituem elementos que podem justificar a afetação negativa, do ponto de vista do titular, do conteúdo normativo do direito à saúde no caso concreto – a problemática será aprofundada no próximo item deste artigo, quando será analisado como estas reservas podem ser articuladas em situações concretas.

3.2 A relevância normativa da escassez de recursos

A problemática dos “custos” dos direitos, ou da relevância das questões financeiras e orçamentárias, tem sido objeto de intensa análise por parte da doutrina. Embora a questão deva ser considerada seriamente, por vezes sua compreensão no âmbito da dogmática dos

²⁵ Veja-se, a respeito, SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 593.

direitos sociais é equivocada, motivando posicionamentos que chegam a negar ou restringir indevidamente seu caráter jusfundamental. Assim, é necessário aclarar qual a posição ocupada pela reserva do financeiramente possível na teoria dos direitos sociais, de maneira que não seja utilizada como argumento genérico manejado para se negar a concretização desses direitos. Em outras palavras, é preciso refletir sobre a relevância jurídica que possui tal restrição: como e em que medida a escassez de recursos pode ser utilizada como fundamento que afaste a aplicação da norma de direito fundamental num caso concreto?

Lucas S. Grosman, no livro *“Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución,”*²⁶ busca delinear as situações em que o Estado tem o dever de ofertar uma prestação positiva para efetivar um direito social plasmado pela Constituição – ou seja, quais hipóteses, em termos gerais, obrigam a atuação estatal, independentemente da escassez de recursos. Sua referência é o texto constitucional da Argentina, o que não diminui a fertilidade de sua obra para a análise em ambientes diversos – realizadas as devidas contextualizações, naturalmente.

O referido autor parte de uma premissa: a escassez é um fato que não pode ser negado. Contudo, essa realidade não é suficiente para se determinar que algum direito social tenha sua concretização livremente manipulada pelos órgãos estatais (especialmente Poder Legislativo e Poder Executivo). Assim, Grosman desenvolve um raciocínio que permite balizar a atividade de distribuição de recursos pelo Estado – o que se revela indispensável, notadamente para definir o âmbito legítimo de intervenção judicial nas escolhas alocativas operadas pelo legislador e pelo administrador público.²⁷ Assim, esclarece-se, de antemão, que a reserva do financeiramente possível e do politicamente oportuno ou adequado, embora constituam óbices que podem limitar as possibilidades do julgador, não representam barreira intransponível.

O autor analisa as ações judiciais que versam sobre direitos sociais e que, por conseguinte, têm potencial para gerar decisões de cunho redistributivo. Os casos são agrupados no que Grosman chama de “paradigmas de controle judicial”, que correspondem ao paradigma do abuso, paradigma da inclusão e paradigma da escassez. Cada um deles reclama uma atuação específica dos magistrados.

O paradigma do abuso compreende os casos em que o Poder Judiciário deve reprimir a atuação estatal que importe na violação de direitos individuais.²⁸ São exemplos de casos alocados nesse paradigma: a tortura promovida pelo Estado, a perseguição política, a cen-

²⁶ GROSAN, Lucas. **Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución.** Buenos Aires: Librería, 2008.

²⁷ Ademais, mostra-se imperiosa a necessidade de se fortalecerem mecanismos aptos a conferir grau mais elevado de racionalidade à decisão judicial. Isso porque, como aduz Clèmerson Merlin Clève, “A legitimidade da ação jurisdicional repousa, basicamente, sobre a racionalidade e a justiça da decisão. A decisão judicial deve ser racional e, portanto, controlável racionalmente. Por isso que o Juiz deve, na medida do possível, procurar exercer um controle sobre os mecanismos psicológicos orientadores de sua decisão.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional.** Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 666.

²⁸ GROSAN, Lucas. **Escasez e igualdad... Op. Cit.** p. 37.

sura realizada sobre os meios de comunicação, os impostos confiscatórios, etc. Nessas situações a escassez não possui qualquer relevância normativa, vale dizer, o Estado não pode alegar falta de recursos como argumento válido de defesa perante o Poder Judiciário. Igualmente, não é necessário que os juízes considerem em sua decisão a repercussão orçamentária que decorrerá de eventual condenação do Poder Público.

De qualquer forma, ainda que seja possível o Estado alegar que o abuso por ele cometido tenha causa na falta de recursos (por exemplo, se dispusesse de mais recursos poderia preparar e aparelhar melhor a polícia, que assim não torturaria), esta não será uma justificativa válida. Violado o direito subjetivo, a conduta lesiva deverá ser reprimida. Amolda-se a este paradigma a situação debatida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional qualquer interpretação que entendesse que a antecipação de parto de feto anencéfalo configuraria um dos tipos penais previstos nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal. Assim, ainda que esta decisão tenha impactos financeiros (como a obrigação de o Estado disponibilizar acompanhamento psicológico e físico às gestantes, bem como realizar os procedimentos cirúrgicos necessários), os agentes estatais deverão cumpri-la, sob pena de se lesar a esfera de autonomia individual da mulher que esteja sob aquela condição. Ainda, realizada a antecipação terapêutica do parto, não poderá haver qualquer espécie de persecução criminal relacionada a esse fato, pois tal caracterizaria intervenção abusiva.²⁹

O segundo grupo de casos, agrupados sob o paradigma da inclusão, corresponde às situações em que Estado já tem estruturado determinado órgão ou entidade (estruturas protetoras), dotados de recursos financeiros, que se destinam à realização de algum direito garantido pela Constituição. Nesse paradigma, a atuação judicial tem o fito de evitar que o Poder Público exclua ilegitimamente algum indivíduo do alcance da prestação. São estruturas desse tipo: o sistema judicial, o sistema eleitoral, o sistema de educação, o sistema público de saúde, etc.³⁰

Nas ações judiciais que envolvem estes casos, assim como no paradigma do abuso, não se admite seja invocada a escassez de recursos como justificativa estatal válida para a não prestação da atividade (exclusão de determinado cidadão do âmbito de tutela do direito). Certamente que a quantidade de recursos destinada pelo Estado ao órgão ou entidade será determinante para a sua capacidade de ação. Entretanto, para que o caso seja situado no paradigma da inclusão, o respectivo ente deve dispor de fundos suficientes para proteger os direitos que não foram devidamente tutelados. Havendo estrutura protetora e recursos

²⁹ Sobre a necessidade de o Estado fornecer prestações positivas, ainda que tal não tenha sido objeto da ADPF, veja-se o seguinte excerto do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello: "Ao Estado não é dado intrometer-se [na decisão a respeito da antecipação terapêutica do parto]. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire." BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgada em 12/04/2012.

³⁰ GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdade...** *Op. Cit.* p. 38.

dotados para a proteção do direito, não poderá o Estado valer-se do fundamento de que lhe faltou reserva financeira para justificar sua inação.

O paradigma da inclusão enquadra, notadamente, os casos em que pessoas ou grupos de pessoas são indevidamente excluídos de alguma estrutura estatal protetora. Mas deve-se ter o cuidado de não reduzir esse paradigma às situações em que a exclusão ocorre por motivos discriminatórios. O paradigma é mais amplo que isso. Vale dizer, não é necessário existir uma finalidade discriminatória na ação estatal para que o caso seja abarcado pelo paradigma da inclusão. Em suma, é estritamente objetivo o critério para a alocação de determinada hipótese sob o paradigma em comento (qual seja, a exclusão de determinado sujeito de uma estrutura protetora estatal, mesmo havendo capacidade para incluí-lo). Dito em outras palavras, não é relevante a presença de qualquer elemento subjetivo (dolo, negligência etc.) na conduta para caracterizar a rotulação.³¹

Como exemplo, cite-se a situação hipotética em que alguns usuários do Sistema Único de Saúde (rede de saúde pública brasileira), acometidos por determinada doença, estejam sendo tratados com medicamento específico, de acordo com a diretriz terapêutica traçada para o caso. Se o gestor local do Sistema, por equívoco, deixar de adquirir aquele medicamento por acreditar que não havia mais infectados na região, tal conduta poderá ser reprimida judicialmente.³² Da mesma forma, interpretações equivocadas sobre a diretriz de atendimento integral do SUS têm promovido a exclusão indevida de diversos usuários do sistema público de saúde. Isso porque, pelo fato de suas condições clínicas não se amoldarem às diretrizes terapêuticas previstas, não lhe é fornecido tratamento alternativo eficaz. Ambas as situações narradas podem ser incluídas no paradigma da inclusão.

Se, por outro lado, a concessão de determinado benefício social excede a capacidade da estrutura protetora, o referencial analítico deve ser modificado. Assim, supera-se o paradigma da inclusão, adentrando-se no paradigma da escassez. Muitas vezes as ações envolvendo direitos sociais são albergadas por este paradigma, tendo em vista que a concessão de determinada prestação a um indivíduo pode implicar a negação desse mesmo benefício a outro (em razão da escassez de recursos disponíveis). A função dos magistrados, nesses casos, deve ser a de garantir que a distribuição de recursos operada pelos governantes não permaneça incompatível com as prescrições da Constituição.³³ Esse paradigma compreende as situações em que a prestação material pleiteada não pode ser considerada, de imediato, direito subjetivo dos reclamantes, de modo que eventual decisão judicial obrigaria o Estado ao remanejamento de recursos financeiros para atividades não previstas inicialmente.

O paradigma da escassez situa-se nas hipóteses em que se está diante de bens escassos, ou seja, bens que não podem satisfazer todos os indivíduos que pretendem ter

³¹ GROSMAN, Lucas. *Idem*. p. 39.

³² Ora, estando o agente público vinculado à política pública, em nível de autovinculação, a determinação judicial não significaria qualquer intromissão indevida ou violação à separação dos Poderes.

³³ GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad...** *Op. Cit*, p. 40.

acesso a eles. Desse modo, não se pode dizer, *a priori*, que a não concessão de determinada tutela resulta numa atitude inconstitucional do Estado. Será constatada lesão ao texto constitucional quando a decisão distributiva dos agentes públicos mostrar-se incompatível com ele. O paradigma da escassez, portanto, não é autossuficiente: para resolver os casos sob este rótulo, é necessário recorrer aos valores consignados na própria Constituição.³⁴ São esses valores que dão conteúdo ao paradigma da escassez.³⁵

É justamente a necessidade de se valer de um elemento externo o traço que distingue o paradigma da escassez dos demais paradigmas. Nos paradigmas do abuso e da inclusão não são relevantes as consequências distributivas da decisão, pois existem padrões normativos capazes de demonstrar a existência de direito subjetivo do cidadão. Nessa esteira, simples conduta abusiva ou excludente é determinante para balizar a atuação judicial. Ainda que a decisão nessas hipóteses tenha repercussões financeiras, o Estado deverá garantir as alocações necessárias para assegurar a concretização das prestações materiais já reconhecidas como direitos subjetivos pelo ordenamento jurídico – a intervenção judicial não terá caráter realocativo, apenas determinará as correções necessárias para garantir a oferta daquelas prestações.

Nos casos sob o paradigma da escassez é necessário definir um critério adicional, fundamentado na própria Constituição, que funcionará como parâmetro a partir do qual se pode definir se a distribuição de recursos realizada pelo Estado foi constitucional.³⁶ Lucas Grosman adota a noção de “igualdade estrutural de oportunidades” como critério para se avaliar se a escolha distributiva do governo foi ou não constitucional (o autor fundamenta a escolha desse critério na própria Constituição argentina; não se trata, portanto, de eleição arbitrária, mas devidamente fundamentada). De maneira superficial, por este critério a escolha alocativa feita pelo Estado será constitucional quando contribuir para que a estrutura social seja modificada, permitindo que as pessoas possam disputar em pé de igualdade (ou o mais próximo disso) as oportunidades de satisfação de seus desejos pessoais.³⁷

³⁴ Ressalte-se que o paradigma da escassez não desobriga o juiz a encontrar na Constituição e na ordem jurídico-positiva o fundamento de sua decisão. Assim, o provimento jurisdicional, para ser justo, deverá estar pautado nos *standards* de justiça presentes no próprio texto constitucional. Como ensina Clèmerson Merlin Clève, “o padrão de Justiça, por evidente que não será encontrado em nenhum referencial arbitrário, aprioristicamente deduzido desta ou daquela concepção filosófica, mas, sim, na própria Constituição, quando se trate de uma Constituição Democrática como a brasileira.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 666.

³⁵ GROSMAN, Lucas **Escasez e igualdad...** *Op. Cit.* p. 40.

³⁶ Como alerta Grosman, se os tribunais não definem um critério para sua atuação nos casos do paradigma da escassez, desemboca-se em um vácuo de justiciabilidade, quando nem os demais órgãos judiciais nem os administradores têm ciência dos limites alcançados pelo respectivo direito social. Nesse contexto, segundo o doutrinador, o Poder Judiciário acaba por adotar, ainda que implicitamente, o critério da “ordem de chegada”, quando o acesso ao direito assegurado pela Constituição depende da habilidade de cada indivíduo de chegar aos tribunais em tempo oportuno. GROSMAN, Lucas. *Idem.* p. 63.

³⁷ Para uma análise aprofundada, cf. GROSMAN, Lucas. *Idem.* p. 65-94.

Em suma, o desenvolvimento teórico de Lucas Grosman permite balizar a atuação do magistrado, entabulando padrões que identifiquem se a escassez de recursos é juridicamente relevante no caso sob análise. Em outras palavras, o constructo do autor viabiliza com maior clareza delinear as hipóteses em que a reserva do financeiramente possível pode ser ativada. E apenas nas situações sujeitas ao paradigma da escassez aquela restrição pode ser oposta. Vale dizer, nos casos em que o conteúdo da prestação demandada não se encontra delimitada em termos normativos, seja pela Constituição seja pela legislação ordinária, a reserva do possível poder ser relevante para a decisão judicial.³⁸

Importa destacar, assim, que a atividade conformadora do legislador infraconstitucional permite, progressivamente, superar a indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais, restringindo o impacto da restrição de ordem financeira. É o que ocorre especialmente com o direito à saúde, cuja densidade normativa oferece padrões satisfatórios para a definição, no caso concreto, da pertinência ou não da prestação reclamada judicialmente, diminuindo consideravelmente o espectro de incidência da reserva do financeiramente possível.

4. Considerações finais

A disponibilidade financeira do Estado é um aspecto inafastável para a compreensão a respeito da eficácia e efetividade dos direitos sociais. No entanto, o presente estudo buscou apontar que este elemento não pode ser compreendido de maneira dissociada de outros aspectos da teoria dos direitos fundamentais, sob pena de serem formulados juízos precipitados e inconsistentes. Assim, mais relevante do que se questionar quanto custa eventual pretensão de direito fundamental é perguntar: tal pleito encontra-se albergado pelo ordenamento jurídico? Essa mudança de perspectiva exige, naturalmente, um refinamento dos critérios de análise do direito fundamental em questão. Nessa toada, imprescindível investigar a disciplina normativa do bem pretendido, bem como a validade das decisões políticas sobre a alocação dos recursos públicos. O que não se admite é a utilização do argumento genérico de “ausência de recursos financeiros” para se negar eficácia a norma justfundamental.

5. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

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

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³⁸ Nesse sentido, Jorge Reis Novais aponta que “(...) progressivamente, essa indeterminabilidade de conteúdo dos direitos sociais é superada através da actividade conformadora e densificadora levada a cabo pelo próprio legislador ordinário. Ora, quando e à medida em que essa superação da indeterminabilidade se verifica, reduz-se correspondentemente a força de impacto da reserva do possível (...)” NOVAIS, Jorge Reis. **Direito sociais...** *Op. Cit.* p. 282.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental** (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad**: los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

HOLMES, Stephens; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira**: entre constitucionalismo e democracia. Curitiba, 2009. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: reserva do possível. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PARTE III

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E CONSTITUIÇÃO:
NOVOS PARADIGMAS



LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PÚBLICO

JUAN CARLOS CASSAGNE*

Sumario: Liminar: un merecido homenaje; **1.** Un nuevo escenario en el Derecho Público; **2.** Positivismo y Neoconstitucionalismo; **3.** La constitucionalización del ordenamiento y los nuevos problemas que se plantean; **3.1.** La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos; **3.2.** Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del derecho y de su teoría general; **4.** Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la *summa divisio* como categoría histórica; **5.** Notas y características principales del nuevo constitucionalismo; **6.** La irrupción y auge de las tendencias iusnaturalistas: diversos sentidos del concepto de derecho; **7.** Ley natural y ley positiva: la fuente de la ley natural y el error de base del positivismo; **8.** La justicia: diferentes clases; **9.** La distinción entre moral y derecho; **10.** La estructura del ordenamiento; **11.** Las normas; **12.** Los principios generales: su diferencia con las normas y los valores. Las directivas políticas; **13.** El carácter preceptivo o vinculante de los principios. La distinción entre derecho y principio; **14.** El carácter absoluto o relativo de los derechos; **15.** Características atribuidas al orden jurídico; **16.** Los paradigmas en el derecho público; **17.** La dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos; **18.** Los nuevos paradigmas del derecho público; **19.** El principio *pro homine* y su función ordenadora. La interpretación más favorable (*in dubio pro libertate*); **20.** El principio general de la buena fe; **21.** El principio de la confianza legítima; **22.** El principio de la moral pública; **23.** La necesidad de armonizar los nuevos paradigmas; **24.** Referencias.

* Profesor Titular Consulto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires – UBA (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Fue Director del Instituto de Derecho Administrativo “Profesor Rafael Bielsa” y del Curso de Especialización en Derecho Administrativo (1974-1983), de la Universidad de Buenos Aires. Es profesor visitante de la Universidad de París X (Nanterre-Francia) y de la Universidad de Pau (Francia); de las Universidades españolas Autónoma de Madrid, Salamanca, San Pablo Ceu, La Coruña, Navarra, Valladolid, Escola Galega de Administración Pública; y de varias casas de estudios de Iberoamérica como la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de la República (Uruguay) y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, donde fue honrado con la designación de Profesor Honorario en 1984 por sus “méritos académicos relevantes” en el campo de derecho público. Desde el año 2005 es miembro del Comité Científico de la Universidad de Salamanca en la Argentina. Ha fundado y es Director de la Revista de Derecho Administrativo, publicación trimestral especializada que se edita desde el año 1989. Es Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires e integra el Consejo Académico del Programa Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Es Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ambas de Madrid. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC), con sede en París y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado.

Liminar: un merecido homenaje

Es una tarea que me honra por varios motivos: el afecto, la confianza, la lealtad de una sana camaradería entre colegas que cultivan una misma materia y que defienden los derechos fundamentales de las personas, buscando siempre el equilibrio y la justicia.

En las relaciones humanas siempre hay una causa que las precede y justifica. En nuestro caso, ese vínculo fue el inolvidable maestro don Manoel de Oliveira Franco Sobrinho y a partir de allí fuimos cultivando lo que hoy es una sólida amistad.

Creo que no resulta necesario reiterar los antecedentes y logros académicos de Romeu en Brasil y en América Latina por lo que solo diré las razones de la profunda admiración que siento por él.

La primera condición que advierto en Romeu es su humanismo integral (como diría Maritain) que lo hace sensible a todo lo que concierne a la protección de la dignidad de la persona como centro de todos los derechos. Su amor por la verdad, la valentía y franqueza para exponer ideas, su vocación de servir a los demás revelada por la generosidad con que forma y ayuda a sus discípulos y colegas, son rasgos que revelan las características de una personalidad ejemplar que despierta el afecto de cuantos tienen el privilegio de conocerlo y disfrutan de su amistad.

Se trata de un jurista que detesta tanto la ideologización del derecho como el tímido sincretismo de los que quieren quedar bien con todo el mundo. Tiene opiniones firmes y arraigadas y no le importa que una persona sea de izquierda o de derecha. Lo importante es que sea una persona de bien, un amigo leal pero también leal a la comunidad y a los principios de justicia que deben inspirar la acción del Estado.

Romeu es un jurista brillante. No hay más que leer su magnífico libro que se titula *“Reflexiones sobre el Derecho Administrativo”* (2009) y su no menos lúcido ensayo que publicó acerca del Derecho Administrativo y su relación con el Código Civil, para advertir la gran calidad y profundidad de su pensamiento jurídico.

En esos libros su autor demuestra que el derecho administrativo no constituye un instrumento retórico sino una realidad impulsada por la necesidad de proteger las libertades y satisfacer necesidades sociales, promoviendo y ayudando a las personas, y ante todo defendiendo su dignidad. En otros términos, para la realización del bien común a través de la justicia.

1. Un nuevo escenario en el Derecho Público

La realidad actual muestra que estamos ante un nuevo escenario jurídico constitucional que se proyecta con intensidad a la mayoría de las instituciones del derecho público, particularmente al derecho administrativo. Para explicar lo que acontece se habla de

neoconstitucionalismo¹ y no se puede desconocer que se ha operado un cambio radical en el sistema de las fuentes del derecho, que se refleja tanto en su interpretación como en el papel que cumplen los jueces en el Estado de Derecho.

El fenómeno que se ha generado a través de una transformación paulatina y gradual del sistema del derecho constituye un producto de la propia dinámica del Estado de Derecho que se va nutriendo de nuevas herramientas para realizar sus fines, en un escenario caracterizado por la aceleración del tiempo histórico.

Basta con advertir que el auge que tuvieron los principios generales en algunos países europeos por obra de la jurisprudencia (como la del Consejo de Estado francés)² y en otros, a raíz de la sanción de los nuevos textos constitucionales (vgr. España, Alemania e Italia) originó un proceso en el que prevalecieron distintas corrientes interpretativas que terminaron desplazando la supremacía de la ley como centro del sistema jurídico junto a una serie de dogmas consecuentes que sostenían el cuadro básico del positivismo legalista.

En ese cuadro figuraban desde la limitación del papel del juez a la mera aplicación de la norma, el rechazo de los valores o de la moral como integrantes del derecho, hasta la idea de que la tarea de interpretación consistía más en una operación lógica de subsunción antes que en una ponderación basada en el razonamiento práctico o en la argumentación jurídica, como ahora sostiene. Obviamente, en ese esquema positivista, los principios generales del derecho no tenían cabida y la justicia se consideraba una cuestión metafísica, ajena al mundo jurídico. Los derechos del hombre³ no se fundaban en la ley natural y su vigencia dependía de su reconocimiento por las normas positivas. Sin embargo, al ser el derecho administrativo –en sus orígenes– un derecho especialmente jurisprudencial⁴, fue abriéndose paso mediante la creación pretoriana de sus principios institucionales y sectoriales.

El derecho emanado de los tratados internacionales, en especial sus principios y la doctrina de la convencionalidad, contribuyeron también a sellar el nuevo modelo surgente en el que se afirma la protección de los derechos fundamentales o humanos desde la perspectiva del principio de la dignidad de la persona como centro de un sistema jurídico complejo que prevalece e informa a los demás principios.

¹ Para explicar el fenómeno nos parece más adecuado utilizar la expresión nuevo constitucionalismo en vez de “neoconstitucionalismo” por la carga ideológica que suelen contener las posturas de algunas doctrinas (mezcla de falso progresismo y populismo) y por las consecuencias que, para algunos sectores, puede suponer el empleo del elemento compositivo.

² DEBBASCH, Charles. *Droit Administratif*. París: Ed. Économica, 2002. p. 115 y ss.; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*. 13 ed. París: LGDJ, 2013, p. 267 y ss., expone un nutrido conjunto de principios generales del derecho que resultan aplicables aún en ausencia de texto normativo, desarrollados por el Consejo de Estado a partir de los casos “Dame Trompier-Gravier (1944)” y “Aramú” (1945”).

³ Acerca del significado de los derechos humanos en la Constitución Argentina véase el trabajo de SCHIFFRIN, Leopoldo H. Notas sobre el significado de los derechos humanos en la Constitución Argentina. In: MILLER, Jonathan M; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana (Org.). *Constitución y derechos humanos*. t. 1. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 22 y ss.

⁴ RODRÍGUEZ R., Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis, 2008. p. 22.

La clave que ordena ese sistema jurídico complejo que caracteriza al derecho público utiliza una metodología basada en un enfoque sistémico⁵ (propio de toda ciencia) que enlaza las partes especiales que forman el conjunto de cada rama del mundo jurídico vinculándolas con los principios generales del derecho⁶. En esa línea⁷, el derecho administrativo constituye –dentro del derecho público– un subsistema jurídico⁸.

2. Positivismo y neoconstitucionalismo

A partir de la segunda guerra mundial, la mayoría de los antiguos dogmas cayeron en forma bastante generalizada y uniforme en los principales países europeos⁹. No obstante, no faltaron quienes trataron de rescatar algunos restos del naufragio refugiándose en lo que algunos juristas denominan neoconstitucionalismo, el cual aparece con un rumbo radicalmente opuesto al que practicaban las escuelas positivistas de antaño, a pesar de algunas rectificaciones notables, que se adelantaron a la evolución del pensamiento de esas corrientes filosóficas.

En efecto, en uno de los últimos trabajos de Kelsen se observa un cambio fundamental en su concepción normativa ya que, contrariamente a lo que había afirmado en la *Reine Rechtslehre* de 1960 (en el sentido de que las normas jurídicas eran juicios hipotéticos), sostuvo que los principios lógicos (fundamentalmente el de no contradicción y el de inferencia) no son aplicables a las normas. Como las normas que crea el juez (en el último esquema kelseniano) son, en definitiva, actos reales de voluntad y no juicios lógicos¹⁰, dada la indeterminación conceptual propia del derecho y del lenguaje, así como los inevitables vacíos normativos, el giro kelseniano implica reconocer que el derecho tiene su fuente más en la voluntad creadora del juez que en la subsunción a un esquema lógico formal, lo que abre un ancho cauce para que en la voluntad del juez se cuelen, aparte de las subsunciones de la lógica abstracta, las valoraciones y principios jurídicos provenientes de la ley natural, determinados conforme a las reglas de la razonabilidad práctica (Finnis).

Encandilados con el nuevo esquema que han propuesto algunos de los teóricos europeos del llamado “neoconstitucionalismo” son pocos los que han subrayado que la mayoría de los países de América (fieles en este punto a la tradición y al sistema de la Constitución

⁵ BUNGE, Mario A. **Memorias**: Entre dos mundos. Buenos Aires: Gedisa-Eudeba, 2014. p. 234-237.

⁶ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 1-2.

⁷ MONTAÑA PLATA, Alberto. **Fundamentos de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010. p. 25-26.

⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. 1 ed. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. p. 174-177.

⁹ KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 2007. p. 11 y ss.

¹⁰ LACLAU, Martín, “Relación entre lógica y Derecho en el último período de Kelsen”, LL 1982-B, 699 y ss. Los dos últimos trabajos de Kelsen (Derogación y Derecho y Lógica) fueron traducidos al castellano por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicados en el **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 21, México, 1974, p. 258 y ss.

norteamericana) estuvieron regidos, desde sus orígenes¹¹, por principios de un sistema que, aunque con los vicios y defectos de los nuevos Estados, obedecía a la lógica de una arquitectura constitucional superior que, recién muchos años después, adoptaron las constituciones europeas de posguerra¹².

La superioridad de la concepción americana se basó en cuatro elementos fundamentales que se introdujeron en los marcos de los derechos constitucionales positivos: a) la concepción de la Constitución como norma suprema¹³ que prevalece sobre las leyes ordinarias en virtud de un pacto (basado en el consentimiento del pueblo) que garantiza la estabilidad de los derechos en el marco de una Constitución rígida; b) el reconocimiento en la Constitución de los valores republicanos y derechos fundamentales por encima de la ley ordinaria sobre la que predominan la dignidad del hombre¹⁴ y sus libertades como objetivo central de la vida política¹⁵; c) una justicia imparcial e independiente que aplica e interpreta directamente la Constitución garantizando la limitación de los poderes, que es algo así como la médula del modelo norteamericano; y d) un control de la constitucionalidad de las leyes y de las decisiones administrativas en cabeza del Poder Judicial,¹⁶ que obliga a los jueces a no aplicar las leyes que conculcan la Constitución¹⁷.

Como la obligatoriedad de la Constitución surge, en el sistema norteamericano, (seguido en el resto de América), de una regla que le atribuye a la Constitución el carácter de norma suprema y vinculante, no fue necesario en nuestros países acudir a construcciones como fueron la regla básica de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart¹⁸, para fundar dicha obligatoriedad en elementos extra positivos de lógica formal.

Las bases de ese esquema constitucional permiten afirmar que, para los países americanos, el sistema que los europeos denominan Estado Constitucional de Derecho no es una

¹¹ Véase: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.

¹² PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismos**. 2 ed. Ciudad de México: UNAM-Fontamara, 1997. p. 16, señala dicha circunstancia y aunque no desarrolla el tema es uno de los pocos juristas europeos que lo advierte.

¹³ BREWER CARIAS, Alan Randolph. **Principios fundamentales del derecho público**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2005. p. 13 y ss., apunta que la idea de la Constitución como norma suprema de aplicación inmediata y fundamento del orden jurídico posee una tradición normativa que se remonta a la Constitución venezolana de 1811, véase del mismo autor: **La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo americano**. San José de Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2012. p. 21 y ss.

¹⁴ Ver: DURAN MARTINEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Montevideo: La Ley, 2012. p. 30 y ss.

¹⁵ Cfr. BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. t. 1. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. p. 56.

¹⁶ AMAYA, Jorge Alejandro. **El control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 121 y ss.

¹⁷ SAGUÉS, Néstor P. El control de constitucionalidad en Argentina. In: SABSAY, Daniel (Org.). **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 585 y ss.

¹⁸ Ver sobre el punto el completo análisis de ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos**. 2 ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2015, p. 167 y ss. La obligatoriedad de la ley constituye, por otra parte, un principio de derecho natural.

novedad¹⁹, pues siempre lo tuvieron en sus respectivos ordenamientos desde los comienzos de la Constitución norteamericana. En tal sentido, las nuevas repúblicas de América siguieron este aspecto básico del modelo, no obstante la mixtura con otras fuentes que armonizan con el sistema norteamericano y aún lo profundizan, como la Constitución de Cádiz que tuvo gran influencia en las constituciones de los países iberoamericanos.

El peligro de transplantar este nuevo constitucionalismo europeo a América no se encuentra entonces en la raíz del sistema adoptado sino en la incorporación de otras ideas al proceso de construcción e interpretación del derecho positivo constitucional. Entre ellas, se destacan las basadas en ideologías que conciben el derecho como un mero mecanismo de dominación económica, confundiendo la incuestionable protección de los derechos humanos o fundamentales (en el que la dignidad de la persona constituye el valor supremo) con la socialización del derecho y de la justicia y una pretendida hegemonía cultural que ahoga el pluralismo. El grado máximo de esta tendencia, expresada en diferentes visiones, asigna, básicamente, una absoluta preeminencia a lo colectivo sobre lo individual y al Estado sobre el hombre, desplazando el principio de subsidiariedad. En esa línea, si se atribuye irrestricta prevalencia a la igualdad sobre la libertad y la propiedad, el derecho enfrenta el riesgo de nutrirse de una axiología colectivizante que, llevada al extremo, en vez de procurar la cohesión de la sociedad, introduce la confrontación y el conflicto permanente entre los distintos estamentos sociales cada uno de los cuales busca aceleradamente crecer a expensas de los otros²⁰.

Lejos de suponer que el papel del Estado deba ser siempre neutro su intervención es, por naturaleza, subsidiaria de las fuerzas naturales de la sociedad, lo que no impide que intervenga, positivamente y en forma razonable, con el fin de evitar los abusos del mercado que impidan la libre competencia así como para suplir las carencias sociales de los sectores más necesitados de la población, incluso de los desocupados que no consiguen empleo. A su turno, la justicia social precisa orientarse hacia el bien común, sin discriminaciones irrazonables, mediante una política distributiva destinada a compensar las carencias sociales, de manera de no destruir la espontaneidad de los actores económicos ni la capacidad financiera de cada comunidad. No hay que confundir la política social con los principios generales del sistema jurídico y los derechos fundamentales de hombre, preexistentes a cualquier acto de creación o reconocimiento del Estado o de la sociedad²¹.

¹⁹ Cfr. SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**. Separata de Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008., señala que ciertos aspectos del neo-constitucionalismo no constituyen una novedad para los sistemas inspirados en el modelo constitucional norteamericano (p. 8).

²⁰ La tendencia hacia la socialización o prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos humanos de toda la población se muestra patente en el abuso que hacen los sectores sindicales al utilizar el derecho de huelga en los servicios públicos o esenciales como en el derecho absoluto o ilimitado que conculca otros derechos fundamentales de las personas (trabajar, circular libremente, atender su salud o vida, etc.). Sobre este tema puede verse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Huelga y Servicios Públicos. In: GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. t. 3. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, p. 2011. p. 783 y ss.

²¹ Cfr. ESTRADA, José Manuel. **Curso de Derecho Constitucional**. 2 ed. Buenos Aires: Científica y literaria argentina, 1927. p. 47-49.

3. La constitucionalización del ordenamiento y los nuevos problemas que se plantean

Como parte de un proceso que parece no detenerse hay que advertir que el llamado “neoconstitucionalismo”²² irrumpe en el complejo escenario mundial, con tendencias que van de un extremo al otro²³, gestadas en el marco de la globalización del derecho.

La aparición de esta corriente responde a variadas causas. Desde los cambios, aparentemente neutros provocados en el seno del positivismo y las conversiones transversales de sus antiguos fieles hacia posiciones afines al iusnaturalismo junto a las matrices puramente ideológicas que impulsan la socialización del derecho hasta los que desde una posición trans-positivista intentan diluir la distinción entre positivismo y iusnaturalismo (llevando quizás más agua al molino del primero), el abanico de posturas filosóficas que abarca ese proceso es prácticamente inagotable. Son escasos los trabajos que han intentado la sistematización de las teorías²⁴, asumiendo el riesgo inevitable de no incluir muchos de los variados aportes que impulsan las modas de turno, cuyas posturas suelen ser tan opuestas como contradictorias²⁵. Con todo, aun con la relatividad propia de una tendencia que exhibe algunas fisuras por ciertos efectos disvaliosos que es susceptible de producir (fundamentalmente, la socialización extrema y abusiva de los derechos individuales de las personas), no se puede desconocer que, en el plano del derecho público, viene imponiéndose la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico²⁶, caracterizada por un condicionamiento acentuado de la Constitución sobre la ley ordinaria y la actividad administrativa.

Este proceso supone, como principal efecto, el desplazamiento como dogma absoluto de la presunción de constitucionalidad de las leyes,²⁷ lo que implica un aumento de las facultades de los jueces para controlar a los otros poderes.

3.1 La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos

Al circunscribir las objeciones que merece este proceso de constitucionalización (tarea, por cierto, difícil de llevar a cabo en base a un criterio objetivo) puede decirse que una

²² SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**. Separata de Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008. p. 8 y ss., ha hecho una buena descripción del fenómeno.

²³ KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 2007, p. 9, advierte que es un signo de la modernidad ir de un extremo al otro.

²⁴ HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría General de la interpretación**. Ciudad de México: Porrúa, 2009, especialmente, p. 20 y ss., aborda, en forma exhaustiva, la mayoría de los temas y doctrinas sobre la teoría de la interpretación en la filosofía del derecho y en la teoría general.

²⁵ PÉREZ HUALDE, Alejandro. Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n. 12, 2008. p. 851 y ss apunta, siguiendo a Carbonell, que “bajo el manto del neoconstitucionalismo se cobijan tendencias contradictorias”.

²⁶ GUAISTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006, p. 49.

²⁷ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Supremacía constitucional e interpretación. In: _____. **Sobre Derecho Administrativo**. t. 1. Montevideo: FCU, 2007, p. 273 y ss. Sin embargo, tampoco resulta legítimo sustentar la presunción de inconstitucionalidad de ciertas leyes (relativas a las denominadas categorías sospechosas) pues la inconstitucionalidad debe siempre acreditarse y/o probarse en el proceso.

de las características más cuestionables consiste en elevar la jerarquía de los denominados “*nuevos derechos*”, oponiéndolos a los derechos fundamentales o humanos clásicos del derecho natural, reconocidos positivamente en la casi totalidad de las constituciones decimonónicas. Una de las técnicas que suelen utilizarse para afirmar esa primacía opera a través del planteamiento radical de los conflictos de derechos.

Esta es la principal dificultad que plantea la línea más extrema del llamado neoconstitucionalismo ya que el llamado conflicto de derechos, aparte de afectar el principio de no contradicción²⁸ y, no obstante la dimensión de peso que puedan tener los respectivos principios generales, no tiene en cuenta que cada uno de ellos juega un papel armónico dentro del sistema jurídico, en el cual, en principio, no hay jerarquías dogmáticas predeterminadas sean estas positivas o naturales (con excepción del derecho a la vida y sus derivaciones). El desplazamiento de un principio general por otro no debe ser un acto de puro voluntarismo judicial o doctrinario sino de ponderación de los distintos valores en juego en el caso, conforme a las exigencias de la razonabilidad práctica²⁹.

El fundamento de la teoría sobre la armonización de los derechos reposa en que el derecho, en sentido amplio, es una ciencia social y, como toda ciencia, su conocimiento y práctica deben basarse en un enfoque sistémico para poder alcanzar los fines de justicia y bien común que persigue. La pretensión de imponer, con carácter dogmático, un derecho colectivo sobre un derecho individual implica una interpretación fragmentaria del derecho y va contra la unidad que predica la visión sistémica. Incluso para la teoría que postula la naturaleza dual del derecho³⁰, que reconoce su invalidez sólo cuando se supera un umbral extremo o intolerable de injusticia, la prelación de un derecho sobre otro no resulta posible dado que no existe principio alguno que establezca dicha preferencia. Los derechos no se encuentran en conflicto *a priori* y resulta necesaria su armonización mediante un método adecuado que permita ponderar y reflexionar con sentido práctico para arribar a una decisión justa.

3.2 Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del derecho y de su teoría general

Sin embargo, a favor de lo que suele denominarse neoconstitucionalismo, aunque de manera desordenada (con fundamento en las diversas ideologías de sus cultores), corresponde reconocer que ha sabido conectarse con la ciencia política y con la filosofía y sobre todo, con la teoría general del derecho, para adoptar las nuevas tendencias y técnicas de interpretación de la ley y del derecho. Dichas técnicas, en cualquier caso, no necesitaban una

²⁸ Como lo ha demostrado en TOLLER, Fernando M. Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos. In: CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 138 y ss.

²⁹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 131 y ss.

³⁰ ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 54 y ss., especialmente p. 73 y ss.

nueva escuela para desarrollarse, por la sencilla razón que eran y son también sostenidas por los juristas que profesan un iusnaturalismo actualizado y por juristas del derecho público pertenecientes a otras disciplinas³¹. Como en toda ciencia, la necesidad de acudir al método sistémico no puede soslayarse.

En efecto, en un escenario caracterizado por la primacía de los principios generales y de la interpretación del derecho, las nuevas tendencias no precisaban un movimiento filosófico- jurídico peculiar o típico para desarrollarse³². A la inversa, puede advertirse que fue un movimiento que se gestó *a posteriori* del proceso de recepción de los principios generales nutriéndose tanto de tradiciones y principios de derecho público como de los nuevos preceptos constitucionales de la posguerra europea, en medio de un marcado divisionismo filosófico. En ese contexto, entonces, resulta impensable postular la unidad y persistencia de un fenómeno doctrinario que seguramente evolucionará hacia otros rumbos en el futuro que son, por el momento, difíciles de avizorar.

Porque si bien podría decirse que uno de los pocos acuerdos existentes entre todas las teorías de la filosofía del derecho y del derecho público radica en la defensa del Estado de Derecho y en el mantenimiento de un régimen que lo garantice de una manera efectiva, los desacuerdos surgen, entre otras cosas, en relación 1) a la determinación del contenido o fines del Estado de Derecho (liberal, social o benefactor o subsidiario); 2) a la medida y extensión del régimen garantístico (lo que tiene particular incidencia en el régimen del acto administrativo) y 3) a la tendencia hacia la constitución de un complejo sistema de derecho internacional lejos todavía de alcanzar consenso y uniformidad³³.

4. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la *summa divisio* como categoría histórica

Las diferentes ramas del derecho nunca han tenido una demarcación precisa de sus límites, dado que éstos se mueven al compás de oscilaciones históricas, sociales e incluso, políticas. Repárese, sin más, en la categorización del derecho constitucional como derecho

³¹ Sobre los avances producidos en el seno del derecho procesal con la potencialización del papel de los principios generales, el impulso hacia la tutela judicial efectiva y la protección de los derechos humanos, véase: GOZAINI, Osvaldo A. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. t. 1. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 32. Sobre el iusnaturalismo en el ámbito del Derecho Administrativo, véase: COVIELLO, Pedro José Jorge. Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 13, n. 54, p. 67-99, out./dez. 2013.

³² Tan es así que dos de las más destacados cultores del movimiento post-positivista como Dworkin y Alexy, estuvieron relacionados con la escuela positivista de Hart y para fundar sus teorías no se apoyaron en el constitucionalismo europeo de posguerra. Igualmente, desde el campo del iusnaturalismo, Finnis, de origen australiano, enseñó en Oxford, donde sobresalía la escuela de Hart.

³³ FERRAJOLI, Lucas. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Univ. del Externado, 2000. p. 178. Por ejemplo, entre los países que no aceptan la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional se encuentran las grandes potencias como Estados Unidos y China. En forma paralela, tampoco puede afirmarse que el denominado *ius cogens* se haya totalmente generalizado en el mundo, no obstante que algunos tribunales lo prediquen incluso en contra de preceptos constitucionales expresos (ej. el principio de la irretroactividad de la ley penal).

público a pesar de que su contenido comprende la regulación básica de derechos individuales de naturaleza privada, como el derecho de propiedad.

Por otra parte, la delimitación entre lo público y lo privado y la consecuente sistematización de instituciones y principios no siempre coinciden totalmente en los ordenamientos comparados. Esto obedece a que el derecho público –particularmente el derecho administrativo– constituye una categoría histórica³⁴, al igual que cualquier otra rama del derecho. La historicidad no es patrimonio exclusivo de determinados derechos, sobre todo de los que se gestaron inicialmente como derechos especiales.

Desde una atalaya diferente, la mayoría de los juristas que se ocuparon de esta cuestión en el siglo pasado, probablemente influidos por el prejuicio positivista (Kelsen juzgaba inútil la distinción), no afrontaron la tarea de profundizar las razones y criterios que justifican la clásica *divisio*.

Más extraño aún fue el hecho de que se diera por sobreentendida una *divisio* no basada en elementos que permitieran la determinación de los criterios fundamentales de la distinción, los cuales a la luz de cualquier observador atento y no superficial, resultaba imprescindible determinar para el encuadre de las disciplinas publicistas en los respectivos órdenes jurídicos comparados y en el derecho nacional.

En paralelo, la insuficiencia de las tres principales concepciones que pretendieron fundar la distinción (teoría de los sujetos, del interés público y de los actos de imperio), llevó a algunos autores, como Goldschmidt, a basar la *divisio* en un criterio que tenía como eje el reparto o distribución de los bienes, derechos o ventajas de la relación jurídica sosteniendo que la adscripción al derecho público se producía cuando el reparto se llevaba a cabo en forma autoritaria mientras que lo típico del derecho privado radicaba en la autonomía de los repartos o atribuciones.

De la simple observación de la realidad se desprende que el derecho civil abarca repartos que no son autónomos (las relaciones de familia, por caso) los cuales, cuando está en juego el orden público no son intereses o derechos libremente disponibles (ej. la obligación alimentaria).

A su vez, en el ámbito del derecho administrativo, pueden coexistir repartos autónomos y repartos autoritarios, aun en los contratos más típicos que celebra la Administración, qué hacen a su giro o tráfico normal. Por cierto que la autonomía del reparto ocupa un espacio preferente para los contratistas en los acuerdos bilaterales regidos en punto a su objeto por el derecho privado (vgr. la compra-venta).

El derecho público y, particularmente, el derecho administrativo, constituyen categorías históricas que se nutren con elementos y circunstancias de cada país. Originada en el derecho mercantil, la idea de la categoría histórica no se proyectó a la *divisio*, y existe cierto desinterés teórico en la búsqueda de criterios definitorios por parte de la doctrina que suele

³⁴ Como pensaba Ascarelli con respecto al derecho mercantil.

darlos por sobreentendidos, cuando no niega la división, alegando que la globalización, junto a la influencia del derecho anglo-sajón, han borrado prácticamente las diferencias entre derecho público y derecho privado³⁵.

Pero esa moda, como toda moda, será probablemente pasajera y habrá que ver si en el futuro desaparecen los códigos civiles de los derechos europeos o se unifican sus instituciones con las categorías del derecho público.

Porque mientras los teóricos del positivismo kelnesiano consideraban inútil la distinción, el derecho público desarrolló un formidable sistema propio y autónomo, basado en la estructuración de grandes principios que fueron adquiriendo operatividad, interrelacionándose con el derecho privado a través de la analogía. Desde luego que no puede desconocerse la influencia que ha tenido el derecho civil en el derecho administrativo tanto en la génesis de sus instituciones (vgr. acto y contrato administrativo), como en su desarrollo ulterior, habiéndose afirmado que creció bajo la sombra del derecho civil³⁶.

Al respecto, puede advertirse que el contenido común del derecho público en el derecho comparado, tiene como eje la figura de la potestad pública (descrita por Santi Romano en Italia) que se afirma como institución central del derecho administrativo, la cual por su carácter omnicompreensivo, desplaza a la exorbitancia como criterio que identifica al derecho público³⁷. Por ese motivo, actualmente se habla de régimen administrativo como criterio superador de la exorbitancia.

Con todo, la potestad y las consecuentes prerrogativas, que resultan fundamentales para caracterizar categorías transcendentales como el acto administrativo, no agotan el contenido de la disciplina. Basta señalar la cantidad apreciable de meros actos administrativos o declaraciones que emite la administración, incluso desconociendo derechos adquiridos por el administrado, los actos favorables o de fomento, así como las modernas técnicas de participación y consenso en el procedimiento administrativo, para darnos cuenta que el universo del derecho administrativo es más complejo pues se integra con otros principios y técnicas que no implican el ejercicio exclusivo de la potestad pública. Hay que recordar, por otra parte, que, como decía Ihering, no todo derecho es coactivo siendo la teoría de los actos favorables uno de los ejemplos más típicos del derecho administrativo.

Es verdad que la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los poderes públicos continúa siendo uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho, tras

³⁵ Sobre los criterios de distinción ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 41 y ss.

³⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 15 y ss., explica cómo se formaron las instituciones administrativas en torno a las categorías básicas del derecho civil.

³⁷ Véase: UBAUD-BERGERON, Marion. Exorbitance et droit des contrats: quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif. In : BIOY, Xavier (Org.). **L'identité du droit public**. Toulouse: Presses de l'Université, 2011. p. 229 y ss.

una conquista lograda en una batalla que difícilmente se revierta, especialmente en los derechos americanos y europeos.

No obstante, un derecho público basado exclusivamente en los principios garantísticos se queda corto para cumplir, por sí mismo, con la finalidad de bien común que persigue el Estado, quien tiene que procurar la satisfacción de las necesidades colectivas, con arreglo a los principios de subsidiariedad y de solidaridad, con el objeto de permitir el libre desarrollo de las personas³⁸.

En este plano, la conceptualización, que brinda la doctrina alemana del derecho administrativo, como un derecho constitucional concretizado, representa una suerte de tautología generalizada por cuanto es algo tan obvio que no se puede negar. Lo cierto es que esta definición no permite distinguir el derecho administrativo de otras ramas e instituciones del derecho conectadas también con el derecho constitucional (vgr. el régimen de la propiedad en el derecho civil).

Al propio tiempo, los principios de eficacia y de eficiencia desempeñan un papel fundamental en el campo de la organización de la Administración Pública y al permear en los diferentes procedimientos tienden a mejorar las decisiones, hacerlas, además de razonables, más eficientes, con el objeto de lograr la mayor participación posible de los ciudadanos³⁹ y los consensos sociales indispensables para una buena Administración.⁴⁰

De ese modo, se abren infinitas posibilidades de regulación e incluso de auto-regulación, que provienen de entidades intermedias cuyas organizaciones actúan de un modo independiente, sin subordinarse al poder político de turno.

En ese escenario sobresalen las funciones que cumplen las llamadas autoridades regulatorias independientes, las cuales muestran un desarrollo más abierto y flexible que amplía el ámbito del principio de separación de poderes, en el marco de una realidad en la que interactúan múltiples organismos públicos de control, a los que se les impone respetar los principios de imparcialidad e independencia que han pasado a ser principios supra-nacionales (caso “*Baena*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar**. Madrid: Iustel, 2012, p. 97 y ss., especialmente p. 225.

³⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

⁴⁰ El concepto de buena administración ha sido tratado por: MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 117-149, abr./jun. 2010; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012; RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

En sustitución del antiguo Poder de Policía sobre el servicio público aparece la regulación económica con el objetivo central de promover la competencia. Del Estado prestador se pasa al Estado regulador y garante, en el que cobra una dimensión activa el principio de subsidiariedad, cuando la iniciativa privada no alcanza a cubrir las necesidades colectivas, sobre todo en el campo de la asistencia y de la previsión social.

Como después de una guerra, las fronteras entre lo público y lo privado se corren. Ello se opera al compás de los nuevos requerimientos de la política económica-social que impulsa el Estado moderno y los principios de selección peculiares de la contratación pública se extienden a empresas privadas en sus contratos con los particulares para promover la competencia.

5. Notas y características principales del nuevo constitucionalismo

Como consecuencia de un conjunto de causas concatenadas que, en forma somera, hemos descrito, no se puede desconocer que el nuevo constitucionalismo ha operado un cambio radical en: a) el sistema de las fuentes del derecho; b) la interpretación y la consecuente metodología que acompaña a la hermenéutica; c) la realización efectiva del control de constitucionalidad para afirmar la supremacía constitucional; y d) la consolidación, en algunos Estados, de un derecho supranacional que conlleva la necesidad de efectuar el llamado control de convencionalidad⁴¹.

En ese marco se potencian los sistemas de protección de las personas, que tienen como eje el principio de la dignidad de la persona humana, del cual se derivan una serie de principios o sub-principios (vgr. la buena fe, la confianza legítima, la buena administración, la responsabilidad estatal, la participación pública, etc.).

También aparecen, en el escenario constitucional positivo de muchos Estados (entre ellos, en el ordenamiento constitucional argentino tras la reforma de la constitución de 1994) los nuevos derechos o derechos de incidencia colectiva, tales como los derechos que protegen el ambiente (arts. 41 y 43 CN), la información adecuada y veraz (art. 41 CN), el patrimonio cultural (art. 41 CN) y la competencia (art. 43 CN), los usuarios y consumidores en la relación de consumo (art. 41 y 43 CN), la igualdad real de oportunidades (art. 75 inc. 23 CN) y los derechos de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 CN) entre otros, a los que cabe adicionar los reconocidos en los tratados, particularmente los que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) como por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los arts. 8 y 25 de la CADH.

En la realización efectiva de los nuevos derechos constitucionales subyace una tensión entre la libertad y la igualdad que conduce a la generación de los denominados

⁴¹ HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Interpretación de tratados internacionales tributarios**. Ciudad de México: Porrúa, 2011, especialmente ps. 86-98 y el artículo HALLIVIS PELAYO, Manuel. Elementos para lograr una homologación metodológica del control difuso de constitucionalidad en México. **Revista Pro-Homine**, año 1, n. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 133 y ss.

conflictos de derechos. Aun cuando la fuente de esos nuevos derechos tiene basamento en convenciones internacionales que en algunos Estados poseen jerarquía constitucional y superioridad sobre las leyes (ej. nuestro art. 75 inc. 22 de la CN) lo cierto es que también los clásicos derechos constitucionales de primera generación (e incluso los derechos sociales de segunda generación) tienen también su anclaje en el derecho supra-nacional de los tratados internacionales (vgr. el derecho de propiedad).

Sobre la base del esbozo precedente veamos ahora que es lo que se mantiene y cuáles son los cambios que se han producido, cuya captación requiere tener en cuenta los fenómenos históricos (políticos, económicos y sociales) así como los principios que provienen de la filosofía del derecho y las técnicas interdisciplinarias de interpretación, como la lógica, ya que resulta prácticamente imposible hacer ciencia jurídica sin el acuerdo de una metodología sistemática⁴² y abarcativa de todos los elementos que componen o complementan el conocimiento jurídico.

El nuevo constitucionalismo mantiene a rajatabla el Estado de Derecho cuyo contenido no es más la ideología liberal de antaño sino que, conservando como principio la protección de la libertad frente a las arbitrariedades de los poderes públicos, se orienta a la realización del Estado Social y Democrático de Derecho o si se prefiere el Estado de Justicia. Sin embargo, no es posible soslayar la realidad que exhiben los derechos latinoamericanos como consecuencia de la recepción de los tratados de derechos humanos en sus respectivos ordenamientos, integrando el bloque de constitucionalidad⁴³, lo cual ha venido a ampliar el dogma de la supremacía constitucional.

La democracia pasa a convertirse en un principio general del derecho público, prácticamente absoluto, en sentido contrario al relativismo crítico que sostuvo Kelsen. En efecto, cualquiera fuera el ordenamiento positivo, como éste entraña una verdad relativa, las atrocidades hitlerianas encuentran su justificación en el propio relativismo que cobijaría el principio democrático⁴⁴, aunque sean repugnantes a la ley natural, lo cual constituye un absurdo lógico y político de primer orden.

La afirmación del principio democrático como derivación de la ley natural, en cuanto resulta la forma de gobierno en la que el órgano Ejecutivo y los parlamentarios resultan elegidos por el pueblo, es la que mejor armoniza con la realización del bien común, sin que necesariamente excluya la llamada monarquía constitucional, en la que la figura del Rey simboliza a la Nación a través de la sabia fórmula que prescribe que reina sin gobernar.

⁴² Ampliar en CISNEROS FARIAS, Germán. **Derecho sistemático**. Ciudad de México: Porrúa, 2005, p. 239 y ss.

⁴³ JINESTA LOBO, Ernesto. La construcción de un derecho administrativo común. Reformulación de las fuentes del derecho administrativo con las construcciones del derecho internacional de los derechos humanos. **Suplemento de Derecho Administrativo**, diario del 30 de marzo de 2012, p. 2.

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Buenos Aires: Labor, 1934, p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss., llega a decir que la paradoja de la democracia es darse su sentencia de muerte (p. 144 y ss.) y que todos los metafísicos postulan la autocracia, lo cual es contrario a la verdad histórica ya que basta con el ejemplo que dio la Escuela de Salamanca al rechazar la tesis absolutista sobre el origen divino del poder para demostrar la falsedad histórica en que incurre Kelsen.

Ahora bien, la democracia no funcionaría con justicia y eficacia pudiendo devenir en un gobierno despótico sino tuviera como complemento el principio de separación de poderes y sus corolarios básicos, esto es, el principio de limitación del poder⁴⁵ (como en la Constitución norteamericana, un sistema de poderes limitados) y la independencia del poder judicial con garantías de inamovilidad e imparcialidad⁴⁶.

Este último principio se ha extendido a otros órganos o entes a los que se les asignan funciones regulatorias, incluso de contenido jurisdiccional, interpretándose que los principios de independencia e imparcialidad se extienden a las llamadas autoridades regulatorias independientes⁴⁷. De ese modo, el campo clásico de la separación de poderes se ha ampliado considerablemente y el sistema exhibe una suerte de poderes múltiples⁴⁸ que vienen a complementar, con el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el ejercicio de funciones estatales en base a competencias establecidas conforme al principio de especialización.

El nuevo constitucionalismo reafirma la caracterización de la Constitución como norma suprema y algunos piensan que estamos ante la llamada constitucionalización del ordenamiento, algo que en cierto modo parece redundante en América, en cuyos sistemas se consagró, a partir de la Constitución de los Estados Unidos, el principio de supremacía constitucional.

Por otra parte, con toda la buena intención del mundo muchos sostienen hoy –conforme a la doctrina alemana⁴⁹ que el derecho administrativo constituye un derecho constitucional concretizado lo que nos parece una generalización excesiva al punto que, como antes hemos señalado, de seguirse esa línea de pensamiento, hasta el Derecho Civil sería un derecho constitucional concretizado habida cuenta que se ocupa de reglamentar, entre otros derechos, el derecho constitucional de propiedad.

En ese esquema, producto de la revalorización constitucional, el derrumbe de los dogmas positivistas ha conducido a la potenciación de la función del juez como creador del derecho y no más como un aplicador mecánico de la ley a través de un proceso de subsunción.

A su turno, el reconocimiento de la prevalencia de los principios generales sobre la ley positiva abrió un ancho cauce para las técnicas propias de la argumentación jurídica y al método interpretativo de la ponderación (justificación interna y externa) cuyo adalid ha sido, sin

⁴⁵ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 300 y ss. y comentario de ORREGO en el Estudio Preliminar a la obra de FINNIS (p. 27).

⁴⁶ Vid: VIGO, Rodolfo L. **De la ley al derecho**. 2 ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2005. p. 219-220.

⁴⁷ Caso "Baena" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Público General**. t. 1. 2 ed. Madrid: Iustel, 2006. p. 1197 y ss., describe la diversidad y múltiples poderes de las agencias o comisiones independientes.

⁴⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. **Innovación y Reforma del Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Inap-Global Law Press, 2012. p. 52 y ss.

duda, Robert Alexy⁵⁰. En este escenario, se desarrolla un proceso interpretativo, primero en Alemania y luego en varios Estados europeos y americanos, en el que se adopta y desarrolla el denominado principio de proporcionalidad, descompuesto en tres tipos de juicio que debe realizar el juez en la búsqueda de la solución justa de cualquier controversia, a saber: a) el de necesidad; b) el de adecuación y c) el de proporcionalidad en sentido estricto⁵¹.

Para completar el cuadro de las grandes transformaciones que caracterizan el nuevo constitucionalismo, sobre todo en sus derivaciones positivas y jurisprudenciales, hay que tener en cuenta el abandono de una de las premisas del positivismo legalista que sostenía una separación absoluta entre la moral y el derecho.

6. La irrupción y auge de las tendencias iusnaturalistas: diversos sentidos del concepto de derecho

La pretensión de reducir el fenómeno jurídico exclusivamente a la ley positiva se ha batido en retirada y ya no quedan casi juristas que sostengan los dogmas básicos del positivismo puro. Esa corriente ha cedido a raíz del reconocimiento de la prevalencia de los principios generales⁵², fundados en principios de la ley natural (la justicia, la equidad y otros valores de naturaleza eminentemente moral) (vgr. el principio general de la buena fe). En realidad –como se ha dicho– las nuevas concepciones jurídicas se concentran más en la cultura del derecho que en la cultura de la ley⁵³, en suma, de un derecho público que no prescinde de los fines que persigue el Estado⁵⁴.

A su turno, la progresiva constitucionalización de los principios generales –que abrió paso a nuevas técnicas de interpretación⁵⁵ ha ahondado el declive del llamado positivismo excluyente que, en su caída, ha arrastrado antiguos dogmas. En la actualidad, casi nadie

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 215 y ss.

⁵¹ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **RAP**, n. 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss. Mientras en el juicio de adecuación hay que valorar la idoneidad del fin, en el de necesidad se exige valorar si la medida es la menos restrictiva de los derechos y, por último, el juicio de proporcionalidad supone una valoración entre los medios elegidos, los sacrificios y el interés general, los que deben guardar proporción o, en otros términos, ser razonables.

⁵² Véase: SARMIENTO GARCÍA, Jorge. **Los principios en el Derecho Administrativo**. Mendoza: Diké, 2000. p. 41 y ss; COVIELLO, Pedro J. J. Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino. **ReDA**, n. 62, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007. p. 1088 y ss., y nuestro libro: CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. p. 19 y ss.

⁵³ Véase: VIGO, Rodolfo L. **De la ley al derecho**. 2 ed. Mexico: Porrúa, 2005, p. 3 y ss. describe muy bien el proceso de cambio de la cultura de la ley a la cultura del derecho, en el mundo occidental.

⁵⁴ MONTAÑA PLATA, Alberto. **Fundamentos de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010. p. 46-50, señala que el error en que ha incurrido el positivismo jurídico, de tipo formal, al descuidar la teleología del Estado (p. 49-50).

⁵⁵ CIANCARDO, Juan (Org.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 7 y ss.; HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría general de la interpretación**. México: Porrúa, 2009. p. 304-308.

sostiene que la interpretación y aplicación al caso sea una operación de pura lógica formal que consista en un proceso de subsunción de los hechos a la norma aplicable.

Ello no implica, desde luego, desconocer la utilidad de los estudios llevados a cabo, desde distintas visiones, para desentrañar aspectos trascendentes de la lógica formal aplicados con frecuencia en el campo de la interpretación normativa, como el concerniente a las relaciones entre el derecho y el lenguaje y el relativo a los criterios que presiden el razonamiento y la argumentación jurídica.

¿Qué debe entenderse por derecho? Esta es la primera dificultad que afronta cualquier jurista porque al ser el derecho un concepto multívoco y analógico —que admite varios sentidos no necesariamente distintos ni opuestos— no existe una sola respuesta uniforme que permita establecer un único el sentido del concepto y que éste sea el correcto o verdadero. Así, cuando el ordenamiento o cualquier persona se refieren al derecho hay que indagar, previamente, el sentido de su uso, ya que puede referirse tanto al *ius* del derecho premoderno (lo justo), al derecho subjetivo como facultad o poder, a la ley, al orden coactivo o al conjunto del ordenamiento jurídico⁵⁶. A su vez, con referencia al quehacer de los juristas se ha llegado a afirmar que hacer derecho consiste en “*dar y exigir razones*”⁵⁷. Sin habernos enredado en la discusión filosófica utilizamos también, desde nuestros primeros análisis, el concepto del derecho como facultad (con fundamento en Suárez) que, según Finnis, traduce el lenguaje moderno de los derechos no necesariamente opuesto al *ius* de los clásicos sino más bien usando el concepto desde una perspectiva distinta⁵⁸.

En la dimensión del derecho como concepción ordenadora del mundo jurídico se han impuesto las dos tesis centrales del “*iusnaturalismo*” que predicán, por una parte, que las fuentes del ordenamiento jurídico no se limitan a las de naturaleza positiva sino que comprenden también las fuentes racionales de contenido normativo-jurídico y, por la otra, que no existen compartimentos estancos entre moral y derecho, habida cuenta que éste último contiene “*condiciones de verdad que corresponden a ciertas proposiciones morales*”⁵⁹.

⁵⁶ El concepto normativo del derecho tiene arraigada tradición y es usualmente empleado por todos los filósofos del derecho y por los juristas dogmáticos los que, al propio tiempo, utilizan el concepto de derecho como poder o facultad (derecho subjetivo) que refiere a una realidad distinta. Un ejemplo del uso multívoco se advierte en la obra de FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 38 y ss. De otra parte, la tendencia al empleo de significados unívocos (desechada por Aristóteles) muestra su quiebre en la diferenciación que suele hacerse en modernos sistemas constitucionales, como el español, entre la ley y el derecho. Mientras el término ley se refiere a la legalidad formal y material, el concepto de derecho remite a la justicia o a los principios generales del derecho.

⁵⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas: Dar y exigir razones**. Madrid: Universidad Complutense, 2011, p. 7 y ss.

⁵⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 234 y ss. Sin embargo, se ha destacado también que el gran profesor australiano emplea una definición “focal” del derecho, véase: VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 123 y ss.

⁵⁹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Iusnaturalismo e interpretación jurídica*. In: CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 65, con cita de Michael S. Moore (*Law as a functional kind*).

Por cierto que el “*iusnaturalismo*” constituye una tendencia filosófica que ha desarrollado diversas etapas⁶⁰, cuyo análisis escapa al objeto de nuestro estudio, tanto por la extensión que demandaría su tratamiento como porque la tarea excedería los límites del tema central que abordamos.

A la vista del nuevo escenario descrito, si bien compartimos los enfoques de la Nueva Escuela de Derecho Natural -NEDN-, seguimos manteniendo, en lo sustancial, la adhesión a la teoría trialista de Goldschmidt⁶¹, que concibe al mundo jurídico compuesto por las tres dimensiones que se integran respectivamente por las normas, las conductas y los valores⁶².

En la vereda opuesta militan distintas corrientes filosóficas herederas o emparentadas con el positivismo que han evolucionado fuertemente y que hoy día tienden a hacer más flexible el dogma que reduce el derecho a la norma jurídica admitiendo que, a la hora de repartir o adjudicar derechos, los jueces no están obligados a una aplicación mecánica de la norma legal o principio constitucional, cuya textura abierta conduce a la interpretación judicial creativa⁶³.

Ha sido el gran filósofo del derecho Finnis (buen conocedor desde las entrañas del positivismo) quien, sin desmerecer el derecho positivo, encabeza con mayor rigor lógico-filosófico, el movimiento que propugna los principios del iusnaturalismo basado principalmente en la ley natural, sus valores básicos⁶⁴ y la aplicación de las exigencias fundamentales de la razonabilidad práctica (que enseña las cosas que moralmente pueden y no pueden hacerse)⁶⁵.

En efecto, aunque pueda parecer algo paradójal, la tradición iusnaturalista no busca desplazar al derecho positivo sino hacer que éste sea siempre guiado por reglas y principios

⁶⁰ Véase: SILVA TAMAYO, Gustavo E. Corsi e ricorsi de los principios generales del derecho. **ReDA**, n. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. p. 74-86.

⁶¹ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. especialmente p. 8 y ss., recoge nuestra opinión en el sentido de que la teoría trialista del mundo jurídico constituye un iusnaturalismo actualizado (p. 383).

⁶² Vid FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. t. 1. Madrid: Trotta, 2007, p. 39-40. Así también se desprende del enfoque de Ferrajoli quien, con una acentuada tendencia normativista, se inscribe en la misma línea que el trialismo que unos cuantos años atrás propugnó Werner Goldschmidt, en nuestro país. La teoría del derecho puede convertirse en un punto de encuentro “entre el punto de vista interno propio de las disciplinas dogmáticas, el punto de vista empírico externo propio de la sociología del derecho y el punto de vista axiológico externo propio de la filosofía de la justicia” (p. 39).

⁶³ Sobre el tema, vid: ZAMBRANO, María del Pilar. El liberalismo político y la interpretación constitucional. In: CIANCARDI, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 85, anota que ya está bastante difundida la distinción entre positivismo excluyente (el clásico) y el positivismo incluyente (que reconoce el papel activo del juez en la creación del derecho).

⁶⁴ En el mismo sentido, se habla ahora de un iusnaturalismo humanista como síntesis entre el derecho positivo y el derecho natural que pone el acento más en los principios generales que contienen los valores básicos o fundamentales, que en las normas o reglas positivas; sobre el contenido de esta vertiente ver: SILVA TAMAYO, Gustavo E. Corsi e ricorsi de los principios generales del derecho. **ReDA**, n. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. p. 86 y ss.

⁶⁵ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 134.

morales. Las reglas morales “son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho, convención o mera decisión...”⁶⁶.

Cabe anotar que la obra de Finnis fue elogiada por Hart y contribuyó, en grado sumo, a la revalorización del iusnaturalismo por parte de los positivistas⁶⁷. Según Hart “*el mérito principal y muy grande de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran su judicación (“adjudication”)*”⁶⁸.

Hallaríase incompleto el análisis que venimos haciendo sin una referencia a la definición del derecho que proporciona Finnis, cuando se explaya sobre el que denomina significado focal del concepto de derecho basado en la descripción de sus facetas centrales que, a su entender, está configurado primariamente “por reglas producidas de acuerdo con reglas jurídicas regulativas por una autoridad determinada y efectiva” para una comunidad completa, apoyada por sanciones dispuestas por instituciones juzgadoras guiadas por prescripciones orientadas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad para la realización del bien común⁶⁹.

El pensamiento “finnisiano” es complejo pero, aun cuando revela solvencia filosófica y lógica notables, no siempre resulta preciso en la terminología⁷⁰, sin desconocer que algunas posturas que adopta en su concepción sobre el derecho se encuentran en discordancia con las bases iusnaturalistas que sustenta en su obra.

Tal ocurre –entre otros aspectos- con el concepto de regla que utiliza, con exclusividad, para la definición del derecho, habida cuenta que al limitarlo a las normas (legales o consuetudinarias), como resulta del significado que atribuye al término en diversos pasajes

⁶⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 137, agrega que las exigencias de la razonabilidad práctica ofrecen “una base racional para los legisladores, los jueces y los ciudadanos” (p. 317).

⁶⁷ ORREGO, Cristóbal S. Estudio preliminar. In: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 15.

⁶⁸ HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 11, cit. por ORREGO en el Estudio preliminar a la obra de FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000., p. 15, donde recuerda que HART consideró a la obra de FINNIS como una interpretación flexible del iusnaturalismo que, en muchos aspectos, resulta complementaria a la teoría jurídica positivista (p. 10).

⁶⁹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 304 y ss. La definición del derecho de Finnis es multifacética basándose en una conjunción de reglas e instituciones que interactúan en la realización del bien común, guiadas por características “como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad y el mantenimiento de la reciprocidad” entre los ciudadanos entre sí y con las autoridades legítimas. La construcción “finnisiana” encierra un significado focal que se apoya en exigencias de la razonabilidad práctica, en determinados valores básicos y “en ciertas características empíricas de las personas y sus comunidades” (p. 304).

⁷⁰ VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 131.

de su obra,⁷¹ quedarían fuera del concepto de derecho nada menos que los principios generales, sobre todo los que considera principios de segundo grado que enuncia y enumera en forma abarcativa y precisa⁷².

Por ese motivo, para salir del mar de promiscuidad⁷³ que genera la caracterización de lo que es una regla parecería más adecuado definirla como un género que comprende tanto a los principios generales como las normas en sentido estricto⁷⁴, cuya configuración jurídica describimos más adelante.

Otro tanto acontece con la nota relativa a que el derecho regula su propia creación en cuanto ello implica caer en el formalismo jurídico pues si no hay derecho más que cuando se dictan reglas jurídicas regulativas por una autoridad determinada y efectiva, no tendrían cabida en el sistema jurídico los principios generales del derecho fundados en preceptos morales ni la costumbre.

Por otra parte, suponer que el derecho es un sistema basado en la sanción representa una concesión innecesaria al positivismo ya que quedan afuera del concepto de derecho los repartos autónomos, los actos favorables y los actos de coordinación. Esta postura de FINNIS, en muchos pasajes de su conocido libro, no distingue entre sanción y *vis* coactiva. El uso de la fuerza que entraña todo orden coactivo es su última *ratio* y no su esencia ya que el cumplimiento de los actos por los particulares se lleva a cabo, normalmente, sin apelar a la coacción, además de que el uso de la fuerza puede proceder tanto para ejecutar una sanción como para obtener el cumplimiento de un contrato o de un acto jurídico, el cual, en principio y salvo casos de excepción (por ej. demolición de edificios que amenazan ruina) compete a los jueces⁷⁵.

Más adelante volveremos a ocuparnos de estos aspectos al abordar, con sentido crítico, algunas de las características atribuidas al orden jurídico.

Las críticas precedentes a la definición focal de Finnis no impiden reconocer que el derecho “cuando cada uno de estos términos” (se refiere a los elementos de la significación focal del derecho) “*se realiza plenamente*”⁷⁶, afirmación que debería limitarse a dos de los componentes centrales de la definición constituidos a nuestro juicio por la exigencia de la

⁷¹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 182, 219, 285, 307-308, etc.

⁷² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 315.

⁷³ Una prolija descripción de la disparidad existente puede verse en: POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Lima: Palestra, 2011, p. 75-117. Para un sector de la doctrina, la norma es el género y los principios y las reglas son normas en cuanto fijan una orientación para la acción o para el juicio, vid ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Trotta, 2014, p. 183.

⁷⁴ Cfr. VIGO, Rodolfo L. **Los principios jurídicos**. Buenos Aires: Depalma, 2000, y del mismo autor **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 131, nota 177.

⁷⁵ Cfr. nuestro libro CASSAGNE, Juan C. **El acto administrativo**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 366-367.

⁷⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 305.

razonabilidad práctica cuando se resuelve cualquier problema de coordinación, y por su contenido axiológico que refiere al bien común como objeto, en definitiva, de la justicia⁷⁷. El bien común, que se expresa a través de conceptos jurídicos indeterminados (como interés público o bienestar general) constituye el “*conjunto de condiciones que capacita a cada uno de los miembros de la comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores) por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad*”⁷⁸.

En la misma corriente “no positivista” se ubica la tesis de Alexy sobre la naturaleza dual del derecho, que ha retomado, en este punto, las banderas clásicas de la teoría del derecho natural. Con un enfoque moderno sostiene que existen propiedades necesarias del derecho que pertenecen a su dimensión real o fáctica (como la coerción) mientras que otras propiedades como la pretensión de corrección del derecho (como fuente de la relación entre moral y derecho) es constitutiva de la dimensión ideal, que permite descubrir los umbrales externos de injusticia (según la conocida fórmula de Radbruch) los cuales, cuando se traspasan, invalidan el derecho⁷⁹.

7. Ley natural y ley positiva: la fuente de la ley natural y el error de base del positivismo

En la actualidad, ya fuera porque resulta evidente para un sector del iusnaturalismo distinguir la ley natural de la ley positiva o bien porque se considere –conforme al positivismo legalista de matriz kelseniana- que la ley natural es de inspiración metafísica que, por fundarse en la naturaleza, es algo extraño al derecho que debe ser depurado de elementos ajenos a la norma legal positiva, lo cierto es que los filósofos del derecho, con excepción de la Nedn y sus seguidores⁸⁰, no han prestado debida atención al examen más o menos exhaustivo de este punto. Sin la pretensión de profundizar en el tema (lo cual excedería el propósito que perseguimos) haremos una serie de reflexiones básicas con la idea de captar su problemática central en sus grandes rasgos.

Mientras hay bastante acuerdo entre los filósofos del derecho en cuanto a que la ley positiva es la que resulta promulgada por el legislador, en sentido formal y material, y por el ejecutivo, cuando éste ejerce una función materialmente legislativa (ej. los reglamentos);

⁷⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 198 y Vigo, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 134.

⁷⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 184.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 89 y ss.

⁸⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 68 y ss.

para los iusnaturalistas, en la vereda opuesta al positivismo, toda ley positiva debe ser conforme a la ley natural⁸¹.

La diversidad de concepciones formuladas sobre el derecho natural ha sido campo propicio para las críticas que recibió del positivismo, principalmente el propugnado por Kelsen quien, por no dominar el panorama del derecho natural de la escolástica, generalizó una serie de errores que se gestaron “a posteriori” en las tendencias del iusnaturalismo. La mayoría de esos errores y críticas han sido refutados por la Nedn, particularmente en la obra de Finnis⁸², con una profundidad filosófica y lógica remarcable.

El error básico de Kelsen sobre el derecho natural estriba en sostener que la norma fundante del derecho natural presupone una norma que diga “*deben obedecerse las leyes de la naturaleza*”⁸³, lo que traduce un juicio equivocado.

Han sido muchos los partidarios del derecho natural que antes y después de Kelsen incurrieron en ese error (repárese nada más en Villey) y carece de sentido criticarlos y traerlos a colación porque en vez de refutar al gran filósofo austríaco convalidaron su equívoco.

Los estudios hechos en el marco de la Nedn han revalorizado el pensamiento de Tomás de Aquino sobre el punto, además de actualizarlo y explicarlo en clave entendible por la modernidad.

El Aquinate jamás sostuvo que el derecho o ley natural se fundaba en la naturaleza, ni siquiera en la naturaleza humana en sí misma, sino en el orden impuesto por la razón natural que, en definitiva, se funda en el principio de razonabilidad, habida cuenta que todo hombre posee “*la inclinación natural a actuar según razón*” y que esto implica obrar en forma virtuosa⁸⁴.

En ese sentido, la interpretación que hace Finnis sobre los textos de Tomás de Aquino demuestra lo afirmado precedentemente al señalar que “*el criterio de conformidad o contradicción respecto de la naturaleza es la razonabilidad*”⁸⁵:

Y así todo lo que es contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza de los seres humanos en cuanto tal; y lo que es razonable está conforme con la naturaleza humana en cuanto tal. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano consiste en estar fuera del orden de la razonabilidad... De

⁸¹ Véase: GOLDSCHMIDT, Werner. **Instrucción filosófica al derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. con citas de Tomás Aquino y de Suárez.

⁸² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 66 y ss.

⁸³ KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011. p. 231.

⁸⁴ S.T. I-II, q. 94, a.3, en AQUINO, Tomás de. **Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Ciudad de México: Porrúa, 1975. p. 28.

⁸⁵ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 69; MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. p. 34-37, analiza en profundidad los principales errores de Kelsen sobre lo que Tomás de Aquino entendía por ley natural.

modo que la virtud humana, que hace buena a la persona humana y a sus obras, está conforme con la naturaleza humana sólo en cuanto [tantum... in quantum] está conforme con la razón; y el vicio es contrario a la naturaleza humana solo en cuanto es contrario al orden de la razonabilidad.

En otras palabras dice Finnis, “para Tomás de Aquino la manera de descubrir que es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá, al final, hasta los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino solo al bien humano. Del principio al fin de sus exposiciones sobre ética, las categorías primarias para Tomás de Aquino son lo “bueno” y lo “razonable”, lo “natural” es, desde el punto de vista de su ética, un apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica, no un instrumento con el cual moverse hacia o desde los *prima principia* per se nota prácticos⁸⁶.

Una interpretación similar sobre el pensamiento tomista en este punto hizo con anterioridad Goldschmidt, aunque el desarrollo que efectuó no puede compararse al rigor argumentativo de Finnis, señaló que la *lex naturalis* es aquella parte de la ley externa que resulta conocible a los hombres mediante la razón y que “*su principio supremo estatuye: hacer lo bueno y no hacer lo malo*”⁸⁷.

Esta coincidencia de Goldschmidt con la interpretación de Finnis⁸⁸ sobre la obra de Tomás de Aquino resulta notable no solo por haberla efectuado con bastante anterioridad (la primera edición data de 1960) sino por extenderse a la concepción sobre la ley humana o positiva, la cual, según el maestro austríaco y profesor argentino tras la segunda guerra mundial, se desprende de la ley natural “*de dos maneras: por conclusión y por determinación. Las conclusiones deducidas de la “lex naturalis” son uniformes” ... “las determinaciones, al contrario, conceden un espacio de libertad dentro del cual caben lícitamente diferentes regulaciones*”⁸⁹.

Debe quedar claro, entonces, que en el pensamiento de la Nedn la ley positiva deriva siempre del primer principio⁹⁰ del derecho natural que manda hacer el bien y evitar el mal⁹¹, principio que preside un sistema complejo que poco tiene que ver con la norma básica que

⁸⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 69.

⁸⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973 p. 476.

⁸⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 311 y ss.

⁸⁹ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973p. 477.

⁹⁰ Cfr. Puy, Francisco. **Teoría científica del derecho natural**. Ciudad de México: Porrúa y Universidad Panamericana, 2006. p. 238.

⁹¹ AQUINO, Tomás de. **Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Ciudad de México: Porrúa, 1975. I-II, ej. 94, a. 2 puntualiza que “...sobre este precepto se fundan todos los demás preceptos de la ley natural: o sea que (todo aquello que ha de hacerse o evitarse cae bajo los preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica puede captar que tales actos son bienes humanos”.

Kelsen ubicó en la cúspide de su pirámide jurídica. Esta norma de clausura del sistema kelseniano carece por cierto de positividad, ya que su naturaleza es más bien sociológica, como lo reconoce el propio Kelsen al definirla como “*el hecho fundante de la producción del derecho*”, admitiendo que se trata de una norma presupuesta que puede ser designada “*como constitución en sentido lógico jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo*”⁹².

Como puede advertirse, en el sistema kelseniano la norma básica no es impuesta sino presupuesta y, por tanto, no tiene nada de positiva aunque lo peor sea que, a consecuencia de la misma, “*cualquier contenido puede ser derecho*”⁹³ (vgr. normas de la dictadura nazi dirigidas al exterminio de judíos). Para el positivismo, la ley no puede ser moral ni inmoral, es amoral; la justicia es lo que la ley positiva estipula y el poder público tiene siempre razón⁹⁴.

En el sistema “no positivista” – en cambio – no tiene cabida una norma opuesta a la justicia la que se condensa en el primer principio antes señalado⁹⁵ y en los principios generales del derecho de primer y segundo grado⁹⁶, los cuales conforman un sistema de fuentes que se completa con las normas positivas y no al revés. Los principios generales interactúan sin que exista una prevalencia de unos sobre otros, lo que no obsta a reconocer la distinta dimensión de peso que pudieran tener para poderlos ponderar y armonizar con miras a la realización del bien común, salvo aquellos que se definan como derechos prácticamente absolutos, como el derecho a la vida (ya que salvo por el ejercicio de legítima defensa no es lícito provocar la muerte de una persona).

Como conclusión podemos decir que mientras el positivismo puro encorseta el derecho en un sistema lógico-formal basado en normas positivas, excluyendo del mismo la justicia⁹⁷, la moral y los consecuentes principios generales del derecho, el iusnaturalismo, particularmente a través de la Nedn, se revela como un sistema más amplio y abierto, que se

⁹² Vid KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011. p. 206.

⁹³ Cfr. KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011. p. 207.

⁹⁴ Cfr. BUNGE, Mario A. **Filosofía política**. Buenos Aires: Gedisa, 2009, p. 346, anota que tanto Carl Schmidt como Hans Kelsen justificaron el asesinato de Ernst Roehm y sus camisas pardas en el año 1934 por orden de Hitler y afirma que pese a su declarada neutralidad, “el positivismo jurídico es crudamente inmoral” y que “esa es la razón de que el positivismo jurídico haya sido la filosofía del derecho oficial de la Alemania nazi como de la antigua Unión Soviética”.

⁹⁵ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. p. 38, afirma el carácter normativo del primer principio del derecho natural refutando la crítica de la filosofía analítica que suponía que Tomás de Aquino extrapolaba los principios del derecho natural de proposiciones descriptivas basadas en los rasgos de la naturaleza humana. En realidad, señala Massini Correas, la tesis de Hume en el sentido que “*de proposiciones meramente enunciativas solo podía seguirse una proposición normativa*” fue coincidente con el pensamiento de Tomás de Aquino (p. 38).

⁹⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 131 y ss.

⁹⁷ Uno de los grandes filósofos argentinos no concibe cómo el positivismo excluye a la justicia de la teoría del derecho, cuando es su principal objeto. Ha señalado también que la ciencia busca la verdad, es explicativa y que “es legal, es decir, esencialista: intenta llegar a la raíz de las cosas”; véase: BUNGE, Mario. **La ciencia, su método y su filosofía**. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1975, ps. 28/34.

nutre con el aporte interdisciplinario de otras ciencias y disciplinas permitiendo así enriquecer las determinaciones positivas, a condición de que no trasgredan los principios básicos de la justicia, en suma, del derecho natural.

De ese modo, se acrecienta el papel del juez en la creación del derecho reafirmandose los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional los cuales constituyen principios generales del derecho público que los otros órganos del Estado no pueden alterar con leyes y/o el dictado de actos administrativos de alcance individual o generales (en sentido estricto: reglamentos).

8. La justicia: diferentes clases

La teoría de la justicia constituye una condición esencial para la comprensión y construcción sistémica de la dogmática jurídica, particularmente desde la visión de la nueva escuela de derecho natural (Nedn) a la que adherimos.

De acuerdo con el pensamiento que desarrolla Finnis al seguir y actualizar con un sentido moderno (sin variar lo esencial) las concepciones de Aristóteles y Tomás de Aquino, la justicia se configura como “un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común, en comunidad”⁹⁸.

Ahora bien, la justicia constituye un complejo integrado por tres elementos que pasamos a sintetizar: a) se trata de una relación inter-subjetiva o inter-personal, es decir que revela una orientación hacia otra persona; b) contiene un deber o el mandato de cumplir lo debido (*debitum*) o sea lo que es propio, suyo de cada persona o, al menos, lo que se le adeuda en justicia y, c) implica una relación de igualdad en un sentido analógico: igualdad proporcional en relación a la cosa (aritmética) o igualdad en proporción al mérito o necesidad de una persona (geométrica)⁹⁹.

En la construcción de Tomás de Aquino se reconocen dos grandes especies de justicia que en sus grandes rasgos se inspiran en la concepción aristotélica (justicia legal y correctiva). En un sentido abarcativo (de ahí su denominación) la justicia general comprende la ordenación de todas las relaciones humanas al bien común (que no se debe confundir con el patrimonio o acervo común de una determinada comunidad pública o privada). El bien común es el bien de todos y el de cada uno y por ese motivo todas las especies de justicia (aún la particular) deben orientarse a la realización del bien común.

La otra dimensión de la justicia es la particular que admite la subdivisión en justicia distributiva y conmutativa. La primera comprende las relaciones que vinculan a una comunidad (pública o privada) con los individuos e incluye tanto los deberes de los miembros

⁹⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 191.

⁹⁹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 191-194.

hacia la comunidad (v.gr. las cargas públicas o la obligación de abonar una cuota social en una asociación privada) pues el concepto de comunidad no se circunscribe al Estado¹⁰⁰. En estos casos, la relación de igualdad es proporcional al mérito, necesidad u otros criterios distributivos¹⁰¹.

La segunda especie de justicia es la conmutativa que se refiere a los cambios (no sólo a los intercambios) que se producen en las relaciones entre dos personas (incluso entre personas públicas y privadas) y en ellas la igualdad se realiza siempre en proporción a la cosa y no a la persona (proporción aritmética)¹⁰².

Por tales razones, no es posible identificar la justicia legal ni la distributiva con el Estado¹⁰³ ni, por derivación, la justicia distributiva con el derecho público¹⁰⁴, confusión que proviene de la clasificación triádica que formuló el Cardenal Cayetano al sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado¹⁰⁵. Ese error en que han caído algunos autores que identifican el derecho público con la justicia distributiva obedece a suponer que cuando Tomás de Aquino se refiere al todo o la comunidad se está refiriendo al Estado¹⁰⁶ cuando la realidad indica que la justicia distributiva -como relación entre el todo y las partes- puede darse en comunidades no necesariamente estatales (v.gr. asociaciones mutuales, familia, sociedades intermedias, comunidad internacional, etc.)¹⁰⁷.

Esa realidad demuestra, por otra parte, que las relaciones de justicia particular (distributiva y conmutativa) se presentan y desarrollan en planos distintos al correspondiente al derecho privado y al derecho público y que, en ambas ramas, pueden darse relaciones de justicia distributiva y de justicia conmutativa. Por lo demás, como señaló Tomás de Aquino, la restitución o compensación debida para restablecer la igualdad debe efectuarse con arreglo

¹⁰⁰ Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.

¹⁰¹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 195-206, especialmente p. 202 y ss.

¹⁰² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 216 y ss., da como ejemplo de justicia distributiva la institución de la quiebra que pertenece al derecho privado (ps. 216/221). Mientras la justicia distributiva busca compensar a todos los que sufren daños relevantes el modelo de justicia conmutativa busca compensar a quienes fueron lesionados por el acto de quien no cumplió con sus deberes de cuidado y respeto por la persona dañada (p. 209).

¹⁰³ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 213 y ss.

¹⁰⁴ BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 213 y ss.

¹⁰⁵ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 213 y ss. afirma que "según la opinión de Tomás de Aquino cualquiera que esté a cargo del 'acervo común' tendrá deberes de justicia distributiva; de aquí que cualquier propietario puede tener tales deberes..." puntualizando además que también el Estado y sus funcionarios tienen deberes de justicia conmutativa (p. 214).

¹⁰⁶ ROSSI, Abelardo F. **Aproximación a la justicia y a la equidad**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000. p. 22.

¹⁰⁷ ROSSI, Abelardo F. **Aproximación a la justicia y a la equidad**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000. p. 22. En la justicia distributiva, dice Rossi, la medida del derecho de la parte no depende de un valor fijo compensatorio proporcional al valor de la cosa o de otro valor fijo "sino de la proporción entre personas (partes) en el todo y el quantum de los bienes comunes distribuíbles" (p. 38).

a los criterios de proporción de la justicia conmutativa (v.gr. expropiación por razones de interés público, responsabilidad por actividad legítima, etc.).

Esta sucinta explicación que hemos hecho quedaría incompleta de no reconocer que, en el escenario de la justicia, suele utilizarse también la categoría de la justicia social¹⁰⁸ la que indica una orientación hacia la realización del bien común (y en esto participa de la justicia general), a lo debido por la comunidad a otros semejantes que necesitan tener condiciones de vida digna como a las cargas impuestas para satisfacer las necesidades sociales que sean compatibles con el bien del conjunto de la comunidad y de las personas individualmente consideradas, en definitiva, con el bien común, no circunscribiéndose a una sola especie de justicia¹⁰⁹, sino que las agrupa todas, siendo más bien un criterio de orientación jurídica¹¹⁰ y política.

9. La distinción entre moral y derecho

Se trata del antiguo y clásico debate entre el positivismo y el iusnaturalismo que dividió durante mucho tiempo a la doctrina jurídica, en el cual al partir de bases e ideas diferentes, nunca lograron ponerse de acuerdo¹¹¹. Los positivistas puros, aunque reconocían la existencia de una moral objetiva o social¹¹², consideraron siempre que el derecho era algo distinto a la moral, y no obstante reconocer que los preceptos positivos se fundaban en principios morales, negaban la configuración de principios generales del derecho como base y fundamento del orden normativo, apoyándose solo sus fuentes formales. En ese contexto, y frente a la insuficiencia del positivismo legalista para detener los abusos de las dictaduras europeas (que impusieron el nazismo y fascismo sobre la base de un legalismo formal), fueron muchos los juristas que se convencieron de la necesidad de acudir a los principios generales y de incorporarlos a las constituciones, abriendo así nuevos cauces de creación por parte de la doctrina y de los jueces, que permitieron configurar nuevos principios tanto generales como institucionales o sectoriales.

¹⁰⁸ Ver y comparar: BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 151-154.

¹⁰⁹ MESSNER, Johannes. **Ética social, política y económica a la luz del derecho natural**. Madrid: Rialp, 1967. p. 505.

¹¹⁰ BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 154.

¹¹¹ Vid LECLERCQ, Jacques. **El derecho y la sociedad**. Barcelona: Herder, 1965. p. 40 y ss., GRANNERIS, Giuseppe. **Contribución tomista a la teoría del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 1977, p. 43 y ss.

¹¹² La moral y el derecho no se hallan totalmente separados pues operan como círculos concéntricos. Aún cuando se reconozca la división que hizo Hegel entre moral subjetiva y objetiva y que el derecho tiene por objeto, fundamentalmente ésta última, la protección de la conciencia individual no es ajena al orden jurídico. Es cierto que hay valores que no pueden ser objeto directo de normas jurídicas ni prescribir mandatos positivos, como la amistad y el amor a la patria, pero hay siempre mandatos negativos que los protegen. En definitiva, la integración de la moral en el derecho se lleva a cabo, en la actualidad, a través de la recepción en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia de los principios generales del derecho, se encuentren o no incorporados al ordenamiento positivo. La fuente de los citados principios se encuentra tanto en la Constitución y las leyes como en la doctrina, en la costumbre y en la jurisprudencia y en esto radica la principal diferencia con el positivismo legalista.

Paralelamente, el dogma de la plenitud del ordenamiento pronto se agotó en ese esquema y fue reemplazado por el papel creativo del juez que aplica esos principios generales mediante la técnica de la ponderación.

En definitiva, si la moral o ética¹¹³ está ligada al ámbito de los valores, a los cuales se somete, y si el orden jurídico (que no es más solo el orden normativo) acepta la superioridad de principios generales que contienen valores como fundamento del ordenamiento, es evidente que no se puede sostener que el valor sea algo extraño al derecho¹¹⁴.

Ese panorama se proyecta, como no podría ser de otro modo, a la teoría y, consecuentemente, al régimen del acto administrativo, a través de los principios generales que juegan como mandatos que debe acatar la Administración y que están, incluso, por encima del sistema normativo. Así, la configuración del ordenamiento jurídico cobra una nueva dimensión al ampliarse significativamente el clásico bloque de legalidad. En efecto, tras la recepción de los principios generales en los derechos públicos internos de los Estados, ya fuere por la jurisprudencia o por las respectivas constituciones, el fenómeno de la globalización y, en su caso, la prevalencia de los derechos supranacionales, generaliza principios morales¹¹⁵ que pasan a constituir nuevos paradigmas del derecho administrativo y público en general, en el curso de un proceso que favorece la creación por parte de los jueces del derecho, el cual termina caracterizándose por una integración entre elementos estáticos (los principios generales) y dinámicos (los nuevos paradigmas e instituciones).

La aparición de estos nuevos paradigmas, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica, trae consigo la caída de antiguos dogmas que estaban anclados en una concepción autoritaria del derecho público, aunque la tarea de erradicarlos no corra pareja en los diferentes sistemas comparados ni la transformación se proyecte de la misma manera en cuanto a su intensidad.

10. La estructura del ordenamiento

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios¹¹⁶. Suele decirse (alguna vez utilizamos esta expresión) que las normas representan la faz positiva del ordenamiento, a cuya cabeza se encuentra la Constitución como norma suprema y obligatoria (art. 31 CN). En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir primero qué es

¹¹³ Consideramos que la ética y la moral son sinónimos, conf. COVIELLO, Pedro J. J. Reflexiones sobre la ética pública. *Revista Ius et Veritas*, n. 48, Buenos Aires, 2010. p. 223 y ss., con cita de MARITAIN, Jacques. *Introducción general a la filosofía*. 8 ed. Buenos Aires: Club de Lectores, 1949, p. 229 y ss.

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. Río de Janeiro: Forense, 2009. p. 77 y ss., destaca el resurgimiento de los principios y la superación de los errores históricos del positivismo legalista.

¹¹⁵ COVIELLO, Pedro J. J. Reflexiones sobre la ética pública. *Revista Ius et Veritas*, n. 48, Buenos Aires, 2010. p. 225, afirma con razón, la unidad de la moral y señala que no puede predicarse que entre la ética pública y la ética privada existan ámbitos estancos, sin perjuicio del principio de reserva privada del art. 19 de la CN.

¹¹⁶ Para un sector de la doctrina española el ordenamiento se integra también con elementos no normativos de naturaleza sociológica (comportamientos, convicciones sociales, etc.).

una norma y qué constituye un principio jurídico¹¹⁷. La tarea si bien puede aparecer dotada de cierta complejidad ante las múltiples concepciones y definiciones existentes,¹¹⁸ resulta relativamente sencilla si nos atenemos a los conceptos básicos que proporcionan la lógica y la filosofía del derecho.

De ahí en más, cabe advertir que la positividad no es patrimonio exclusivo de la norma legal habida cuenta que es posible de crearla por vía consuetudinaria o jurisprudencial y algo similar acontece con los principios que pueden hallarse o no incorporados al ordenamiento legal positivo.

Hay también una jerarquía entre las normas. La norma constitucional prevalece sobre la que tiene su fuente en la ley y lo mismo acontece con respecto a las normas de los tratados que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), que son obligatorias y vinculantes, al igual que los principios que prescriben.

11. Las normas

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: a) la descripción del supuesto de hecho, b) el mandato (o cópula que expresa el deber ser) y c) la consecuencia jurídica. Esta es, digamos, la concepción clásica sobre la norma que, desde luego, admite una serie de matizaciones, según el tipo de normas y las características peculiares de cada disciplina. Por ejemplo, el mandato, en el derecho penal suele hallarse implícito¹¹⁹ y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (vgr. el interés público)¹²⁰ que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica. También, sobre todo en el derecho administrativo, es posible atribuir a la Administración, salvo en materia de sanciones de naturaleza penal (o de actos de gravamen, en general), el poder de utilizar la facultad discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad. Por cierto, que la atribución legal o reglamentaria de la discrecionalidad de la Administración se encuentra sometida siempre a un control judicial pleno y efectivo para garantizar los derechos de las personas que es el fin principal de la separación de los poderes.

¹¹⁷ Al referirnos a los principios jurídicos entendemos por tales los principios generales de todo el derecho y los de las distintas ramas, particularmente los pertenecientes al derecho administrativo.

¹¹⁸ Véase: VALIM, Rafael. **O princípio de segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 35 y ss.

¹¹⁹ El artículo 79 del Código Penal prescribe que "se aplicara reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este Código no se estableciera otra pena". El supuesto de hecho es la acción de matar a otro (se entiende a una persona), la consecuencia o sanción jurídica la pena de reclusión o prisión y el mandato legal implícito es la prohibición de matar a otro. Los mandatos penales son casi siempre negativos aún cuando prescriben también mandatos positivos como en los llamados delitos de omisión en los que el sujeto debe actuar por imperio de la ley y omite hacerlo (vgr. el delito de abandono de personas prescripto en los arts. 106 y 108 del Código Penal).

¹²⁰ Véase: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar**. Madrid: Lustel, 2012, p. 97 y ss.

12. Los principios generales: su diferencia con las normas y los valores. Las directivas políticas

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas “*con similar propósito de precisión*”¹²¹, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción¹²² que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto¹²³. Los principios carecen de supuestos de hecho¹²⁴ los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras éstos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción¹²⁵ y resultan vinculantes o exigibles. Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin en cuanto apunta a un estándar –que al igual que el principio debe ser observado- pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad. Cuando nos referimos al valor no lo hacemos en el sentido de algo útil sino como equivalente a bien, es decir, algo objetivo que resulta estimable por su cualidad intrínseca que suele ser el centro de un principio jurídico y, en cierto modo, refleja la relación de éste con la ley natural.

En el plano jurídico, la diferencia entre valor y principio dista de ser clara pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse –por ejemplo- que la justicia,

¹²¹ Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Los principios generales del derecho”, JA 1986-III, 864.

¹²² Para De Diego la abstracción de los principios es superior a la de las normas correspondiendo su estudio tanto a los filósofos del derecho como a los juristas prácticos, y en un pasaje del prólogo que hiciera a la obra del Del Vecchio afirma: “*Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a éste pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida, prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo la encantan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados*” (DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1979. ps. 6-7).

¹²³ Cfr. DURAN MARTINEZ, Augusto. **Neonstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Montevideo: La Ley, 2012. p. 88.

¹²⁴ PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2 ed. Ciudad de Mexico: UNAM-Fontamara, 1997. p. 30-31.

¹²⁵ PEREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 4 ed. Madrid: Tecnos, Madrid, 1991, p. 286 y ss.

la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho exigibles?¹²⁶. En suma, todo principio contiene un valor pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (vgr. la amistad).

Aunque el positivismo no desconoce los valores (ni por ende la moral) ellos son sacados, arbitrariamente, del sistema jurídico al que sólo concibe integrado por normas positivas (incluso por la costumbre y la jurisprudencia).

La depuración que pretende hacer el positivismo (por eso Kelsen denominó su concepción como teoría pura) negando toda relación entre el derecho positivo y el derecho natural, adolece de graves fallas filosóficas, históricas y metodológicas que recién en este siglo (de acuerdo a nuestro criterio) han sido objeto de una refutación completa¹²⁷ de parte del iusnaturalismo (a través de la Nedn).

De ese modo, el afán depurador del positivismo kelseniano no da cabida al principio democrático dentro del sistema constitucional. En efecto, si bien Kelsen reconocía a la democracia como un valor, algo que pertenece a su propia esencia, al sostener que la democracia constituye la expresión del relativismo¹²⁸ y al no atribuir a la democracia la condición de un principio general del derecho (Kelsen no aceptaba incluir a los principios generales del derecho entre las fuentes del ordenamiento) superior a las leyes, termina legitimando cualquier régimen autoritario (nazismo o fascismo) que fuera elegido por la mayoría del pueblo, ya que siendo todas las verdades relativas no era posible deslegitimar —en el plano de su teoría— un régimen positivo cuyas teorías y prácticas políticas resultan contrarias a la ley natural (que impone, entre otros, los mandatos de no matar, no torturar, no dañar bienes ajenos, etc.). En esta concepción no caben derechos absolutos como el derecho a la vida.

La historia, además, demuestra que el auge que tuvo el positivismo para legitimar el régimen nazi ha sido uno de los motivos principales de su decadencia que ha corrido en forma paralela al triunfo de las tesis iusnaturalistas a partir de la Segunda Guerra Mundial y, al menos, al abandono de los dogmas del positivismo que, durante mucho tiempo, se creyeron irrefutables.

A su vez, uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón¹²⁹ radica en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y normas, que, pa-

¹²⁶ BELADIEZ ROJO, Margarita. **Los principios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1997. p. 75 y ss.

¹²⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 39 y ss.

¹²⁸ KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Buenos Aires: Labor, 1934. p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss.

¹²⁹ Conf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989. p. 72-73, donde señala que: "En la mayoría de los casos usaré el término 'principio' en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo '*directriz*' o '*directriz política*' al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo '*principio*'

radojalmente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asigna plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que no delegó en el Juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica¹³⁰ que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho ya fuera para crear una situación de gravamen como de ventaja, respecto de un particular.

13. El carácter preceptivo o vinculante de los principios. La distinción entre derecho y principio

La mayoría de los autores modernos participan de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía se acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas constituciones.¹³¹ Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos¹³². Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública¹³³ que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos humanos.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría moderna de Alexy sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización¹³⁴ cuando, en realidad, ello es peculiar

a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera".

¹³⁰ Dworkin sostiene que: "Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión".

¹³¹ Sobre los diversos conceptos que caracterizan a un principio jurídico, véase: HACHEM, Daniel Wunder. **Principio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 131 y ss.

¹³² TAWIL, Guido Santiago. **Estudios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 798 y ss.

¹³³ Ver, BARRA, Rodolfo Carlos. El ordenamiento institucional de los derechos humanos. **RAP**, Buenos Aires, 2008. p. 300, puntualiza que la exigibilidad es una cualidad inherente a todo derecho humano que se complementa con la garantía pública.

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 458 y ss. Sobre las teorías de la

solo de una clase de principios, que predicen enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad, en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, estándares o directrices de naturaleza política, en el sentido empleado por Dworkin.

Por el contrario, basta con reparar en la mayoría de los principios generales para darnos cuenta que no son todos mandatos de optimización¹³⁵ y que hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos. Hasta existen principios que generan derechos del hombre que tienen primacía sobre otros como el derecho a la vida¹³⁶ que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio.

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución¹³⁷.

Dada las múltiples conceptualizaciones que hay sobre el derecho en el mundo jurídico suelen confundirse o identificarse los principios con los derechos y estos, a su vez, con las garantías constitucionales. El derecho público es proclive al uso promiscuo de estos conceptos pero lo cierto es que hay una libertad de estipulación en el medio doctrinario favorecida por la textura abierta del lenguaje natural que se utiliza y la variedad de sentidos del término. Sólo el conocimiento teórico-práctico permite saber en qué sentido el juez o el legislador han empleado el concepto (vgr. como principio, derecho o garantía) y si el término derecho que utilizamos se refiere al poder jurídico o facultad que habilita la pretensión procesal o a cualquiera de las otras acepciones reconocidas (ej. lo justo o el derecho concebido como ordenamiento).

argumentación y su proyección en los fallos judiciales véase el excelente trabajo de ZACAGNINO, María Eugenia; FERNÁNDEZ, María Alejandra In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). **Manual de jurisprudencia y doctrina**. Buenos Aires: La Ley, 2013. p. 619 y ss.

¹³⁵ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho**: Teoría de los enunciados jurídicos. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2004, p. 30-31.

¹³⁶ Véase: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 251, atribuye el carácter absoluto al derecho a la vida. Pero la ley natural y el derecho positivo consagran excepciones al carácter absoluto del derecho a la vida cuando se trata de la defensa de la propia vida (legítima defensa). Aunque es un tema que exige mayores desarrollos también cabe admitir que el derecho legitima la defensa colectiva en los supuestos de guerra habiendo convenciones que regulan diversos aspectos (ej. las Convenciones de Ginebra).

¹³⁷ Ver VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 3 y ss., distingue entre cláusulas operativas y cláusulas programáticas no operativas que cumplen la función de indicar a los poderes públicos ciertas directivas para el accionar de los poderes públicos o bien, establecer reglas de interpretación dirigidas particularmente a los jueces (p. 4).

14. El carácter absoluto o relativo de los derechos

La filosofía del utilitarismo¹³⁸ sostenía que no había derechos fundamentales o humanos absolutos y hasta nuestra Corte Suprema sentó el principio de la relatividad de los derechos al declarar que, conforme al art. 14, los derechos se gozan de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio¹³⁹.

Como una suerte de paradoja, la fuerza de semejante tradición, compatible con la tesis del positivismo legalista (de un modo consciente o inconsciente) no es absoluta ya que no puede concebirse la relatividad de los derechos frente a la existencia de bienes básicos.

Se trata de bienes básicos a los que ningún sistema democrático puede limitar ni atribuir carácter relativo o subordinar a la reglamentación y, de hecho, ellos tienen carácter absoluto en aquellos Estados que practican la democracia como forma de gobierno y de vida.

Porque aun cuando haya alguno de estos derechos que no se cumpla en la realidad (como el derecho a que la autoridad no mienta y diga la verdad o el derecho a no ser condenado por razones políticas o datos falsos)¹⁴⁰ lo cierto es que los derechos públicos de mayor trascendencia para la dignidad del hombre tienen carácter absoluto en los Estados democráticos, lo cual permite descartar algunas teorías recientes que asignan prevalencia a los derechos colectivos sobre los derechos individuales.

Entre estos derechos humanos absolutos se encuentran el derecho a no ser privado de la vida así¹⁴¹ como el derecho a no ser privado de la posibilidad de procrear¹⁴² y el derecho a no ser torturado ni sufrir otros castigos denigrantes de la condición humana¹⁴³.

15. Características atribuidas al orden jurídico

El derecho, concebido como orden jurídico, es el instrumento esencial que utiliza la autoridad para resolver los problemas de coordinación que se plantean en el seno de una comunidad. Su fin (aunque no sea realizado en plenitud en cada país) se orienta a la previsibilidad de las relaciones humanas mediante la creación de reglas e instituciones¹⁴⁴.

Como resabios del positivismo algunos siguen sosteniendo como supuestos axiomas del derecho de la completitud del ordenamiento (negando la posibilidad de carencias

¹³⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 251.

¹³⁹ Fallos 136:161 (1922), *in re* "Ercolano c/ Lantieri de Renshaw".

¹⁴⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 253.

¹⁴¹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. ps. 212/225.

¹⁴² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 253.

¹⁴³ Art. 18 *in fine* CN.

¹⁴⁴ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 296.

normativas), del derecho como orden coactivo¹⁴⁵ y del derecho como regulador de su propia creación, no admitiendo la creación de reglas fuera del círculo que crea y permite crear el derecho positivo.

Sin embargo, esos caracteres formales que se atribuyen al derecho pierden consistencia a poco que se los confronte con la realidad en la que operan.

En primer lugar, no es cierto que el ordenamiento constituya un orden jurídico completo y que, por tanto, no existan las llamadas lagunas del derecho, por más que estas puedan siempre cubrirse apelando a la técnica de la analogía. Se trata de un postulado ficticio como llega a reconocer el propio Finnis¹⁴⁶ y la experiencia muestra que hay infinidad de casos de carencia de normas (la denominada carencia histórica) en que la solución jurídica se alcanza mediante un salto a la justicia material¹⁴⁷, a través de un acto de creación del derecho por parte del juez que perfectamente puede apoyarse en algún principio del derecho natural (no positivo).

Tampoco son consistentes los dos axiomas con que Finnis pretende resumir las características formales del derecho¹⁴⁸. En efecto, el derecho no puede definirse exclusivamente como un orden coactivo toda vez que normalmente él puede realizarse sin apelar a la coacción. Repárese nada más que en los actos favorables (relaciones de fomento o promoción) y en la serie de vínculos contractuales y aún legales que se cumplen sin coacción (la mayor parte de los repartos autónomos) para demostrar que hay innumerable cantidad de actos jurídicos que se cumplen sin procedimientos coactivos. Que la coacción sea una posibilidad para forzar el cumplimiento de actos frente a un particular recalitrante no implica que todo el ordenamiento jurídico sea un orden coactivo.

Por lo demás, la afirmación que el derecho regula su propia creación va en contra del postulado básico del iusnaturalismo que, fuera de todo dogmatismo formal, concibe la posibilidad de que las fuentes del derecho no tengan que provenir, en todos los supuestos, de autoridades sociales “sino que hay ‘algo’ jurídico, cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente”¹⁴⁹. Ese “algo” jurídico es, para el iusnaturalismo y sus visiones próximas, la ley o el derecho natural y los principios generales del derecho.

¹⁴⁵ Véase: VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. P. 147 y 174.

¹⁴⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 298.

¹⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 294 y ss., especialmente p. 299.

¹⁴⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 294 y ss. en especial ps. 296-298.

¹⁴⁹ VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 156.

16. Los paradigmas en el derecho público

El concepto de paradigma, empleado para captar el sentido de la revolución científica que se opera en el campo de las ciencias físicas y naturales y, en general, en el de la historia de las ciencias, puede ser utilizado con provecho en el ámbito de las ciencias sociales, para explicar los fenómenos propios de la transformación de las instituciones¹⁵⁰.

Porque es evidente que todas las ciencias se apoyan en un paradigma o conjunto de ellos, los cuales cumplen la función de ser una suerte de ley básica que alimenta sus principios de un modo continuo y generalizado.

La dinámica de los paradigmas hace que las formulaciones de los principios en el mundo del derecho requieran ser ajustadas cuando la realización del bien común lo demande (generalmente orientado por necesidades sociales), y en la medida que éstas no excedan los principios básicos que fundamentan la justicia material, en sus diversas especies (conmutativa, distributiva y legal).

En la actualidad, el paradigma se ha convertido en una noción, ciertamente versátil, que se utiliza para diversos usos interpretativos con significados diferentes dada la libertad de estipular conceptos que es propia de la ciencia del derecho. De ese modo, mientras algunos conciben a los paradigmas como nuevas visiones del derecho, y otros, como principios generales o valores jurídicos, no faltan quienes los circunscriben a los principios del llamado neoconstitucionalismo.

Cuando aludimos a los valores jurídicos asimilándolos a los principios generales no estamos haciendo referencia a los valores básicos fundamentales¹⁵¹. Nos referimos a los principios generales del sistema jurídico (estén o no positivizados) que, aún cuando no se relacionan en base a un orden jerárquico predeterminado, se interpretan y aplican con arreglo a las exigencias básicas de la razonabilidad práctica¹⁵². Lo cierto es que hasta quienes distinguen por su grado de especificación los valores de los principios (el principio tendría un grado mayor de determinación) admiten que ambos son preceptivos¹⁵³ y que hay principios que

¹⁵⁰ KUHN, Tomás. **La estructura de las revoluciones científicas**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 9 y ss., especialmente p. 268 y ss.

¹⁵¹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 91 y ss. especialmente ps. 113-127, enumera entre los valores básicos fundamentales, la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad, la razonabilidad práctica y la religión.

¹⁵² Véase: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 165 y ss. Al respecto se pregunta dicho autor ¿Cómo puede saber uno que una decisión es razonable prácticamente? Considera que la razonabilidad práctica como un bien que estructura nuestra búsqueda de bienes afirmando que no vivir a la altura de esas exigencias es irracional. Finnis describe y desarrolla como tales: a) un plan de vida coherente; b) ninguna preferencia arbitraria entre los valores; c) ninguna preferencia arbitraria entre las personas; d) desprendimiento y compromiso; e) la relevancia de las consecuencias: eficiencia, dentro de lo razonable; f) respeto por todo valor básico en todo acto; g) las exigencias del bien común; h) seguir la propia conciencia e i) la moral, como producto de esas exigencias.

¹⁵³ COVIELLO, Pedro J. J. Los principios y valores como fuentes del Derecho Administrativo. **Cuestiones del Derecho Administrativo**, RAP, Buenos Aires, 2009. p. 753.

se ha entendido configuran derechos humanos inviolables, como el derecho a la vida¹⁵⁴, que cumplen un papel fundamental en el Estado de Derecho, en sus distintas versiones¹⁵⁵.

Veamos ahora algunas de las razones por las cuales los juristas y aún los filósofos del derecho no se preguntan acerca de las exigencias de la razonabilidad práctica. Ello puede obedecer a una explícita o implícita adhesión a la tesis positivista ancestral que separa la moral del derecho, o bien, a una tendencia racionalista moderna, que incorpora formalmente como valores o derechos en el sistema positivo aún a los que no pueden serlo por su repugnancia a la ley natural.

En lo que sigue, vamos a referirnos a aquellos principios generales del derecho aplicables al derecho administrativo que consideramos de relevancia fundamental y que, por tanto, cumplen la función de los paradigmas científicos ya sea que tengan su fuente positiva en los textos constitucionales, en cláusulas de los tratados y en las leyes, así como en la jurisprudencia y en la doctrina, siempre que encarnen interpretaciones iuspublicistas que resulten armónicas con el texto constitucional de 1853-1860 y la reforma de 1994. Ello no implica desechar el comparatismo constitucional que, en cuanto resulte compatible con el derecho vernáculo, puede ser útil para la interpretación jurídica de los preceptos positivos que, en muchos aspectos, se han fundado en sus prescripciones.

El conocimiento de paradigmas sea, bajo la forma de principios generales o de garantías jurídicas, no es un fenómeno exclusivo del derecho público contemporáneo ni del llamado neoconstitucionalismo. Basta recordar la formulación y desarrollo del principio de razonabilidad y del debido proceso adjetivo¹⁵⁶, para citar algunos de los principios que se desarrollaron en nuestro país bajo la influencia de las instituciones del derecho constitucional norteamericano. Algo similar ocurrió con los principios generales del derecho elaborados por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés¹⁵⁷ (vgr. la igualdad ante las cargas públicas y la interdicción de la desviación de poder) fundados en la justicia o en la ley natural antes que del derecho positivo, los que también se proyectaron a nuestro derecho administrativo.

¹⁵⁴ Según Finnis, resultan inviolables y son absolutos conforme a las exigencias de razonabilidad práctica, un conjunto básico de derechos humanos, entre los que se encuentran desde *"el más obvio, el derecho de no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; pero también el derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación (v.g. en la enseñanza) en la cual se espera razonablemente una comunicación real; y el derecho a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respecto a cualquier valoración de lo que el bien común exige"* (FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 253).

¹⁵⁵ Sobre el Estado de Derecho y sus diferentes versiones, hasta llegar al Estado de Derecho Constitucional, la literatura jurídica europea es abundante, véase: MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. 2 ed. Madrid: Iustel, 2006. p. 321 y ss.

¹⁵⁶ Vid: LINARES, Juan Francisco. **La razonabilidad de las leyes: El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.

¹⁵⁷ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo. **RAP**, n. 6, Madrid, 1951. p. 293.

En Europa continental, incluso en algunos países antes de la sanción de los textos constitucionales de la posguerra, se inició un movimiento doctrinario y jurisprudencial que como reacción a los dogmas y carencias del derecho administrativo clásico, contribuyó a incorporar una serie de principios generales del derecho administrativo al sistema jurídico¹⁵⁸ (vgr. el informalismo, los principios *pro libertate* y *pro actione*, la buena fe, etc.).

El proceso estaba guiado por una revalorización del Estado de Derecho con una finalidad tuitiva de los derechos fundamentales o naturales (particularmente las libertades de los ciudadanos) y ponía el acento en la protección de la persona humana.

En la continuación de ese proceso el llamado neconstitucionalismo europeo extremó la positivización de los principios y nuevos derechos mediante la instrumentación de un amplio catálogo de derechos sociales, y más tarde colectivos, estos últimos concebidos en función de la tutela de bienes comunes (vgr. la protección ambiental) y de la democracia participativa (derecho de participación)¹⁵⁹.

Algunos de esos nuevos principios y derechos plantean falsos dilemas a la hora de su interpretación. Fuera o no por razones ideológicas, un sector de la doctrina sostiene la operatividad directa de todos los nuevos principios y derechos incorporándolos al orden coactivo, como si fueran normas positivas, olvidando que una buena parte de ellos son mandatos de optimización, o según la terminología que utiliza la Corte, derechos fundamentales con operatividad derivada¹⁶⁰ que, cuando implican obligaciones de hacer a cargo del Estado, están sujetos al control de razonabilidad¹⁶¹. Ese proceso de transformación de los principios generales en normas coactivas, de contenido positivo, no ha perseguido siempre

¹⁵⁸ Véase GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1984. p. 63 y ss.

¹⁵⁹ CELORRIO, Hernán. Derechos sociales y tutela judicial. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 3, La Ley, Montevideo, 2011, p. 7 y ss. afirma que no hay contradicción entre los derechos civiles y políticos "correspondiendo una complementación integral de los mismos en la interpretación de sus alcances y de la debida protección (p. 8).

¹⁶⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Estado Social re-visitado. **ReDA**, n. 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. p. 697 y ss. habla de derechos incondicionados y condicionados; éstos últimos requieren regulación legal y recursos económicos, es decir, que no son directamente operativos.

¹⁶¹ En un caso reciente, en el que la madre de un hijo que padecía una grave discapacidad planteó una acción contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reclamando que se le reconozca y haga efectivo el derecho a una vivienda digna, la Corte hizo lugar a la pretensión ordenando al Gobierno de la Ciudad, el otorgamiento de las prestaciones de asistencia social y de salud y que garantizase a la actora, aún en forma no definitiva "un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la solución planteada". En este caso, si bien la Corte parte del reconocimiento de la operatividad efectiva de los derechos fundamentales, como es el derecho a la vivienda digna, precisa que esa operatividad no es directa, en el sentido de que todos los ciudadanos la pueden reclamar en sede judicial (considerando 11º in fine) sino una operatividad subordinada a su implementación por los poderes públicos (Legislativo y Ejecutivo), dado que existe "la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios y otros, así como los recursos necesarios" (considerando 11º, primera parte). Sin embargo, la Corte considera que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, con operatividad derivada, "están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial" (considerando 12º primera parte). (Cfr. en la causa "Recurso de hecho Q. C. S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", Fallos 335:452 [2012]).

una finalidad garantista de los derechos y en ocasiones ha transgredido el principio de la razonabilidad económica¹⁶².

Antes bien, la ideología ha procurado, imponer la prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos individuales, aún a costa de aniquilar el derecho a la vida¹⁶³ que, para el pensamiento iusnaturalista, representa un derecho absolutamente inviolable.

Ante todo, cabe advertir que, el verdadero problema no radica en el reconocimiento positivo de los derechos y bienes colectivos cuyos valores son naturalmente protegibles en función del bien común (vgr. la protección de la salud y del medio ambiente) sino en el desconocimiento de valores básicos y en su interpretación irrazonable o bien, en la utilización demagógica por los gobernantes de turno, cualquiera sea la tendencia que representen (liberales, conservadoras, socialistas, etc.).

Los paradigmas que revisten fundamental relevancia en el derecho público, al configurar principios generales del derecho, se proyectan a la teoría del acto administrativo sobre el cual prevalecen¹⁶⁴. Muchos de ellos no son sino formulaciones evolucionadas de principios generales anteriormente reconocidos que tuvieron recepción positiva en los tratados internacionales integrantes de nuestro ordenamiento constitucional (art. 75 inc. 22). Ello conduce a la necesidad de aplicar en nuestro derecho administrativo no sólo las normas y principios de estos tratados sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁵.

17. La dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos

La persona humana es la fuente de todos los principios y derechos¹⁶⁶. Más aún, el fundamento¹⁶⁷ y la razón de ser del derecho radica en la persona cuya humanidad no deriva de ser una creación formal del hombre. Un ordenamiento positivo que negase la condición

¹⁶² Por ejemplo, cuando se opone el derecho a la vivienda digna al derecho individual del propietario, sin declaración de utilidad pública ni el cumplimiento de las demás garantías de la expropiación (art. 17 CN).

¹⁶³ La cita de un texto de Foucault que ha hecho Massini Correas (**El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.) ilustra hasta donde llega la tesis que niega a la persona humana y sus derechos fundamentales. Al respecto, ha llegado a decirse que: "cuando el proletariado tome el poder puede ser perfectamente posible que ejerza contra las clases sobre los que ha triunfado, un poder violento, dictatorial e incluso sangriento; no veo que objeción puede hacerse a esto", (CHOMSKY, Noam; FOUCAULT, Michel. **La naturaleza humana: ¿justicia o poder?**. Valencia: Universidad de Valencia, 1976. ps. 55-56).

¹⁶⁴ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 13 ed. Paris: LGDJ, 2013. p. 269, señala que los principios generales del derecho tienen un valor jurídico superior a cualquier clase de actos administrativos; ver también: GAUDEMET, Yves. **Droit Administratif**. 20 ed. Paris: LGDJ, 2012. ps. 132-134.

¹⁶⁵ Ampliar en: ABERASTURY, Pedro; GOTTSCHAU, Patrizia E. Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Orgs.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 95 y ss.

¹⁶⁶ LAJE, Alejandro. **Derecho a la intimidad**: Su protección en la sociedad del espectáculo. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 14 y ss., sostiene que es el fundamento de los derechos personalísimos como el derecho a la intimidad, verdadero derecho subjetivo de las personas.

¹⁶⁷ RABBI-BALDI CABANELLAS, Renato. **Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Ábaco, 2008. p. 33.

de persona de un ser humano sería algo inconcebible, un no-derecho, una aporía que el positivismo no pudo resolver cuando sostenía que la persona era una creación del derecho,¹⁶⁸ siendo la principal justificación de cualquier norma jurídica.¹⁶⁹

En el dominio sobre la propia vida del ser más que del existir, se encuentra la raíz de la dignidad de la persona pues, como decían las Partidas, la persona del hombre es la más noble del mundo¹⁷⁰. Esa dignidad no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias¹⁷¹ y en ella se fundamentan los derechos del hombre como la libertad religiosa o la libertad de expresión¹⁷².

De un modo u otro, todos los derechos humanos están relacionados con la dignidad de la persona que constituye algo así como el principio general básico de todo el derecho, el cual informa el contenido del ordenamiento y resulta un valor jurídico exigible. Por esa causa, el primer derecho que prevalece respecto de cualquier otro derecho es el derecho a la vida¹⁷³, uno de cuyos contenidos principales es el derecho a la salud, dado que la preservación de la persona representa el grado máximo de su dignidad. Se ha sostenido que la persona es un fin en sí mismo (Kant) para cuya realización necesita gozar de todos los derechos que se relacionan con la condición humana, con las restricciones razonables que le imponga el bien común tanto en su dimensión individual como social, espiritual y material,¹⁷⁴ y en ese arco protectorio se encuentran la libertad, la propiedad y la igualdad y aún los llamados derechos de segunda y tercera generación, con sus nuevos paradigmas, como la tutela judicial efectiva. Pero, en rigor, la persona humana no es un fin en sí misma, sino que persigue un fin que la trasciende en cuanto a la búsqueda del bien supremo (Dios).

El valor jurídico básico de la dignidad humana ocupa un lugar central en el derecho público, siendo un principio constitucional¹⁷⁵ que se proyecta a la teoría del acto administrativo, a través del desarrollo de una serie de principios generales cuyos diversos contenidos se expresan mediante mandatos, prohibiciones y estímulos.

¹⁶⁸ RABBI-BALDI CABANELLAS, Renato. **Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Ábaco, 2008. p. 62.

¹⁶⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

¹⁷⁰ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 24. Ver también: gonzález perez, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.

¹⁷¹ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 25.

¹⁷² BARRA, Rodolfo Carlos. La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema. In: GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. t. 3. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, p. 2011. p. 1171 y ss. en especial, p. 1181 y la jurisprudencia de la Corte que cita.

¹⁷³ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 251 y ss.

¹⁷⁴ DELPIAZZO, Carlos E. Recepción de los principios generales del derecho por el derecho positivo uruguayo. In: FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. **Los principios en el derecho administrativo iberoamericano**. La Coruña: Junta de Castilla y León/Netbiblo, 2008, p. 616.

¹⁷⁵ Fallos 314:421.

La dignidad humana, como principio básico del derecho, ha sido reconocida en numerosos tratados internacionales. Para nuestro derecho adquieren trascendencia como fuente de todo el ordenamiento, aquellos que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN). En tal sentido, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷⁶, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁷, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹⁷⁸ hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han incorporado en sus textos el principio; en particular ésta última lo recoge al prescribir que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”¹⁷⁹.

El principio de la dignidad de la persona protege una variedad de situaciones (la de los funcionarios, militares, estudiantes, detenidos o reclusos, usuarios de servicios públicos etc.)¹⁸⁰ y debe observarse en todos los elementos del acto administrativo (competencia, causa, objeto, forma y finalidad). Su violación implica la inconstitucionalidad del acto por la violación de un tratado internacional que es parte integrante de la Constitución y la nulidad puede encuadrarse en cada uno de los supuestos de nulidad absoluta previstos en el art. 14 de la LNPA (vgr. incompetencia en razón de la materia por violar la Constitución y así, sucesivamente, con los demás elementos del acto administrativo).

No se puede desconocer tampoco, como se ha señalado, que un grupo de fallos de la Corte Suprema ha conectado el llamado Estado Constitucional de Derecho con la inmediata protección de la dignidad humana¹⁸¹.

Recordemos que en la dignidad de la persona humana se fundamentan los demás principios generales del derecho ya sean comunes a todo el derecho como el principio de buena fe, los de “pro hómine” y “pro libertate”, junto a los que son propios y típicos del derecho público, como el principio de confianza legítima¹⁸² y la tutela judicial y administrativa efectiva, que constituyen nuevos paradigmas del derecho administrativo.

Al propio tiempo, aunque los hechos y actos de los gobernantes suelen demostrar lo contrario, el ordenamiento internacional aplicable en el orden interno¹⁸³, ha potenciado la observancia de la moral pública y la lucha contra la corrupción. El acto administrativo cuyo

¹⁷⁶ Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, entre otros.

¹⁷⁷ Considerandos y arts. 7, 8, 10, 16, 17 y 19.

¹⁷⁸ Considerandos, Preámbulo y arts. I, II y XVII, entre otros.

¹⁷⁹ Art. 11.1 CADH.

¹⁸⁰ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 136 y ss.

¹⁸¹ SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho. **ReDA**, n. 81, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. punto 2.3.

¹⁸² Véase: COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 33 y ss.

¹⁸³ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 136 y ss.

objeto transgrede la moral pública adolece de nulidad absoluta¹⁸⁴ y la conducta del funcionario merece el reproche penal correspondiente.

18. Los nuevos paradigmas del Derecho Público

Una primera aplicación de las exigencias de la razonabilidad práctica indica que ninguno de los nuevos paradigmas puede ser interpretado para aniquilar otro principio por fundamentos arbitrarios o preconcepciones ideológicas. Si todos los principios generales, aún los que se consideran nuevos paradigmas, poseen igual jerarquía objetiva en el plano de los valores básicos¹⁸⁵ -con excepción del valor vida- la solución de un conflicto en el que se invoquen diferentes principios o derechos no es susceptible de ser predeterminada dogmáticamente, sino que requiere llevar a cabo una tarea de ponderación conforme a las circunstancias del caso y las reglas de la razonabilidad práctica, a fin de alcanzar la solución justa o correcta.

19. El principio *pro homine* y su función ordenadora. La interpretación más favorable (*in dubio pro libertate*)

Se trata de un principio sustantivo que se dirige tanto al agente público que dicta un acto administrativo como al juez que interpreta un principio, norma, o acto o contrato administrativo. En tales casos, la aplicación e interpretación de las normas debe orientarse hacia la solución que proteja en mayor medida a la persona¹⁸⁶ (física o jurídica)¹⁸⁷.

El basamento normativo del principio se encuentra fundamentalmente, en el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra varias prohibiciones dirigidas a los Estados: a) suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que las prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de esos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y d) excluir

¹⁸⁴ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 349 y ss.

¹⁸⁵ MASSINI CORREAS, Carlos I. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. p. 216-217.

¹⁸⁶ Véase: el caso "Madorrán" de la CSJN, Fallos 330:1989, considerando 8º.

¹⁸⁷ MAIRAL, Héctor A. Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica como los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos). **RAP**, 2011-1 y 2, Buenos Aires, 2011. p. 43; anota que la protección de las personas jurídicas esta contemplada en el art. 1º del Protocolo Adicional N° 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, que entró en vigor el año 1954. Asimismo, señala que en el derecho inter-americano la doctrina considera que la protección comprende sólo a las personas físicas y no a las personas jurídicas, no obstante algunos precedentes de la CIDH (casos Redio Nanduty vs. Paraguay (1987) y Cantos vs. Argentina (2001). A favor de la protección de la persona jurídica: BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 39 y ss.

o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El principio obliga a interpretar en forma favorable a la persona las normas que reconocen o amplían los derechos humanos y, a la inversa, en forma restrictiva los que consagran limitaciones o restricciones¹⁸⁸, dado que el propósito del principio consiste en “preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos”¹⁸⁹. Pero también amplía el ámbito de los derechos de la persona en cuanto a la exigibilidad de otros derechos humanos o fundamentales como el acceso a la información pública, la participación en la elaboración de los reglamentos y de los usuarios en los entes reguladores, la protección de los derechos de los consumidores¹⁹⁰ y usuarios de servicios públicos, etc. Se ha sostenido que se trata de un “megaprincipio” cuyo sentido es orientar una dirección valorativa de razonamiento “en dirección de la protección de la persona”¹⁹¹.

Claro está que es razonable argumentar que si el eje de la protección radica en la persona, el principio *pro homine* constituye un valor básico siendo el principio *in dubio pro libertate* (o *favor libertatis*) un derivado de aquel, dado que la autonomía o libertad del sujeto es un *prius* (aunque atado siempre a la responsabilidad personal), ya que la heteronomía y las limitaciones revisten siempre carácter excepcional. De este principio deriva la regla de que la Administración debe inclinarse siempre por la interpretación más favorable a la persona y el principio de que la buena fe del administrado siempre se presume, lo cual tiene particular incidencia en el ámbito tributario¹⁹². La autonomía y la libertad deben prevalecer sobre la restricción que tiene que ser limitada y establecida como excepción a la regla de un modo razonable.

Un claro supuesto que choca con los principios *pro homine*, *pro libertate* y buena fe, se encuentra en la interpretación que ha efectuado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte a partir del caso “Almagro”¹⁹³, en torno al art. 18 de la LNPA que permite a la Administración revocar un acto regular “si el administrado hubiere conocido el vicio”. Lo cuestionable no radica en extender la excepción a la revocabilidad del acto regular al acto irregular lo cual resulta lógico, dado que no puede haber una potestad de mayor extensión para revocar el acto que tiene un vicio menor (de nulidad relativa) que el que exhibe un acto irregular que

¹⁸⁸ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 15.

¹⁸⁹ CIDH, Caso Comunidad Mayagma (Sumo) Awás Tingni c/Nicaragua, de fecha 31/8/2001, publicado en La Ley 2003-C-290, voto concurrente del juez García Ramírez (párrafo 2).

¹⁹⁰ La protección de los consumidores y usuarios fue reglamentada a través de la ley 24.240 y sus modificatorias (Leyes 24.787, 24.999 u 26.361); véase PERRINO, Pablo E. La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados frente a los usuarios, en Aportes para un Estado eficiente. **V Congreso Nacional de Derecho Administrativo del Perú**, Palestra, Lima, 2012. p. 365 y ss.

¹⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría de la decisión judicial**: Fundamentos de derecho. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008, p. 265.

¹⁹² GONZALEZ PÉREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 159 y ss

¹⁹³ Fallos 321:170.

afecta el orden público administrativo (nulidad absoluta). Lo cuestionable es presumir el conocimiento del vicio por parte del administrado porque ello va en contra de los mencionados principios que predicán la regla inversa y de la cual se desprende que la carga de la prueba y la de imputar el vicio al administrado es responsabilidad de la Administración¹⁹⁴. En tales supuestos, debe requerirse, al menos, una participación voluntaria del administrado, o bien, que el vicio le sea imputable¹⁹⁵ o que exista dolo del administrado¹⁹⁶.

En el campo del derecho penal, el principio *in dubio pro reo* encarna el principio *pro homine* en cuanto asigna prevalencia –en caso de duda– a la protección de la libertad, habiéndose sostenido que “por las características propias que hacen a la esencia de la interpretación misma de la ley penal, el principio de menor reprochabilidad debería prevalecer sobre cualquier otro, de acuerdo a una teoría garantística y, fundamentalmente, para proteger la imparcialidad del juzgador”¹⁹⁷.

20. El principio general de la buena fe

Si tomamos por caso el acto administrativo (o el contrato de la Administración), la buena fe presupone que tanto la voluntad de la Administración como la del particular o administrado y, en general, los elementos del acto o contrato han sido producto de una conducta recta, leal y honesta. Se trata de una derivación del principio de la dignidad de la persona humana, cuya vigencia en el derecho administrativo es anterior¹⁹⁸ a la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹⁹ y, por cierto, aunque reconoce una tradición previa al nuevo constitucionalismo, se inserta en los nuevos paradigmas constituyendo incluso una exigencia del principio de la confianza legítima, como se verá más adelante.

La buena fe se vincula con los comportamientos éticos de las personas cuya exigibilidad se incorpora al derecho que, al tener en cuenta la moral, implica otra ruptura del positivismo legalista²⁰⁰. Ella resulta directamente aplicable al derecho administrativo y rige con independencia de su reconocimiento por el derecho positivo, si bien las tendencias de los ordenamientos se inclinan por su incorporación expresa, ya sea como principio general

¹⁹⁴ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 82, sostiene que una consecuencia fundamental del principio “consiste en desplazar hacia el Estado la carga argumentativa y probatoria sobre la validez y la aplicabilidad de una determinada restricción a un derecho”, con cita del fallo Hooft de la Corte Suprema (Fallos: 237:5118, considerando 3) de 2004.

¹⁹⁵ GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 1979.

¹⁹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: Comentada y Anotada**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 384.

¹⁹⁷ WAGNER, Federico. *In dubio pro reo* como límite a la interpretación de la ley penal. **RDP**, Buenos Aires, 2014.

¹⁹⁸ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. ps. 196 y 290.

¹⁹⁹ Art. 11, inc. 1.

²⁰⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4 ed. Madrid: Thomson-Civitas. p. 21 y ss.

en el Código Civil²⁰¹ o bien, como ocurre en Colombia, a través de la recepción constitucional del principio (art. 83), cuya proyección al procedimiento administrativo ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia y doctrina de ese país.²⁰²

21. El principio de la confianza legítima

La actividad de la Administración precisa generar confianza en el administrado para que éste pueda prever razonablemente el grado de previsibilidad y seguridad jurídica que posee su relación con el Estado y adoptar las medidas necesarias para cubrir o soportar las contingencias adversas.

El principio de la confianza legítima nace en el derecho alemán²⁰³, en un marco de oposición entre la legalidad estricta y el principio de buena fe, la cual terminó siendo una exigencia y no su fundamento que, en realidad, se encuentra en el principio de la seguridad jurídica²⁰⁴.

Si bien hay alguna conexión con el principio de los actos propios, el principio de la confianza legítima es una institución típica del derecho público que tiende a morigerar, por razones de justicia, los efectos de una aplicación irrestricta de la legalidad. Su aplicación, que es siempre subsidiaria, se ha proyectado en el derecho español, así como en el derecho comunitario europeo²⁰⁵, hallándose en un proceso de desarrollo evolutivo en el derecho argentino²⁰⁶.

La finalidad del principio estriba en mantener la intangibilidad de los derechos que nacen al amparo de un acto o contrato administrativo (pilar de la competencia y la libertad económica) siempre que la verificación de la ilegalidad del acto se produzca luego de haber transcurrido un tiempo razonable susceptible de generarle al particular una legítima confianza en la estabilidad de la decisión²⁰⁷ y de sus derechos.²⁰⁸

Se trata de situaciones con una apariencia de legalidad o ausencia de vicios manifiestos, con independencia del carácter absoluto o relativo de la invalidez, que genera el

²⁰¹ Art. 7º ap. 1 del Código Civil español.

²⁰² SARRÍA OLCOS, Consuelo. Los principios generales del derecho y el procedimiento administrativo en Colombia. In: FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. **Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano**. La Coruña: Netbiblo, 2008, p. 163-165.

²⁰³ COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 33, especialmente p. 35 y ss.

²⁰⁴ MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo**: Parte General. 17 ed. Madrid: Marcial Pons. p. 67.

²⁰⁵ COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 85 y ss.

²⁰⁶ Los primeros casos en los que se menciona el principio en la jurisprudencia de la Corte son "Revestek" (Fallos 318:1531) y "Cirlafin" (no publicado) del año 1995.

²⁰⁷ TJCE Basf y otros v. Comisión, de fecha 27/2/1992.

²⁰⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010.

derecho a la estabilidad del acto administrativo (vgr. un permiso urbanístico revocado por la Administración por razones de legitimidad después de autorizarse el comienzo de las obras y habilitado el inmueble).

En cuanto al fundamento de la seguridad jurídica²⁰⁹ que se esgrime como basamento del principio de la confianza legítima, el Tribunal de Estrasburgo lo sitúa en el Preámbulo del Tratado que declara el Estado de Derecho como patrimonio común de todos los integrantes²¹⁰.

En el sistema argentino el fundamento se encuentra en el valor de la seguridad jurídica y en los postulados del Estado de Derecho contenidos en los artículos 14, 16, 17 y 18 de la C.N.²¹¹ y aunque en los tribunales del sistema interamericano de derechos humanos no ha tenido aún recepción, el principio tiene similar encuadre a la luz de los preceptos de la CADH²¹².

Una aplicación puntual del principio de confianza legítima consiste en limitar el efecto retroactivo de la declaración de invalidez del acto administrativo²¹³, cuando se dan los presupuestos requeridos para que el administrado haya tenido una “expectativa razonable” en la certidumbre de su derecho y haya obrado de buena fe. En el derecho alemán el principio de la protección de la confianza adquiere mayor fuerza en el caso de la revocación de actos favorables, salvo que se hubiera producido un cambio de circunstancias que transforme al acto en “antijurídico”. En este último supuesto, la protección de la confianza juega en el sentido de permitir la revocación a partir del momento en el que se produzca el cambio de las circunstancias. Excepcionalmente, se admite la revocación con efectos retroactivos “extinctio” en aquellos supuestos en que las subvenciones o ayudas públicas no han sido empleadas conforme a su finalidad²¹⁴.

22. El principio de la moral pública

El empleo indistinto de los conceptos hace que consideremos a la moral como equivalente a la ética y aunque somos conscientes de que una porción de filósofos los separan, carece de sentido que nos ocupemos aquí de este problema lingüístico y conceptual. La

²⁰⁹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 246 y ss. En Francia, el Consejo de Estado lo considera un principio general del derecho (C.E. Ass. 24 de marzo de 2006 Soc. KPMG) no ocurriendo lo mismo con el principio de la confianza legítima cuya aplicación –según el Consejo de Estado, se limita al derecho comunitario. CE -9 de mayo de 2001- caso “Entreprise Freymuth”.

²¹⁰ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 104. Uno de los casos paradigmáticos que cita es “Pine Valley” del año 1991, en el que se consideró que un permiso urbanístico anulado había generado expectativas legítimas o razonables para ejercer los derechos derivados del acto.

²¹¹ COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 460.

²¹² GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 106, con citas de fallos de la CIDH (Cayara v. Perú. Excepciones preliminares), párrafo 63, entre otros).

²¹³ Véase: COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. ps. 229-234, y las correspondientes citas jurisprudenciales.

²¹⁴ MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo: Parte General**. 17 ed. Madrid: Marcial Pons. p. 324-325.

esencia de la ética o moral consiste en perseguir el bien y no la utilidad de una persona o grupo de personas.

Hemos dicho antes que la moral no es totalmente separable del derecho (en sentido lato) puesto que no puede haber ordenamientos positivos ni principios de derecho natural que legitimen los actos externos del hombre que sean inmorales, en la medida en que sean susceptibles de proyectarse a terceros. Lo que está exento de la regulación estatal son las acciones privadas de los hombres en cuanto no afecten a la moral pública ni perjudiquen los derechos de terceros como lo proclama el artículo 19 de la CN, norma que constituye un principio general del derecho público.

La moral pública –como todo principio jurídico- constituye así un mandato vinculante que obliga a legisladores, administradores y jueces, derivado del primer principio que resume en hacer el bien y evitar el mal.

La ética²¹⁵ o moral pública encierra un valor en sí misma que se ha cristalizado en diversos preceptos positivos de carácter nacional y supranacional; estos últimos regidos también por el principio de convencionalidad que obliga a respetar las decisiones de los tribunales internacionales y el derecho derivado que producen los diferentes organismos internacionales de los que nuestro país forma parte. Los supuestos de hecho de dicho conjunto de normas²¹⁶ se refieren a los procedimientos en las contrataciones públicas, la protección de los denunciantes de hechos de corrupción, el control de la gestión estatal y la sanción de nulidad para los actos que contravengan el régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses, entre otras prescripciones.

En el caso del acto administrativo se discute si la moral configura o no un elemento propio de él²¹⁷, o bien constituye un requisito o cualidad del elemento objeto²¹⁸, sobre la base de la aplicación analógica del art. 953 del Código Civil de Vélez Sarsfield²¹⁹. Al respecto, seguimos pensando que la moral se radica en el objeto del acto que es el contenido de las decisiones que adopta el órgano administrativo por cuanto los demás elementos confluyen en dicho elemento y el resultado práctico es el mismo, ya sea que se considere o no a la moral como un elemento separado y autónomo del acto administrativo.

23. La necesidad de armonizar los nuevos paradigmas

En el derecho público, particularmente en el derecho administrativo, suele llevarse a cabo, cada tanto, transformaciones que modifican instituciones caducas, dan vida a nuevos

²¹⁵ Véase: CAPUTI, María Claudia. **La ética pública**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

²¹⁶ Art. III incisos 5°, 6°, 8° y 9° de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y art. 17 de la Ley de Ética Pública N°25.188.

²¹⁷ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 345 y ss.

²¹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 617.

²¹⁹ Art. 279 del CCCN.

principios y crean reglas jurídicas compatibles con los fines que persigue el cambio o la adaptación del sistema jurídico.

El fenómeno jurídico puede compararse con el agua de un río que siempre fluye. El derecho, como el agua, mantiene su contenido sustancial que viene a ser una combinación de principios y normas, de justicia y experiencia, con exigencias morales insoslayables.

La caída del dogma positivista que postulaba la separación absoluta entre los valores morales y el derecho, representa el cambio más grande que ha habido en el plano de la filosofía del derecho, producido a partir de la segunda guerra mundial.

Lo curioso es que, el auge del nuevo constitucionalismo, ha sido posible gracias a los aportes provenientes de unos cuantos filósofos del derecho formados en el positivismo que, sin renegar de todo lo valioso que tiene el derecho positivo, se convencieron de que sin principios de justicia, el derecho se convierte en un instrumento formal que puede ser manejado a su antojo por las dictaduras autoritarias de izquierda y de derecha. Lo que sucedió con el nazismo y el fascismo es la demostración más acabada del quiebre del positivismo legalista en el derecho de raíz continental y anglosajona.

Es que, aparte de las funciones que debe cumplir el Estado como garante y gestor del bien común, el gran problema es y seguirá siendo el de la limitación del poder para hacerlo compatible con los derechos humanos básicos, entre los que cuentan no solo los nuevos derechos colectivos y los derechos sociales de segunda generación, cuya primacía algunos pretenden imponer, sino también, los derechos de la persona individual que hacen a su libertad y a sus necesidades materiales y espirituales, como la propiedad y la igualdad.

Si se respeta el principio de no contradicción nunca puede ser un criterio interpretativo válido darle preferencia dogmática a un principio sobre otro ni al derecho colectivo sobre el derecho individual, en la medida que son derechos fundamentales de la persona humana. Ello implicaría negar de antemano el principio o el derecho, despojándolo de su condición esencial.

Lo que sí puede haber y de hecho es lo que acontece, es que deba resolverse un conflicto entre pretensiones de partes que se apoyan en derechos que, en un determinado caso, aparecen enfrentados y en el que el juez deberá darle toda o parcialmente la razón a una u otra sobre la base de la ponderación y de las exigencias de la razonabilidad.

Es ese escenario, el nuevo constitucionalismo (expresión que preferimos a la de neoconstitucionalismo) ha contribuido a reafirmar la tendencia del derecho administrativo a prohibir las arbitrariedades de la Administración potenciando el papel que deben cumplir los principios generales en el sistema jurídico constitucional e internacional de protección de los derechos humanos, lo cual implica extender el alcance del control judicial.

En tal sentido, los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22) han complementado el sistema de protección de los derechos individuales y sociales que consagra nuestra Carta Magna haciendo preceptiva la aplicación

de sus principios a la teoría del acto administrativo, conforme a las técnicas de la ponderación y a las reglas de la razonabilidad práctica.

El abordaje efectuado sobre tres paradigmas fundamentales que impregnan el contenido de las relaciones entre los particulares y la Administración como los principios *pro homine* y, su consecuente, *in dubio pro libertate*, así como otros principios como el de la confianza legítima y la tutela judicial y administrativa efectiva, no pretende ser abarcativo ni excluyente, ya que los tratados internacionales también contienen principios que amplían la esfera de los derechos individuales y colectivos. Sin embargo, cabe advertir que el desarrollo de los mismos no debe hacerse a expensas de los derechos tradicionales de libertad, propiedad e igualdad, lo cual no implica desconocer la extensión que han tenido algunos principios fundamentales, como por ejemplo, la igualdad de oportunidades, que es una proyección del principio general de igualdad, base de la justicia y cuya aplicabilidad debe ponderarse en cada caso en función de otros principios (razonabilidad y eficacia), así como el clásico principio de subsidiariedad²²⁰, cuya recepción en nuestro país se ha limitado al campo doctrinario²²¹.

Si tuviéramos que resumir la ecuación actual del Derecho Administrativo diríamos que ya no gira, exclusivamente, en torno del equilibrio entre autoridad y libertad que, por cierto, hay que seguir manteniendo a rajatabla, al igual que todos los principios que componen el Estado de Derecho, sino entre el poder público y la dignidad humana —o si se prefiere entre la autoridad²²² y la protección de la persona física y jurídica y de sus derechos individuales y colectivos—, interpretados con arreglo a las reglas de la razonabilidad práctica mediante la utilización de la técnica de la ponderación y, a su vez, en el plano económico-social, el modelo que prevalece es el del Estado Subsidiario de gestor principal de las prestaciones de servicio público ha pasado a ser un Estado básicamente regulador y garante de la calidad y eficiencia de las prestaciones privadas que satisfacen necesidades públicas. En este modelo, le corresponde al Estado, aparte de las funciones básicas esenciales como la seguridad y la justicia, desempeñar un papel activo en el campo social frente a la insuficiencia de los sectores privados para cubrir las necesidades colectivas, lo que dependerá del grado de desarrollo de cada país y aun cuando las economías muchas veces no son comparables, el principio de subsidiariedad se mantiene, en su faz activa, matizándose su alcance con arreglo a las diferentes situaciones y posibilidades de los Estados.

²²⁰ Véase: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, Derecho Administrativo y Estado del bienestar**. Madrid: lustel, 2012. p. 101 y ss., y MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 245-246.

²²¹ Ampliar en nuestro CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 25 y ss.

²²² Autoridad que, en cualquier caso, cumple una función servicial cuya razón de ser se encuentra en el principio personalista (la primacía de la persona humana).

24. Referencias

- ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Orgs.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMAYA, Jorge Alejandro. **El control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2012.
- AQUINO, Tomás de. **Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Ciudad de México: Porrúa, 1975.
- ARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **RAP**, n. 135, Madrid, 1994.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho**: Teoría de los enunciados jurídicos. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2004.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. t. 1. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. **Innovación y Reforma del Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Inap-Global Law Press, 2012.
- BARRA, Rodolfo Carlos. El ordenamiento institucional de los derechos humanos. **RAP**, Buenos Aires, 2008.
- BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002.
- BELADIEZ ROJO, Margarita. **Los principios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- BIOY, Xavier (Org.). **L'identité du droit public**. Toulouse: Presses de l'Université, 2011.
- BREWER CARIAS, Alan Randolph. **La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo americano**. San José de Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2012.
- BREWER CARIAS, Alan Randolph. **Principios fundamentales del derecho público**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2005.
- BUNGE, Mario A. **Filosofía política**. Buenos Aires: Gedisa, 2009.
- BUNGE, Mario A. **Memorias**: Entre dos mundos. Buenos Aires: Gedisa-Eudeba, 2014.
- BUNGE, Mario. **La ciencia, su método y su filosofía**. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1975.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. **Sobre Derecho Administrativo**. t. 1. Montevideo: FCU, 2007.
- CAPUTI, María Claudia. **La ética pública**. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006.
- CASSAGNE, Juan C. **El acto administrativo**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

- CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010;
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos**: Comentada y Anotada. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- CELORRIO, Hernán. Derechos sociales y tutela judicial. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 3, La Ley, Montevideo, 2011.
- CHOMSKY, Noam; FOUCAULT, Michel. **La naturaleza humana: ¿justicia o poder?**. Valencia: Universidad de Valencia, 1976.
- CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006.
- CISNEROS FARIAS, Germán. **Derecho sistemático**. Ciudad de México: Porrúa, 2005.
- COVIELLO, Pedro J. J. Reflexiones sobre la ética pública. **Revista Ius et Veritas**, n. 48, Buenos Aires, 2010.
- COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- COVIELLO, Pedro J. J. Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino. **ReDA**, n. 62, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007.
- COVIELLO, Pedro J. J. Los principios y valores como fuentes del Derecho Administrativo. **Cuestiones del Derecho Administrativo**, RAP, Buenos Aires, 2009.
- COVIELLO, Pedro José Jorge. Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 13, n. 54, p. 67-99, out./dez. 2013.
- DEBBASCH, Charles. **Droit Administratif**. París: Ed. Económica, 2002.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1979.
- DELPIAZZO, Carlos E. Recepción de los principios generales del derecho por el derecho positivo uruguayo. In: FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. **Los principios en el derecho administrativo iberoamericano**. La Coruña: Junta de Castilla y León/Netbiblo, 2008.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.
- DURAN MARTÍNEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Montevideo: La Ley, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989.
- ESTRADA, José Manuel. **Curso de Derecho Constitucional**. 2 ed. Buenos Aires: Científica y literaria argentina, 1927.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas**: Dar y exigir razones. Madrid: Universidad Complutense, 2011.
- FERRAJOLI, Lucas. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Univ. del Externado, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. t. 1. Madrid: Trotta, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Río de Janeiro: Forense, 2009.
- FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Estado Social re-visitado. **ReDA**, n. 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1984. P

- GAUDEMET, Yves. **Droit Administratif**. 20 ed. Paris: LGDJ, 2012.
- GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- GONZALEZ PÉREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4 ed. Madrid: Thomson-Civitas.
- GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. t. 3. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 1979.
- GOZAINI, Osvaldo A. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. t. 1. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- GRANNERIS, Giuseppe. **Contribución tomista a la teoría del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 1977.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.
- GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; Justo, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Principio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel. Elementos para lograr una homologación metodológica del control difuso de constitucionalidad en México. **Revista Pro-Homine**, año 1, n. 1, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Interpretación de tratados internacionales tributarios**. Ciudad de México: Porrúa, 2011.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría General de la interpretación**. Ciudad de México: Porrúa, 2009.
- HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- JINESTA LOBO, Ernesto. La construcción de un derecho administrativo común. Reformulación de las fuentes del derecho administrativo con las construcciones del derecho internacional de los derechos humanos. **Suplemento de Derecho Administrativo**, diario del 30 de marzo de 2012.
- KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 2007.
- KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Buenos Aires: Labor, 1934.
- KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011.
- KUHN, Tomás. **La estructura de las revoluciones científicas**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- LAJE, Alejandro. **Derecho a la intimidad: Su protección en la sociedad del espectáculo**. Buenos Aires: Astrea, 2014.
- LECLERCQ, Jacques. **El derecho y la sociedad**. Barcelona: Herder, 1965.
- LINARES, Juan Francisco. **La razonabilidad de las leyes: El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría de la decisión judicial: Fundamentos de derecho**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.
- MAIRAL, Héctor A. Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica como los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos). **RAP**, 2011-1 y 2, Buenos Aires, 2011.
- MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

- MARITAIN, Jacques. **Introducción general a la filosofía**. 8 ed. Buenos Aires: Club de Lectores, 1949.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1996.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.
- MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo: Parte General**. 17 ed. Madrid: Marcial Pons.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013.
- MESSNER, Johannes. **Ética social, política y económica a la luz del derecho natural**. Madrid: Rialp, 1967.
- MILLER, Jonathan M; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana (Org.). **Constitución y derechos humanos**. t. 1. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- MONTAÑA PLATA, Alberto. **Fundamentos de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 13 ed. Paris: LGDJ, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. 2 ed. Madrid: lustel, 2006.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro. Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n. 12, 2008.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 4 ed. Madrid: Tecnos, Madrid, 1991.
- PERRINO, Pablo E. La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados frente a los usuarios, en Aportes para un Estado eficiente. **V Congreso Nacional de Derecho Administrativo del Perú**, Palestra, Lima, 2012.
- POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Lima: Palestra, 2011.
- PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2 ed. Ciudad de Mexico: UNAM-Fontamara, 1997.
- PUY, Francisco. **Teoría científica del derecho natural**. Ciudad de México: Porrúa y Universidad Panamericana, 2006.
- RABBI-BALDI CABANELLAS, Renato. **Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Ábaco, 2008.
- RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo. **RAP**, n. 6, Madrid, 1951.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 117-149, abr./jun. 2010.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar**. Madrid: lustel, 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.
- RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. Bogotá: Temis, 2008.

ROSSI, Abelardo F. **Aproximación a la justicia y a la equidad**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000.

RUOCCO, Graciela. La "buena administración" y el "interés general". **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

SABSAY, Daniel (Org.). **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

SACRISTÁN, Estela B. (Org.). **Manual de jurisprudencia y doctrina**. Buenos Aires: La Ley, 2013.

SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho. **ReDA**, n. 81, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**. Separata de Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. 1 ed. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge. **Los principios en el Derecho Administrativo**. Mendoza: Diké, 2000.

SARRÍA OLCOS, Consuelo. Los principios generales del derecho y el procedimiento administrativo en Colombia. In: FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. **Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano**. La Coruña: Netbiblo, 2008.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA TAMAYO, Gustavo E. Corsi e ricorsi de los principios generales del derecho. **ReDA**, n. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

TAWIL, Guido Santiago. **Estudios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

VALIM, Rafael. **O princípio de segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VANOSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

VIGO, Rodolfo L. **De la ley al derecho**. 2 ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2005.

VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003.

VIGO, Rodolfo L. **Los principios jurídicos**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

WAGNER, Federico. In dubio pro reo como límite a la interpretación de la ley penal. **RDP**, Buenos Aires, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Trotta, 2014.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RECIPROCIDADE: SUA OBSERVÂNCIA PELO PARTICULAR E PELO ESTADO COMO GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO

LUIZ ALBERTO BLANCHET*

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípio da reciprocidade; 3. Reciprocidade e solidariedade; 4. Caráter objetivo do conceito; 5. O princípio do empreendedorismo; 6. Capitalismo, socialismo ou reciprocidade empreendedora?; 7. Empreendedorismo privado e empreendedorismo do estado (eficiência); 8. Reciprocidade e reserva do possível; 9. Conclusões; 10. Referências.

1. Introdução

Por determinação constitucional, ao Estado compete prestar à população serviços de grande diversidade. Algumas de tais atividades destinam-se à preservação de direitos fundamentais, outras não. Algumas são alcançadas por normas integrantes do regime jurídico dos serviços públicos, outras não. Algumas, ainda, são administradas mediante racional captação e administração de recursos, outras porém condicionam-se a fatores de caráter contingencial e, como tais, são de difícil gerenciamento e controle.

Como os aspectos apontados linhas acima são extrajurídicos e, pois, independem de previsão e disciplinamento normativo, podem atingir serviços públicos ou não. Assim sucede, porque no Direito brasileiro, inexistente uma noção pré-jurídica de serviço público. Não há atividades que, por reunirem determinadas características no mundo material automaticamente seriam alcançadas pelos mandamentos normativos do regime jurídico dos serviços públicos. Serviços públicos são somente aqueles que, por força da Constituição ou de lei, assim são considerados, explícita ou implicitamente.

O resultado é que alguns dos deveres constitucionais do Estado são mais facilmente por ele cumpridos enquanto outros são objeto de precária prestação, quando são prestados,

* Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo, do Instituto dos Advogados do Paraná, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado.

pois muitas vezes o cidadão não consegue sequer atendimento a necessidades básicas, sobressaindo dentre estas, a saúde.

A burocracia desnecessária, quando não a inútil e mesmo a nociva figuram entre os inúmeros fatores que levam a esse funesto resultado, pois os postos da máquina pública responsáveis por atividades burocráticas são os preferidos de políticos e de seus afilhados, já que não exigem preparo profissional. O despreparo, aliás, sempre será desastroso, ainda que a atividade não seja meramente burocrática. Ao lado do despreparo, e com resultados de igual lesividade, figuram o aqodamento e o desdém de agentes públicos. Não por simples coincidência, mas por seu caráter ruinoso, esses fatores correspondem às conhecidas negligência, imprudência e imperícia estudadas pelo Direito Penal. Sem dúvida, a deliberada intenção de errar, infelizmente, não é rara na condução das atividades que compete ao Estado, e atinge com preocupante insistente frequência o caráter de dolo penal, trivializando a desfaçatez, vez que corruptos reagem com inexplicável vilolência verbal quando são, ou estão na iminência de ser, descobertos.

Não é difícil, enfim, concluir-se que somente o trabalho sério e eficiente leva a bons resultados.

Trabalho sério e eficiente! Apenas isto, mas deve estar presente no âmbito privado e no público. Esta é a receita simples do desenvolvimento. Esta é a receita do remédio que elimina qualquer crise econômica.

Ao Estado cabe não apenas trabalhar séria e eficientemente, mas também assegurar aos cidadãos as condições necessárias para que estes contribuam com a sua parte para o desenvolvimento. Este é um dos encargos do Estado definidos no Preâmbulo da Constituição, viabilizar o desenvolvimento. No art. 3º, inciso II, a garantia do desenvolvimento nacional é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Desenvolvimento necessariamente pressupõe trabalho, fator que, consoante define o art. 6º da Constituição, assume a natureza de direito social.

Para que essa equação não seja comprometida, a parcela do produto do desenvolvimento a que cada cidadão tem direito deve ser proporcional ao empenho físico e mental exigido e à eficácia obtida por seu trabalho pessoal.

A Constituição da República não reconhece como legítima a obtenção de bens e comodidades à força, mediante atitudes invasivas dos direitos de outrem. A Constituição legitima somente a obtenção de direitos mediante trabalho, processo que pode operar-se indiretamente, ou seja, a pessoa pode utilizar os recursos que acumulou mediante trabalho pretérito para obter algo no presente. Se a Constituição não tivesse equacionado segundo tais bases essa reciprocidade, inviável seria o desenvolvimento. Eis, pois, aí, o princípio constitucional implícito da reciprocidade.

2. Princípio da reciprocidade

O princípio constitucional da reciprocidade já foi investigado em pesquisas anteriores. As ideias evoluíram, mas seu núcleo ainda se mantém, até que se detecte espaço para aperfeiçoar seu estudo. Presença constante em todos os momentos, pois é princípio integrante do Sistema constitucional, a reciprocidade é lembrada agora, no presente estudo para provocar a reflexão sobre deveres do Estado frequentemente não honrados ou precariamente cumpridos, embora o cidadão já tenha preteritamente pago. A referência aqui se faz a *cidadão* e não a *pessoa* por uma simples razão: direta ou indiretamente, somente o ser humano, com seu trabalho físico ou intelectual, cria riquezas. Pessoas jurídicas não produzem riquezas, mas são apenas instrumentos para que pessoas possam, com seu trabalho, produzir bens, comodidades e serviços.

Necessário desde logo desvendar-se o conteúdo jurídico do princípio da reciprocidade, o que exige a análise simultânea de ideias como atuação produtiva, agente produtivo, eficácia do particular, eficiência do Estado, justiça social e solidariedade. Em sistemas como o brasileiro, um vocábulo ou expressão tem sentido jurídico somente se seu conteúdo for objeto de disciplinamento, direto ou mediato, por norma jurídica. Dito em mais claros termos, o vocábulo ou locução terá sentido jurídico somente se seu conteúdo configurar-se mediante conjugação de elementos originariamente extraídos de *lei*, devendo-se obviamente entender o termo *lei* no sentido que a Constituição da República lhe imprime em seu art. 5º, inciso II (“*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”). Oportuno lembrar que, embora o texto constitucional pareça estabelecer apenas que “*ninguém será obrigado*”, em verdade traz implícito, também, que ninguém obterá direitos senão em virtude de lei, pois se alguém está obrigado ou impedido de fazer algo é porque se o fizer lesará ou ameaçará um direito de outrem.

Somente o trabalho humano produz riquezas direta ou indiretamente. Esta é a ideia central da reciprocidade. Ela pressupõe que juridicamente ninguém obtém um direito patrimonial sem o esforço correspondente. Há, sem dúvida, direitos cuja obtenção não se condiciona à reciprocidade. É o que ocorre com os direitos resultantes de sucessão hereditária ou de aposta em jogos lícitos, por exemplo. Todavia, mesmo na hipótese da herança, se confirma o princípio da reciprocidade, pois a pessoa é incentivada a inovar, produzir utilidades ou comodidades, ainda que a expectativa de vida não seja longa. E assim sucede porque a seus sucessores estará assegurado o direito ao produto de seu esforço pessoal durante a vida. O tratamento normativo em muito contribui para o desenvolvimento, pois estimula a produção das mentes mais experientes que já passaram por longos anos de aprimoramento e, inexistisse esse incentivo, simplesmente cairiam em sua derradeira improdutividade esperando o fim chegar. O trabalho gerador e legitimador do direito deve resultar em algo útil para o seu autor, para a sociedade ou para ambos. A referência que ora se faz não se limita apenas ao trabalho físico. No inciso XXXII do art. 6º, a Constituição proíbe distinções entre trabalho manual, técnico e intelectual. Aliás, os maiores avanços em matéria de saúde, tecnologia e

bem estar resultaram originariamente de atividade intelectual. Ao princípio da reciprocidade interessa o resultado útil e não a natureza do trabalho. Quem define o esforço individual que ensejará a obtenção do direito é, obviamente, a norma jurídica.

Somente esforços lícitos geram direitos. O autor de um furto, de uma apropriação indébita ou de um esbulho também desenvolve um trabalho, físico e mental, entretanto ele creta o princípio da reciprocidade, pois seu objetivo não é inovar, criar algo novo e útil, mas apenas aproveitar-se do produto do esforço alheio. Na atividade ilícita, um ganha porque outro perde. Na reciprocidade, todos devem ganhar, porque ela pressupõe a criação de algo novo a ser dado em troca.

O Direito assegura o resultado desejável pelo particular (obtenção do direito) somente se a atuação por ele levada a efeito é eficaz para atingir o resultado colimado pela sociedade (inovação idônea a contribuir para o desenvolvimento). Inovação não se restringe somente ao resultado inédito, mas também à produção de algo usual, mas útil, ou mesmo, à nova utilidade dada a algo já existente.

Assim, a qualidade de *agente produtivo* é pressuposto, por exemplo, da obtenção - e manutenção - do direito de propriedade. Com o resultado de sua produção individual, o agente pode adquirir o bem que escolher e sobre ele exercer seu direito de propriedade. Mas o dever de reciprocidade não termina na aquisição, pois ele deverá manter essa propriedade como instrumento para produção de novas utilidades ou comodidades, consoante defluiu dos arts. 182, § 2º, e 186 da Constituição, dispositivos aos quais é imanente o princípio da reciprocidade.

Naturalmente inaplicável, todavia, o princípio da reciprocidade quando se trata de direitos não patrimoniais como o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao voto e outros. A obtenção desses direitos independe de esforço individual prévio, pois a fonte é inesgotável: ninguém obtém tais direitos subtraindo-o de outrem, o que os leva à indisponibilidade, não apenas jurídica, mas lógica. Ainda assim, a manutenção de muitos desses direitos condiciona-se à reciprocidade de conduta correspondente (imposta ou admissível pelo Direito). Caso a reciprocidade seja quebrada pelo titular de um deles, este deixa de ser objeto de defesa pelo Estado, como sucede, por exemplo, com seu direito à vida na hipótese de legítima defesa, com seu direito ao voto em caso de descumprimento dos deveres correspondentes, e com seu direito à liberdade diante de condenação penal privativa desse direito.

A reciprocidade, quanto a direitos de natureza não patrimonial, deve operar-se somente nas hipóteses definidas normativamente e, quanto aos direitos patrimoniais, em qualquer hipótese.

3. Reciprocidade e solidariedade

As noções de reciprocidade e produtividade estão intimamente vinculadas: obtém o direito somente quem oferece em troca o bem ou trabalho correspondente. Quando, todavia,

a pessoa, temporária ou definitivamente, não consegue manter atuação produtiva por motivos por ela não previsíveis, não provocados e inevitáveis, a sociedade (através do Estado, seu instrumento) não pode abandoná-la à sua própria sorte. Se a impossibilidade for permanente, a assistência do Estado deve também ser permanente. Não é senão por este motivo, que o art. 6º da Constituição, ao elevar o *trabalho* à categoria de direito social, o faz igualmente em relação à *assistência aos desamparados*. Afinal, qualquer modalidade de desenvolvimento egoístico seria insustentável. Se não existisse o dever da reciprocidade, ter-se-ia de admitir que uma fração da sociedade produziria bens e utilidades mediante seu trabalho, enquanto o restante nada produziria, embora pudesse fazê-lo, e, persistindo em sua indolência, seria sustentada pela população produtiva. Que estímulo teriam os agentes produtivos? Certamente não haveria desenvolvimento. Quanto à insustentabilidade de uma sociedade com tal desvio, nem é necessário aprofundar os comentários.

Os aspectos determinantes do princípio da reciprocidade integram um complexo sistema não limitado apenas à produtividade, integra-o também solidariedade: ele é um princípio mais benevolente que a tradição humana. De uso corrente é o provérbio que manda ensinar a pescar e não simplesmente dar o peixe. Mas e se essa pessoa não pesca porque não pode, embora queira, deve-se abandoná-la à morte?

O antigo provérbio manda ensinar a pescar em lugar de apenas dar o peixe, o princípio da reciprocidade manda dar o peixe enquanto ensina a pescar se o aprendiz não o souber por motivos alheios a sua vontade ou capacidade; a sociedade deve ampará-lo até que possa também ele produzir. Se, ademais, o aprendiz jamais terá capacidade para aprender ou fazer sozinho, esse princípio manda assisti-lo indefinidamente. Não é um princípio egoísta, portanto. Não é uma reciprocidade produtiva que visa resultados somente para o agente produtivo. Não interessa a produtividade de cada um apenas, mas acima disso, o caráter produtivo da própria sociedade e em benefício desta e de cada um de seus membros.

O sistema de normas constitucionais não aponta para a formação de um grupo de agentes empreendedores, mas para uma sociedade harmônica e solidária de pessoas produtivas, na qual as riquezas não são simples e sumariamente “distribuídas”, mas *multiplicadas* pelo empreendedorismo privado e pela eficiência pública. Na multiplicação, na criação de novos bens, nasce o desenvolvimento e repousa a sustentabilidade. Não é por outra razão que o art. 170 da Constituição, em seu *caput*, funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano (produtivo, obviamente) e na livre iniciativa (igualmente, e não menos, produtiva). Também ao aludir a “existência digna” e a “justiça social”, o art. 170 ilumina o mesmo princípio, pois não tem existência digna quem trabalha para dividir o fruto de seu esforço com os que nada fazem. Em uma sociedade assim, sem reciprocidade, na qual a produção dos trabalhadores devesse sustentar também quem nada fizesse embora tivesse condições, não se poderia falar em justiça social. A Constituição não aponta para a formação de um grupo de agentes empreendedores, mas para uma sociedade harmônica

e solidária de pessoas produtivas, na qual as riquezas não são simples e sumariamente “distribuídas”, mas *multiplicadas* pelo empreendedorismo privado e pela eficiência pública.

No processo de multiplicação, como no de na criação de novos bens, nasce o desenvolvimento e repousa a sustentabilidade. Não é por outra razão que o art. 170 da Constituição, em seu *caput*, funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano (produtivo, obviamente) e na livre iniciativa (igualmente, e não menos, produtiva). Também ao aludir a “existência digna” e a “justiça social”, o art. 170 ilumina o mesmo princípio, pois não tem existência digna quem trabalha para dividir o fruto de seu esforço com os que nada fazem. Em uma sociedade assim, sem reciprocidade, na qual a produção dos trabalhadores devesse sustentar também quem nada fizesse embora tivesse condições, não se poderia falar em justiça social. O cidadão, na amplitude do conceito constitucional, deve, pois, ser empreendedor.

Aquele que, sem nada produzir, pretende ter direito a bens patrimoniais, direito a remuneração, direito a férias remuneradas, etc. resultantes de trabalho de outrem, sem sequer ter para este colaborado, desconhece a reciprocidade, evita a solidariedade, estorva o desenvolvimento e tem nos dicionários um apropriado nome que nem precisa aqui ser citado. Igualmente avesso ao desenvolvimento é aquele que vive apenas do rendimento de suas aplicações financeiras, quando em verdade outros estão trabalhando para esse resultado. O homem, enfim, já ultrapassou o período extrativista, ele já deixou de ser o coletor-caçador, ele já alcançou a posição de inovador. Alguns, contudo, insistem em continuar sendo meros coletores, não da natureza, o que já seria reprovável, mas do produto gerado pelo trabalho de alguém produtivo, reduzindo, com essa conduta, a busca da dignidade da pessoa humana a mera frase de efeito.

4. Caráter objetivo do conceito

Há períodos da História em que certos termos e expressões passam a ser mais frequentes em textos jornalísticos, em tratados científicos, em discursos, em conversas descontraídas e até em faixas utilizadas em movimentos de protesto. Todos já viram isso acontecer com palavras como *liberdade*, *igualdade*, *cidadania*, *dignidade*, *desenvolvimento*, *sustentabilidade*, *democracia*, *bom senso* e, mais recentemente, *empreendedorismo*. A percepção imediata menos detida e criteriosa nos leva a supor que se trata de meros modismos influenciados pela imprensa, por tendências políticas e carências sociais de cada momento. Ao passo, porém, que refinamos nossa avaliação, tornam-se cada vez mais nítidos os aspectos distintivos das ideias que tais vocábulos e expressões representam.

Sem dúvida, ninguém, no pleno domínio de seu juízo, afirmaria que as palavras e locuções referidas linhas acima não correspondem a valores da mais elevada importância para qualquer sociedade. Não basta, todavia, que algo seja importante, é necessário que possa ser buscado, alcançado e, principalmente, exigido e mantido. O objeto do presente estudo consiste exatamente em buscar saber se o tratamento democrático, o bom senso,

o empreendedorismo, a reciprocidade ou a postura relativa a qualquer dos demais valores socialmente relevantes, referem-se a noções inequívocas, são de observância obrigatória e podem ser impostos a cada um.

Da avaliação de cada valor, chega-se a constatações objetivamente esclarecedoras, surpreendentes e até curiosas. Entre elas, figuram ideais respaldados por traços de fundo ideológico, científico, social, ético, jurídico e, não raramente, religioso. Muitos contextos, aliás, nos quais aqueles termos e expressões são empregados denunciam, já nos primeiros passos da análise, seu caráter de meras frases ou expressões de efeito.

Dentre as expressões de mero efeito, uma sobressai pela enorme frequência com que é empregada em frases da mais variada natureza e com os mais diversos objetivos: *bom senso*. Princípios constitucionais expressos são beneficiados por sua evidência literal; se exigem algum esforço mental do intérprete o fazem apenas quanto à definição de seu sentido jurídico, porém sua existência é inquestionável, não há como sustentar que o escrito não está escrito. Princípios implícitos, a seu turno, esbarram na tão frequente quanto atrevida pergunta: “- *onde está ‘escrito’ que devo (ou não posso) fazer isto?*”. Assim sucedeu com um princípio de fundamental relevância para o desenvolvimento e para a sustentabilidade: o da eficiência, que amargou sua existência como princípio implícito até a edição da Emenda Constitucional nº 19, a partir de quando passou à categoria de princípio expresso no caput do art. 37 da Constituição; antes disso, raros juristas a ele dedicavam algum comentário. Hoje, há obras inteiras, e de excelente qualidade, a respeito.

Enquanto implícitos, os princípios não são aparentes, podem até nem terem sido ainda identificados pelos juristas, mas a realidade, complexa e dinâmica que é, já exige as soluções que eles propiciariam. Diante da necessidade concreta de tais soluções, e enquanto desconhecidos, os princípios implícitos são substituídos por ideias como *bom senso*, *senso comum*, e outras do gênero. Nossa tradição sempre espera que as pessoas conduzam suas atitudes, façam suas escolhas, julguem, ou mesmo castiguem, com bom senso. Mas em que consiste o bom senso? Envolve realmente um valor? Qual é a sua natureza, o seu conteúdo? Quais são, se é que há, as consequências jurídicas da conduta levada a efeito sem bom senso?

Bom senso, a rigor, é uma dentre as tantas expressões ‘mágicas’ utilizadas quando não se dispõe de outra objetivamente mais consistente e inequívoca.

René Descartes, em seu *Discours de la Méthode*, já afirmava que O bom senso é a coisa mais bem partilhada do mundo: pois cada qual julga estar tão bem provido dele, que até aqueles que são mais difíceis de satisfazer em muitas outras coisas não costumam desejar mais bom senso do que aquele que já possuem. (...) Pois não basta ter o espírito bom, o principal é sim aplicá-lo bem.¹

¹ DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. Paris: Classiques Larousse – Librairie Larousse, 1934. p. 13.

Na tentativa de salvar a expressão, alguns substituem o termo “bom” por “comum”, porém outra mente privilegiada, Albert Einstein², assim definiu o *senso comum*: “senso comum não é nada mais do que um depósito de preconceitos colocados na mente antes de fazermos dezoito anos

Ademais, ainda que essa expressão tivesse sentido consistente e preciso, ela representaria um valor imponível a todos? Afinal, as consequências do comportamento mantido sem bom senso não passam da mera insatisfação ou reprovação por parte de quem observa a conduta. Essa reprovação, note-se, carece de base objetiva, pois aquilo que parece ser de bom senso para uma pessoa pode não ser para outra, não raro, de mesma índole e formação.

Negar-se a existência do princípio da reciprocidade, substituindo-o pelo “bom senso”, só dará vida mais longa aos abusos levados a efeito por quem confunde interesse jurídico com simples vontade, pelos passivos e indolentes que creem ser suficiente querer para ter direito a algo, pelos demagogos que os apoiam ou toleram. A mera transferência de mãos, a simples coleta, divisão ou distribuição, sem reciprocidade, sem a correspondente produção, inviabiliza o desenvolvimento e leva à insustentabilidade. Reciprocidade não é “questão de bom senso”, é noção objetiva, tem embasamento lógico e, acima de tudo, constitucional.

5. O princípio do empreendedorismo

Consoante se teve oportunidade de avaliar nas linhas iniciais deste estudo, o inciso XXXII do art. 6º da Constituição reprova qualquer tentativa de distinção que se pretenda estabelecer entre trabalho manual, técnico e intelectual. Todavia, não raros estudiosos, ideólogos, políticos – e até demagogos –, embora não o digam, pressupõem que trabalho é somente o braçal. Apesar de aludirem a trabalho manual e trabalho intelectual, a rigor consideram como trabalho efetivamente, somente o manual. Assim acontecia, aliás, após a abertura política no Brasil, com os partidos em geral que se autoatribuíam a qualidade de representantes dos “excluídos”; quem não se lembra das campanhas iniciais, prancheta ou escrivania, à frente de um quadro negro, e tantos outros que não utilizassem máquinas ou ferramentas. Os simpatizantes desses partidos, todavia, muito cresceram em número a partir do momento em que a noção de trabalho foi revista em função da complexidade e diversidade que envolve, a qual supera em muito a visão meramente ideológica.

As sociedades humanas são muito mais complexas do que puderam, até o momento, captar as mentes que conceberam a grande diversidade de teorias que hoje disputam espaço até mesmo no campo político e, muito pior, nas universidades. Aliás, essa visão não justifica nem mesmo o mecanismo que se opera nas sociedades mais simples, onde inexistem a criatividade, o planejamento e outros fatores característicos de grupos humanos.

² BELL, Eric. **Mathematics**: Queen and Servant of the Sciences. London: G. Bell & Sons Ltd., 1952. p. 21.

Verdade, enfim, é, que empregados e empregadores, ao lado dos autônomos, são empreendedores, todos podem inovar ou com o produto de seu trabalho físico ou com o produto de seu trabalho intelectual.

O ser humano, afinal, nem sempre tem um patrimônio porque o recebeu de seus ascendentes ou porque ganhou na loteria. São inúmeros os casos de pessoas que conseguiram, com sua inteligência, persistência e empreendedorismo, patrimônios muito mais invejáveis. E é exatamente neste segundo grupo que se encontram as pessoas que conseguem manter seu patrimônio e, quase sempre, acrescê-lo. Estariam eles explorando mais pesadamente seus empregados do que os “empregadores” que receberam seu patrimônio por herança? Ou haveria um fator – aliás, aquele que distingue o homem dos animais irracionais – que não vem sendo visto e levado em consideração por esses gênios teóricos que, no final da história, acabam alimentando as mentes mais vazias (nessas há muito mais espaço para “ideias” alheias oportunistas) e menos aptas para criar situações e bens necessários à sobrevivência própria e, mais que isto, a sobrevivência e o progresso dele e, se possível, dos demais? Por que, afinal, o homem hoje vive muito melhor e por mais tempo que seus antepassados? Assim estaria ocorrendo porque ele trabalha mais ou porque ele vem sendo remunerado com mais justiça? Ou seria porque há mentes empreendedoras que, além do trabalho manual, oferecem um trabalho menos visível, mas de benefícios igualmente, ou muito mais, perenes (comodidades e confortos) que independem de trabalho manual, como curas ou novos tratamentos para problemas de saúde. Quando criticavam, e não reconheciam como trabalhador, aquele que ficava atrás. Um outro equívoco das teorias avessas à reciprocidade consiste no fato de considerarem que todo lucro só resulta de enriquecimento sem causa, de valor não pago a quem realmente trabalhou. De fato o termo “lucro” derivou-se de *‘lucrum’*, a mesma palavra latina da qual proveio o vocábulo “logro”, mas é só na origem terminológica que há alguma conexão entre os dois fenômenos. Muito do que se denomina hoje como “lucro” não o é. Há o equivocadamente chamado “lucro” que, em verdade é a remuneração daquilo que mentes proativas e criativas (empreendedoras) produzem para a sociedade.

Alguns diriam que, se essas mentes são mais privilegiadas, os outros seriam os “excluídos” e teriam direito à produção intelectual dos “privilegiados”; mas e se esses privilegiados passassem a pensar somente em benefício próprio a partir do momento em que sua produção intelectual passasse a beneficiar os demais?

Funestamente proliferam as teorias cegas a princípios como empreendedorismo e reciprocidade, e teorias que dividem a sociedade em dois grupos: “*beneficiados*” e “*excluídos*”. Se essas visões particulares, subjetivas e parciais, do mundo fossem abrigadas pelo direito de um povo, levá-lo-ia à estagnação e à desagregação social, desestimularia a produção racional do ser humano em benefício da coletividade.

O homem é proativo, elege métodos e metas, procura produzir utilidades para si e espera ser reconhecido pela comunidade por ter também para ela contribuído. O homem é,

por natureza, empreendedor. Negar-lhe o reconhecimento dessa sua qualidade e potencialidade é tratá-lo como mero objeto, afronta-lhe a dignidade, um dos maiores fundamentos da República Federativa do Brasil - art. 1º, inciso III da Constituição.

6. Capitalismo, socialismo ou reciprocidade empreendedora?

Seria equívoco ou exagero afirmar-se que as teorias socialistas em sua pureza original teriam sido mais válidas para o tempo em que foram concebidas e não tanto para a nossa época? Se a resposta é afirmativa o capitalismo conforme primitivamente concebido – ou sistematizado - também já se tornou anacrônico. Mas quem disse que devemos optar necessariamente por um ou outro grupo de teorias já concebidas? O homem teria parado de pensar desde que foi concebida essa visão maniqueísta?

Deve-se, no mínimo, esperar que se concebam muitas outras teorias, cada vez melhores do que, por exemplo, as de Marx, de Adam Smith, ou de quem seja, à medida que as sociedades humanas evoluem.

O homem não parou de evoluir. O homem não é como a abelha ou a formiga que trabalha, e muito, mas o faz apenas instintiva e automaticamente sem consciência dos objetivos a serem alcançados.

Trabalhador, na sociedade contemporânea, não é demais repetir e insistir, não é só quem produz algo físico, visível a olho nu, que tem forma física, cheiro, temperatura, mas todo aquele que cria algo que antes inexistia e que, independentemente da quantidade de calor despendida por seu autor, tem utilidade para todos. Ou será que o operário braçal, quase inconsciente e repetitivo como uma máquina, produtivo e honesto sem dúvida, digno dos maiores elogios e reconhecimento, teria mais valor que o cientista que descobrisse a cura para o câncer, para a AIDS, para o mal de Alzheimer, para as psicopatias, para a simples depressão (tão “simples” que pode levar a suicídios e homicídios)?

O homem deve passar a avaliar o mundo e autoavaliar-se racionalmente e não como um animal faminto, predador de ideias e desencorajador da utilização e aprimoramento de potencialidades intelectuais. Ou será que se deve continuar desprezando a realidade e as efetivas necessidades humanas, avaliando-se os homens a partir do ponto de vista do indivíduo que não conseguiu êxito em sua vida e, para se autojustificar, iguala o homem a uma abelha ou formiga coletora?

O mundo não é apenas uma fazenda, uma fábrica ou um engenho; nunca foi, e se um dia tivesse sido algo parecido, evoluiu muito. Chegou, ou talvez até já passou, a hora de se ouvir Karl Raimund Popper e analisar o mundo, as sociedades, o homem, como efetivamente são e em toda a riqueza de sua infinita diversidade, e não como parecem ser, como alguém gostaria que fosse ou precisa que seja para respaldar suas teorias. Trabalhador, na sociedade contemporânea não é só o operário da fazenda ou da fábrica. O conceito hoje é assimilado pelo de empreendedor, pessoa que produz algo útil (corpóreo ou incorpóreo)

para si e para a coletividade e, em consequência, obtém o direito correspondente a sua contribuição para a sociedade, tem direito à *reciprocidade*.

Não são poucos os dispositivos constitucionais que apontam para a valorização das aptidões e atuações produtivas. Dentre outros, sobressai o inciso VIII do art. 170 pertinente à busca *do pleno emprego*, elevada à categoria de princípio da ordem econômica. Buscar o pleno emprego não é simplesmente “dar emprego a todo mundo”, mas propiciar as condições necessárias para aproveitamento de toda a potencialidade empreendedora da população.

A figura do trabalhador pura e simplesmente considerada: pessoa que exerce esforço físico, aos poucos começa a ceder lugar à figura do empreendedor, daquele que não apenas executa um trabalho (em seu sentido convencional), é disciplinado, cumpre horários e não é indolente, mas daquele que, autônomo ou empregado, produz resultados que tornam melhor a vida das pessoas.

A rica diversidade das pessoas e de suas mentes é fundamental para alavancar e manter o desenvolvimento. É com base neste evidente fator de desenvolvimento que a Constituição, ao tratar da educação - “*direito de todos e dever do Estado e da família*” - valoriza o “*desenvolvimento da pessoa*”, seu preparo para a vida em sociedade, sua “*qualificação para o trabalho*”, como remanesce claro da leitura do art. 205.

Não é por outra razão que o art. 218 explicitamente estatui que “*O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas*”. Do mesmo artigo, emerge o princípio da *reciprocidade*, pelo reconhecimento e pela valorização das condutas produtivas, empreendedoras: no §1º, pelo tratamento prioritário do Estado à pesquisa visando o bem público e o progresso científico; no § 2º, ao definir que a pesquisa tecnológica deve ter por fins a solução dos problemas brasileiros e o “*desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional*”; no § 3º, ao prever a concessão de meios e condições de trabalho aos que se ocupem da ciência, pesquisa e tecnologia (implícita, mas obviamente, produtivas); no § 4º, ao estabelecer o apoio e estímulo às empresas que invistam em pesquisa e assegurem ao pessoal envolvido *remuneração desvinculada do salário e participação nos ganhos econômicos vinculados à sua produtividade*; e, finalmente, no § 5º, por força do qual os Estados e o Distrito Federal podem destinar receitas orçamentárias ao fomento *ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica*.

O art. 219 estabelece a reciprocidade entre o *incentivo devido* e o *desenvolvimento esperado*, ao estatuir que o mercado interno, por integrar o patrimônio nacional, será alvo de incentivo destinado a “*viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País*”.

Neutralizam, comprometem ou eliminam totalmente o potencial de desenvolvimento, aqueles sistemas que igualam todos independentemente de sua capacidade empreendedora, que desconhecem o direito ao reconhecimento e à retribuição proporcional ao esforço e aos resultados produzidos, à reciprocidade afinal.

Sem desenvolvimento, sobrevivem e se potencializam as dificuldades, a necessidade de se utilizar o discutível escudo da reserva do possível no atendimento dos direitos sociais, e as disputas pelas cada vez mais raras riquezas pois não seriam criadas mas apenas divididas. E sem criação de novas riquezas, não há desenvolvimento. Impende acentuar que não apenas o inventor cria algo que não existia, mas também aquele que faz algo já tradicional e nos moldes igualmente tradicionais, porém produz uma unidade desse algo que materialmente passa a existir somente a partir desse momento; mas o faz, claro, com espírito empreendedor: planeja, questiona, faz, gera, imediata ou mediatamente, desenvolvimento. Por que um empreendimento dá certo para um e para outro não, embora sejam ambos do mesmo ramo, mesmo porte, mesma região, etc.? Quem não deu certo poderia exigir reciprocidade? Teria oferecido algo à comunidade para dela esperar algum resultado? Estas questões serão objeto de maior aprofundamento linhas adiante.

Por que, enfim, não adotar apenas o que há de útil em cada teoria, independentemente de seu rótulo? A Constituição de 1988 o faz. Embora para muitos se mostrem mais evidentes as normas constitucionais de tendência capitalista, são inúmeras as normas que apontam para soluções tipicamente socialistas, e tantas outras cujos mandamentos nada têm a ver com qualquer das duas ideologias dominantes no mundo, mas a uma infinidade de outras que valorizam a grande diversidade de aspectos da vida humana.

Pode-se afirmar que socialismo e capitalismo são dois princípios constitucionais implícitos. Nenhum, portanto, pode ser sumariamente eliminado e sua aplicação no mundo concreto far-se-á à ajuda da técnica da ponderação dos interesses jurídicos envolvidos. Essa ponderação atingirá os objetivos que foram colimados pela sociedade quando instituiu o atual Estado brasileiro, mediante recurso, entre outros, aos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da reciprocidade.

7. Empreendedorismo privado e empreendedorismo do estado (eficiência)

Por que uma pessoa se estabelece, inicia um empreendimento e obtém tanto sucesso enquanto outras procuram fazer o mesmo e seu empreendimento não sobrevive ou sequer decola? A resposta está no espírito empreendedor (com efetividade) da primeira pessoa.

Alguém não se torna necessária e automaticamente empreendedor pelo simples fato de dar início a uma nova atividade. A noção de empreendedor pressupõe proatividade criativa e se completa com a eficácia. A proatividade criativa deve ser inovadora, geradora de utilidades ou comodidades inexistentes antes da atuação do empreendedor, ou pela criação de objeto novo, ou pela nova utilidade dada a objeto já existente. A eficácia está vinculada aos resultados positivos, úteis, do empreendimento.

Empreendedor não é somente o autônomo. Também o é o empregado, o funcionário público e toda pessoa que identifica necessidades presentes e antevê utilidades futuras e as materializa.

Por ser figura insubstituível em todo processo de desenvolvimento, o empreendedor deve ser reconhecido e compensado, caracterizando-se aí a reciprocidade. Sem reciprocidade, ninguém teria estímulo para produzir utilidades senão somente para si próprio e para seu grupo. Atitudes empreendedoras geram inovação, o que resulta em desenvolvimento para a sociedade e, para o empreendedor, na obtenção do direito correspondente.

O empreendedorismo privado é mero sacrifício quando o Estado é ineficiente. O art. 37 da Constituição, em seu *caput*, expressamente impõe à administração pública o dever de atuar com eficiência. Preteritamente implícito, o princípio da eficiência na administração deixou de ser objeto de dúvidas e divergências a partir da Emenda Constitucional nº 19. Mas o Estado não está obrigado a atuar eficientemente apenas ao administrar. A ele a Constituição implicitamente impõe a necessidade de conduzir-se eficientemente também ao exercer suas outras funções, ao levar a efeito a jurisdição, ao legislar e na persecução dos fins que prespõem atividades por estas não abrangidas, como as que competem ao Ministério Público.

Como resta inequívoco da leitura do preâmbulo da Constituição, o povo, representado pela Assembleia Nacional Constituinte, ao instituir o atual Estado brasileiro, o criou para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e os demais valores expressos ou implícitos na Constituição então promulgada. Instituiu, portanto, um Estado que deve, no mínimo, ser eficiente na execução de todas as suas competências e não somente das administrativas.

Mas o Estado não é o representante de Deus na Terra. Ele pode muito, mas não pode tudo. Ou seja, se, por um prisma, a reciprocidade pressupõe empreendedorismo privado e eficiência estatal, também é verdade que, por outro, a eficiência depende da reciprocidade.

Dos fatores envolvidos nessa constatação, deflui uma das equações básicas do relacionamento povo/Estado: “*prestações devidas pelo Estado = recursos gerados pela produção privada de riquezas + eficiência estatal*”. A teoria da *reserva do possível* converge com o resultado dessa equação e, naquilo em que divergir, naturalmente não pode ser válida

8. Reciprocidade e reserva do possível

A reciprocidade não é fundamental apenas em relação a direitos subjetivos de conteúdo patrimonial. Também direitos de outras naturezas por ela são alcançados quando sua satisfação depende de recursos derivados de trabalho humano, como os direitos sociais. Não é, obviamente, o que ocorre com outros direitos fundamentais como, por exemplo, os direitos à vida, à intimidade, ao tratamento isonômico, à liberdade, que não exigem desembolso por parte do Estado.

Há, todavia, um terreno que a reserva do possível não pode invadir: aquele definido pelos domínios do mínimo existencial. Seria, então, a proteção do mínimo existencial, a exceção, ou negação, da reciprocidade? Não parece.

Com o desenvolvimento, uma sociedade consegue, cada vez mais eficiente e satisfatoriamente, produzir os meios necessários para assegurar o atendimento de todos os interesses, e mesmo evitar que venham a surgir certas necessidades que hoje ainda esbarram na reserva do possível. Mas para isto, deve haver reciprocidade, devem ser criadas novas riquezas e não apenas consumidas as já existentes.

Quando em dado momento um Estado tem dificuldades para assegurar a satisfação de direitos sociais, e não apenas o mínimo existencial, é porque no passado ele foi ineficiente.

O que se conclui, enfim, é que, em qualquer sociedade, a reserva do possível é inversamente proporcional à eficiência do Estado e ao empreendedorismo privado.

A reserva do possível é justificável em determinado momento histórico somente na medida da reciprocidade então exigível.

Os limites da reserva do possível serão tanto menores quanto maior for o empreendedorismo privado e a eficiência estatal.

9. Conclusões

Espera a sociedade, como remanesce evidente da leitura da Constituição, que o particular, pessoa natural ou jurídica, seja proativo, criativo e eficaz, e que o Estado seja eficiente na busca de todos os fins que a ele competem, destacando-se o desenvolvimento. É o que se manifesta claro e inequívoco, em especial, no preâmbulo, no art. 3º, inciso II, e no *caput* do art. 37, e se subentende de todo o contexto normativo constitucional.

O princípio constitucional implícito da reciprocidade aponta para a reprovação incondicional de qualquer atitude, individual ou coletiva, premeditada, organizada ou espontânea, de simples disputa por bens e recursos, sem nada oferecer em troca.

O art. 225, § 2º, da Constituição, impõe ao explorador de recursos minerais o dever de restabelecer a reciprocidade recuperando o meio ambiente da degradação que tiver provocado. O art. 37, § 6º, obriga o próprio Estado, demais pessoas jurídicas de direito público e também as de direito privado prestadoras de serviço público, a repararem os danos que seus agentes, atuando nessa qualidade, tiverem provocado, pois as perdas teriam sido, em princípio, causadas no interesse das pessoas enumeradas no § 6º, e teriam provocado uma diminuição patrimonial não compensada, sem reciprocidade portanto.

O homem, pois, ao contrário de seus mais primitivos antepassados, não se limita a disputar e lutar com os demais pela obtenção de recursos disponibilizados pela natureza. Por força do princípio da reciprocidade, o homem não pode ocupar, e tampouco consumir, os bens naturais, em especial os limitados, mediante simples competição corporal, sem nada produzir a título de troca ou de compensação.

Sem pro atividade eficaz não há desenvolvimento. E sem reciprocidade, enfim, nunca será demais insistir, não há sustentabilidade.

Na pré-história, ao alimentar-se ou apropriar-se de recursos da natureza, o indivíduo necessária e automaticamente eliminava a possibilidade de outro fazê-lo; inexistia reciprocidade.

Hoje, o homem não se limita a caçar e coletar, ele cria, ele inova, ele não mais colhe os frutos da natureza, mas os guarda, seleciona, aperfeiçoa, replanta, multiplica. Ele também caça, mas cria, aprimora, multiplica e consome sem subtrair da natureza.

Ao eleger o desenvolvimento (não apenas econômico), a Constituição abandonou a vetusta disputa entre capitalismo e socialismo. Com sua opção pela produtividade, como o faz, por exemplo, ao erigir em fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que levam ao desenvolvimento, a Constituição valoriza o cidadão produtivo. Valoriza aquele que, em lugar de simplesmente esperar, rezar ou lutar por uma romântica e insustentável “*distribuição de riquezas*” ou por um acesso a “*bens de produção*”, põe sua mente a trabalhar e cria a sua riqueza, transforma coisas comuns em bens de produção, pertença ele à categoria dos empresários, autônomos, empregados, funcionários públicos ou a qualquer outra.

Bens não são “*de produção*” por natureza. É a mente humana que os torna produtivos, razão pela qual um mesmo bem será mais produtivo nas mãos de um, e menos, ou nada, produtivo nas mãos de outro.

A Constituição valoriza, enfim, o cidadão produtivo, inovador, proativo. E o faz pelo princípio da reciprocidade: o proativo obtém direitos proporcionais à sua contribuição para o desenvolvimento socioeconômico. Mas, consoante já se teve oportunidade de afirmar, não abandona aquele que não tem as condições naturais necessárias para desenvolver seu próprio empreendedorismo. Eles serão solidariamente assistidos pela sociedade até que consigam reunir as aludidas condições e, portanto, enquanto não conseguirem, ou ainda, para sempre se por qualquer deficiência involuntária jamais puderem fazê-lo. Não abandona quem não pode, mas também não abandona quem poderia e não o faz, ensinando quem não sabe como fazê-lo e motivando quem não quer. O ensino se opera por meio de muitos mecanismos, como, por exemplo, pelo apoio do Estado à formação de recursos humanos a que alude o art. 218, §3º, da Constituição; também se dá pelo apoio às empresas que adotarem sistemas de remuneração, desvinculada do salário, que valorize a produtividade do empregado (art. 218, § 4º). A motivação deflui do estímulo resultante do princípio da reciprocidade: aquele que se esforçar e produzir obterá e, obtendo para si, contribui e participa do desenvolvimento.

As riquezas, os bens de produção e tudo o mais que não é criado, mas apenas é cobijado, pelo indolente, não são “*dádivas divinas*” ou favores da “*mãe natureza*” ou da “*paca mama*” dos andinos. Não podem ser, igual e não economicamente, distribuídos também a quem não contribui. A distribuição sem reciprocidade inviabiliza o desenvolvimento além de óbvia e inquestionavelmente ser insustentável.

O sistema pelo qual opta a Constituição, como se vê, opostamente aos clássicos capitalismo e socialismo (e a outras visões particulares e exclusivistas), não é egoísta. Não se ilude buscando explicar e resolver o mundo sob um único e exclusivo enfoque, mas, ao contrário, adota o que de bom cada um (e não apenas aqueles dois) tem a oferecer.

As riquezas hoje existentes são produto de mentes proativas. Os bens de produção têm essa qualidade por obra de mentes empreendedoras que neles vislumbraram utilidade e não fonte inesgotável – e insustentável, pois – de recursos.

Onde há reciprocidade, todos ganham; onde não há, alguém ganha somente se outro perde, o que é insustentável. Na socialista distribuição de riquezas e na capitalista especulação financeira, um ganha, outro perde.

Pela reciprocidade, ganha quem oferece algo em troca, quem cria algo novo ou vê utilidade produtiva de soluções em algo velho. Na reciprocidade, não há ganho sem retribuição.

Justiça social não se alcança distribuindo a todos igualmente, inclusive aos ociosos por opção, aquilo que foi criado pelo trabalho de apenas alguns. Não cabe falar em justiça social onde o trabalho de alguns beneficia os indolentes e os que, além de não contribuírem, dificultam ou mesmo inviabilizam o trabalho de quem procura cumprir seu papel para construir uma sociedade justa.

Quem se limita a aproveitar-se, sem reciprocidade, do trabalho alheio, trata como se fosse objeto e não sujeito aquele que produz, agride a dignidade da pessoa humana.

Desenvolvimento se faz construindo o futuro e não distribuindo, generosa, demagógica e gratuitamente, sem critério, sem reciprocidade, sem justiça, o que foi construído no passado.

Não há desenvolvimento sem trabalho. Não há estímulo ao trabalho sem justiça social. Não há justiça social sem sustentabilidade. Não há sustentabilidade sem reciprocidade.

10. Referências

BELL, Eric. **Mathematics**: Queen and Servant of the Sciences. London: G. Bell & Sons Ltd., 1952.

DESCARTES, René. **Discours de la Méthode**. Paris: Classiques Larousse – Librairie Larousse, 1934.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGALIDADE MEDIANTE O PRESTÍGIO DE UMA IDEIA EQUIVOCADA DE EFICIÊNCIA E UMA VISÃO NILILISTA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

EMERSON GABARDO*

Sumario: 1. Prólogo; 2. O tema; 3. Referências.

1. Prólogo

É difícil escrever um texto em homenagem a uma figura tão importante em minha trajetória pessoal. Para além de um reconhecidíssimo jurista e figura marcante na história do Direito administrativo brasileiro, o professor Romeu Felipe Bacellar Filho foi meu orientador de mestrado e doutorado. Seguir seus passos é um privilégio; mas não é um privilégio para poucos, felizmente. É enorme o conjunto dos seus discípulos e tenho orgulho de ser mais um entre eles. Nada que possa ser escrito e registrado formalmente é capaz de traduzir de maneira adequada a expressão que possui sua personalidade. De todo modo, vale a tentativa de prestar o devido reconhecimento por intermédio de um texto científico inspirado em obras marcantes tais como “Reflexões sobre Direito Administrativo”,¹ ou então, “Direito Administrativo e o novo Código Civil”;² sem falar na obra máxima: “Processo administrativo disciplinar”.³ O tema escolhido é correlato justamente a algumas ideias deste último texto,

* Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law (Nova York). Doutor em Direito do Estado e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Diretor Executivo do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR (www.ninc.com.br). Líder do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Diretor Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Membro do Foro Iberoamericano de Direito Administrativo, da Asociación de Derecho Público del MERCOSUR e da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

assim como propostas defendidas originalmente em de minha dissertação de mestrado (e do meu primeiro livro). Achei elucidativo retomar o assunto nesta oportunidade.

2. O tema

A moral, a lei e a eficiência têm se substituído em diferentes etapas da institucionalização do poder nas sociedades posteriores ao período clássico. Em particular, o Estado sempre se utilizou de mecanismos simbólicos de legitimação. Na Idade média, a moral religiosa prevaleceu. Já a eficiência nasceu do anseio racionalista, porém, fracassou como fundamento do domínio devido justamente ao seu abandono de valores e princípios. Na transição para a modernidade, o sujeito não estava (como em geral não está) disposto a prescindir de alguma fundamentação em valores e princípios. Surge então a lei como instrumento de legitimação, sendo o positivismo seu principal substrato – com ela recusa-se o elemento puramente pragmático na condução do poder, mas se mantém a depuração axiológica típica do racionalismo moderno.⁴

A legitimação por intermédio do Direito legal (laico, autônomo e humanista) implicou o advento de um sistema formalista e hierarquizado. Afinal, havia uma forte demanda por segurança jurídica e previsibilidade no ambiente pós-absolutista. Além, é claro, da preocupação do homem moderno com a precisão, a técnica e a lógica. Houve, então, uma cientificação do Direito,⁵ primeiro com o abandono da moral e da política e, depois, da eficiência. O Estado passa a ser primeiro legislador e, depois, administrativo ou jurisdicional. Conforme descreve Max Weber, este fenômeno desenvolve-se no contexto de prevalência da soberania, da centralização, da despersonalização, da burocratização, da recusa tanto ao empirismo quanto à casuística.⁶ A legitimidade passa a ser um dado apriorístico, que independe dos resultados da ação do Estado. Ocorre a processualização da política, a funcionalização do poder, a especialização de tarefas governamentais e a ampliação exponencial da atividade administrativa.

Todavia, esta legitimidade baseada na sua confusão com a legalidade não se sustentou como um mecanismo de legitimação simbólica: o idealismo foi acusado de utopia, a discursividade do Direito foi confundida com a sistematização dos códigos, e a coerção legal acabou adquirindo uma imagem de opressão – notadamente devido às experiências ditatoriais e totalitárias vivenciadas no século XX. Após um incrível sucesso inicial, a busca

⁴ Este assunto foi aprofundado em trabalho anterior: GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003. p. 56 e ss.

⁵ Ver, sobre o tema: HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ano 11, n. 46, out./dez., 2011, p. 199-219.

⁶ DREIFUS, Renè. **Política, poder, Estado e força: uma leitura de Weber**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 26 e ss.

da neutralidade típica da legalidade entrou em crise. O formalismo positivista parece que não mais satisfaz como instrumento de legitimação do poder.⁷

Neste ambiente de demanda por valores, por efetividade, por princípios materiais e por certa radicalização democrática, a flexibilização do Direito legal torna-se cada vez mais plausível; quase uma exigência de um ambiente que passa a ser chamado de pós-moderno.⁸ Em certa medida há uma tentativa de rompimento com o discurso metafísico e com as pretensões de universalidade e atemporalidade do Direito. Surgem então movimentos que podem ser de esquerda (como é o caso da crítica de Boaventura de Sousa Santos)⁹ ou de direita (como é o caso do liberalismo economicista de Milton Friedman),¹⁰ mas ambos inseridos em uma semelhante mentalidade.¹¹ A ideologia neoconstitucional encontra na pós-modernidade um ambiente fértil para germinar.

Todavia, tal crítica ao racionalismo moderno, bem como ao seu maior símbolo, a lei, descamba para um fenômeno de desordem em que: o individualismo moderno é substituído por um exagero narcisista, os princípios e valores são conduzidos a um paradoxal desfazimento subjetivo-pragmatista, a dogmática jurídica é substituída por um ecletismo irracional e a ideia de separação de poderes é dissolvida por certo niilismo político. Tudo em nome da efetividade e de um Direito mais próximo às demandas do sujeito – o que também passa a ser uma das características-chave do Estado social.¹²

No entorno do Direito público moderno, dos seis pilares estruturantes geralmente apontados como aqueles predominantes no imaginário político-jurídico (autoridade, função, interesse público, legalidade, formalismo e publicidade),¹³ apenas sobrevive com força simbólica a publicidade (esta sensivelmente mais prestigiada tanto no seu viés de recuperação da memória quanto no seu viés de transparência estatal).¹⁴ Cada vez mais ganham espaço

⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 280 e ss.

⁸ E vários livros são escritos a respeito deste novo momento paradigmático. A título de exemplificação, conferir: HELLER, Agnes; FÉHER, Ferenc. **A condição política pós-moderna**. Tradução de Marcus Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002; ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1998; LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 6. ed. Tradução de Ricardo C. Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000; HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 13. ed. Tradução de Adail U. Sobral e Maria S. Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004.

⁹ SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

¹⁰ FRIEDMAN, Milton e FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de Escolher – o novo liberalismo econômico**. Tradução de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro: Record, 1980.

¹¹ Utilizando-se para a diferenciação entre direita e esquerda a teoria de Norberto Bobbio. Cf.: BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1995.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006.

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁴ E a Lei 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação teve um papel decisivo nesta seara. Cf.: SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de acesso à informação (LAI)**. São Paulo: Atlas, 2015; e, ainda: HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

na doutrina (e na jurisprudência, embora com menor força) as ideias de: igualdade entre o Poder Público e os cidadãos; autonomia da vontade e consensualidade na relação entre o setor público e o setor privado; liberdade dos sujeitos a partir de uma legalidade em sentido negativo; e informalismo no ambiente administrativo, mediante reformas que sejam desburocratizantes na busca por relações horizontais no contexto da atividade administrativa.¹⁵

Tal ideário não é, em si mesmo, algo passível de uma contestação teórica. A ideia fundamental que está por detrás deste movimento de transformação do Direito administrativo é sua maior capacidade de atendimento efetivo das necessidades da sociedade. Entretanto, o efeito pretendido não é uma decorrência, nem lógica, nem prática, das premissas suscitadas. Não é difícil analisar como o caminho trilhado por parcela da doutrina denota-se muito carente de vantagens em face ao modelo anterior, pois não consegue resolver os seus pontos de fracasso ao mesmo tempo em que traz novas dificuldades (o realismo é interessante do ponto de vista descritivo, mas nem sempre o será do ponto de vista normativo). Ocorre que esta tendência tem influenciado de forma significativa o Direito administrativo nacional, em que pese se manifeste de diferentes maneiras dependendo do autor, do órgão administrativo, da específica decisão judicial considerada, ou como prefere Fernando Dias Menezes de Almeida, dos modelos teóricos, que podem ser inseridos em ao menos quatro blocos de evolução: o primeiro, que possui caráter mais estritamente jurídico e proclama pela validade da ação administrativa a partir de valores constitucionalmente fixados (com ou sem a ênfase no interesse público); o segundo, que agrega ao Direito nuances políticas e acredita na validade da ação estatal a partir do consenso e da participação democrática; o terceiro, que aglutina notas econômicas ao Direito, ou defendendo a subsidiariedade e a privatização ou contrapondo tais teses; e a quarta, que também é jurídica, mas influenciada pela ciência da administração, propondo mecanismos de eficiência da gestão.¹⁶

Essa classificação é interessante e parece realmente retratar os diferentes movimentos teóricos vivenciados, mas sempre é possível olhar por outro ângulo. De um ponto de vista didático, também é possível dividir a doutrina nacional (e aqui não se está mais falando da teoria) em três grandes grupos com certo grau de afinidade no tocante à sua interpretação a respeito da legalidade administrativa segundo o atual regime jurídico constitucional.¹⁷ O primeiro, aquele que defende uma visão tradicional, pode ser chamado de defensor da *legalidade em sentido estrito*; o segundo, é aquele que defende a *legalidade em sentido amplo* (como juridicidade); e o terceiro, mais radical, cuja defesa da legalidade em sentido amplo chega ao ponto de defender certa *negação da legalidade* como princípio especial da

¹⁵ Várias destas novas tendências são descritas, com otimismo, por Odete Medauar. Cf.: MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da teoria do Direito administrativo no Brasil**. São Paulo: 2013. Tese [Concurso de Professor Titular]. Universidade de São Paulo. p. 380 e ss.

¹⁷ A distinção é arbitrária e não advém de uma auto-intitulação. É possível, portanto, que os próprios autores discorrassem de sua inclusão em um ou outro grupo, considerando que não existe propriamente uma teoria única; e cada qual possui diferentes níveis de aceitação ou não da flexibilização da legalidade administrativa.

administração. As três correntes foram influenciadas pelo neoconstitucionalismo, mas de diferentes maneiras.

A tendência predominante é a segunda. Até meados da década de 1980 a interpretação do princípio da legalidade no Direito administrativo implicava sua vinculação à lei (mesmo nos espaços discricionários – neste ponto afastando-se um pouco das teorizações de Kelsen e Merkel).¹⁸ Tratava-se de uma legalidade que implicava uma vinculação positiva ao Direito contrapondo-a à legalidade como princípio do Direito privado. Prevalece a famosa máxima: “ao contrário da pessoa de direito privado que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza, expressa ou implicitamente”.¹⁹ Contudo, esta perspectiva sofreu uma renovação por influência do fenômeno do neoconstitucionalismo, propiciando o advento de uma *legalidade em sentido amplo*. Sem abandonar o postulado básico de vinculação da atividade administrativa à lei, tratou-se de ampliar o conceito de “lei” para torná-lo equivalente ao conceito de “Direito”. Ou seja, o administrador não estaria mais somente vinculado à lei em sentido formal (decorrente do clássico processo legislativo), mas sim ao Direito como um todo (e neste caso, a lei em sentido estrito seria apenas mais um dado a ser considerado). Odete Medauar recorre a várias tendências internacionais para justificar esta “evolução” do Direito administrativo que propugna pela submissão da Administração não à lei, mas ao ordenamento jurídico.²⁰

Assim como Eduardo Soto Kloss, no Chile,²¹ Cármen Lúcia Antunes Rocha defendeu em solo nacional, no início da década de 1990, a própria substituição da expressão princípio da legalidade por princípio da juridicidade, chegando ao ponto de considerá-lo um direito fundamental do indivíduo (o que acaba denotando certa confusão conceitual).²² O pensamento esboçado pela autora em sua obra clássica não é tão claro, pois paradoxalmente flerta de forma significativa com uma interpretação restrita do princípio da legalidade administrativa. Mas o fato é que se tornou um marco simbólico de uma nova perspectiva interpretativa, que vincula a administração mais a um critério de “compatibilidade” do que de “conformidade” à lei.²³ Trata-se de um fenômeno de aglutinação paulatina entre as noções de legitimidade e constitucionalidade, alterando a própria natureza da legalidade, transmutando-a em

¹⁸ Esta é, ao menos, a opinião de Seabra Fagundes (que se acredita ser a posição dominante na jurisprudência e doutrina brasileiras da segunda metade do século XX). Cf.: FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 19.

¹⁹ TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**. n. 206, out./dez., 1996, p. 2.

²⁰ A autora cita o Direito português, espanhol e alemão afirmando que em todos está presente esta tendência. Cf.: MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução...**, p. 144 e ss.

²¹ KLOSS, Eduardo Soto. **Derecho Administrativo. Bases fundamentales. El principio de juridicidad**. Santiago: Jurídica de Chile, t. II, 1996.

²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69 e ss.

²³ Esta forma de analisar a legalidade se tornou consagrada a partir do texto de Eisenmann, ainda que no presente caso se esteja adotando uma perspectiva “abrasileirada” das categorias, que não correspondem exatamente ao que

juridicidade.²⁴ Além de Carmen Lúcia Antunes Rocha, vários autores contemporâneos (em maior ou menor grau) recepcionaram este novo paradigma, tais como Silvio Luís Ferreira da Rocha, Alexandre Santos Aragão, Odete Medauar, Raquel Urbano de Carvalho e, ainda que de forma tímida, Maria Sylvia Zanella di Pietro.²⁵

A vinculação ao princípio da juridicidade propiciou uma interpretação mais radical em que a vinculação do administrador ao Direito como um todo implica que ele deve agir estando autorizado pelo sistema constitucional ou, ao menos, sem contrariedade à lei. Estes são os limites, para além dos quais, as decisões seriam autônomas. Nesse sentido, há certa negação da vinculação ao legislador como critério especial da Administração Pública. É difícil distinguir de forma peremptória os autores da segunda e da terceira visão. Mas talvez seja o caso de indicar Carlos Ari Sundfeld, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Patrícia Batista e Lucas Rocha Furtado nesta última perspectiva.²⁶

A grande peculiaridade da legalidade administrativa é a sua imposição de uma obrigação positiva ao administrador. Quando se admite que o administrador pode fazer tudo, desde que não seja proibido pela lei, então, resta suprimido o principal elemento de especialização do regime (recaído-se, portanto, no respeito à lei em geral – obrigação de todos, sejam agentes públicos ou privados).

Mesmo teses atenuadas a respeito do assunto acabam por legitimar uma atividade administrativa livre, que certamente promove uma reinterpretação da separação dos poderes e do significado de cada uma das funções do Estado. Relegar a vinculação legal apenas aos casos intitulados como de “reserva de lei” é uma forma também de matar a especialidade do regime, pois não mais se está distinguindo-o do regime privado (e a intenção parece ser exatamente esta).²⁷ De todo modo, esta óptica não deixa de ser um entendimento niilista da

sugeriu o autor quando estudou o Direito francês. Cf.: EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**. v. 56, abr./jun., 1959, p. 47-70.

²⁴ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009, p. 48 e ss.

²⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013; ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: 2010; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009; PIETRO, Maria Sylvia di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015;

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013; BATISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Cabe uma ressalva: no caso do professor Sundfeld é difícil, entretanto, enquadrá-lo em alguma corrente, pois o autor assume uma postura assumidamente pragmática em seus textos, o que dificulta sobremaneira a sua inclusão em correntes teóricas cujo critério seja a coerência lógica global.

²⁷ É o caso da posição de Patrícia Batista, ao sustentar que: “Subsiste, todavia, a regra da vinculação positiva à lei – quer dizer, a necessidade de prévia autorização legal – para aquelas matérias submetidas constitucionalmente à reserva de lei e, ainda, para as atividades administrativas de natureza gravosa, passíveis de limitar ou extinguir direitos subjetivos dos administrados. Nas demais áreas de atuação administrativa, especialmente as de organização, fomento, planejamento e prestação, há que se presumir dispensada, em princípio, a exigência de programação legal anterior.” BATISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo...**, p. 111.

legalidade, ainda que assim não consiga da legalidade se afastar totalmente (ou seja, na prática, a lei torna-se um artigo disponível para o seu uso quando conveniente).

Mas é preciso ressaltar que a adoção de uma postura radical de flexibilização da legalidade não se conecta necessariamente com a tese da deslegalização ou do regulamento autônomo. O próprio Hely Lopes Meirelles possuía uma interpretação restrita de legalidade, mas admitia os regulamentos autônomos.²⁸ E o mesmo parece ocorrer com Eros Roberto Grau, cuja tese a respeito do exercício de funções normativas autônomas pelo Executivo não se reporta a um fundamento equivalente aos acima descritos como típicos da legalidade em sentido amplo.²⁹

Finalmente, cabe salientar que alguns autores mantiveram-se fiéis a uma corrente menos empolgada com a flexibilização da lei como norte positivo do administrador. Para eles, a legalidade administrativa prevista na Constituição se reporta à lei em sentido formal. Entretanto, os juristas vinculados a esta posição não deixam de reconhecer a superação da característica formalista do positivismo, adotando uma postura permeada pelo fenômeno constitucionalista em que os princípios passam a adotar um papel protagonista na realização do Direito. Exemplos de autores que adotam um sentido de legalidade restrito são Celso Antônio Bandeira de Mello, Romeu Felipe Bacellar Filho, Weida Zancaner, Marçal Justen Filho, Edmir Netto de Araújo, Juarez Freitas, Diógenes Gasparini, Irene Nohara e Marcus V. Corrêa Bittencourt.³⁰ O que não quer dizer que eles possuem a mesma concepção de legalidade; cada qual aplica a premissa de forma diversa a depender do assunto específico tratado (pois obviamente que mesmo o sentido estrito de legalidade admite diferentes interpretações). No Brasil, parece difícil encontrar doutrinadores que defendam (se é que existiram) uma concepção meramente exegética e formal de aplicação da regra legal.

Os fundamentos favoráveis ao sentido amplo predominante (o segundo sentido ora apontado) são significativos e merecem consideração. Contudo, mais convincente é a tese do sentido estrito. Romeu Felipe Bacellar Filho se dedica ao tema e elabora uma contestação sem reparos a partir de duas proposições. A primeira é de ordem lógica formal: o autor rememora que, como é notório, o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 112.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 167 e ss.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014; NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015; BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Cabe um alerta: Justen Filho em geral adota posições significativamente diferenciadas dos demais autores alocados neste grupo. Todavia, da leitura dos seus textos, no tocante ao assunto, não foi possível extrair uma defesa tão elástica da legalidade quando fazem os demais autores das correntes de sentido amplo.

elencar cinco princípios constitucionais da Administração Pública. E em assim sendo, “se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa seria inútil e totalmente despida de sentido a afirmação de outros princípios constitucionais da Administração Pública”. Ou seja, se a Constituição dá autonomia a cada um dos princípios, não faz sentido torna-los um todo compacto, seja chamando-o de legalidade (ampla), seja dando-lhe o nome de juridicidade. Como seria possível ponderar legalidade e moralidade se a moralidade está dentro do conceito de legalidade? Não faz sentido. A segunda é de ordem lógica material: a adoção de um conceito amplo faz confundir legalidade com constitucionalidade. Por certo que na atualidade o administrador não pode descumprir a Constituição e seus princípios. Todavia, esta realidade em nada interfere na necessidade de respeito positivo às normas oriundas do processo legislativo infraconstitucional.³¹ Este último argumento também é desenvolvido por Marçal Justen Filho.³²

A adoção de um sentido amplo de legalidade é um tiro no pé, pois em seu sentido amplo *fraco*, acaba por redundar em um sistema de princípios cuja aplicação ocorre pragmaticamente. Ou seja, o casuismo torna-se a regra e ainda que não se assuma tal postura, por certo que no fundo o que se busca é a eficiência da tomada de decisão por intermédio de interpretações subjetivas. O princípio da legalidade em sentido estrito é perfeitamente consonante com o processo de constitucionalização. Isso implica que a legalidade não deve mais ser tratada como um “super-princípio”, derogatório dos demais. Por outro lado, não deve ser esgarçada, perdendo a capacidade de vinculação formal e positiva sobre o administrador.

Do ponto de vista fenomenológico, não resta dúvida que há uma diluição do princípio da separação dos poderes (leia-se “funções”). Cada vez mais uma estrutura estatal ingressa nas atividades da outra. Mas isso não quer dizer que seja necessário o reconhecimento e a aceitação da situação como legítima. Por certo alguns entenderão que sim (e é legítimo que existam posições neste sentido), mas a proposta ora apresentada é a de que se trata de um problema propiciador de má qualidade ao processo de tomada de decisão. A fixação de competências é algo favorável à racionalização do regime e, por sua vez, a racionalização do regime tende a fomentar coerência e segurança ao cidadão. O vínculo à lei, em que pese sempre problemático, ainda é uma opção mais prudente e interessante que as alternativas apresentadas. Em que pese o otimismo de alguns autores, e o ceticismo de outros, o consenso e a ruptura com a clássica separação dos poderes não indica ser uma boa opção, mas sim o retorno a um sentido estrito de legalidade, como um princípio em igual hierarquia normativa com outros princípios constitucionais, podendo, inclusive sofrer um processo de concordância prática pela cedência recíproca, conforme já esclareceu de forma bastante oportuna José Joaquim Gomes Canotilho.³³

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 168 e ss.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 209.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed., Lisboa: Almedina, 2000, p. 1146-1147.

3. Referências

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da teoria do Direito administrativo no Brasil**. São Paulo: 2013. Tese [Concurso de Professor Titular]. Universidade de São Paulo.
- ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1998.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BATISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed., Lisboa: Almedina, 2000.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009.
- DREIFUS, Renè. **Política, poder, Estado e força: uma leitura de Weber**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**. v. 56, abr./jun., 1959, p. 47-70.
- FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FRIEDMAN, Milton e FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de Escolher – o novo liberalismo econômico**. Tradução de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro: Record, 1980.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ano 11, n. 46, out./dez., 2011, p. 199-219.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 13. ed. Tradução de Adail U. Sobral e Maria S. Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004.
- HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

- HELLER, Agnes; FÉHER, Ferenc. **A condição política pós-moderna**. Tradução de Marcus Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- KLOSS, Eduardo Soto. **Derecho Administrativo. Bases fundamentales. El principio de juridicidad**. Santiago: Jurídica de Chile, t. II, 1996.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 6. ed. Tradução de Ricardo C. Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: 2010.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006.
- PIETRO, Maria Sylvania di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de acesso à informação (LAI)**. São Paulo: Atlas, 2015.
- SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**. n. 206, out./dez., 1996.
- ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ORGANIZAÇÃO ESTRUTURAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

FABRÍCIO MOTTA*

Sumário: 1. Organização e administração; 2. Administração Pública; 3. Organização da Administração Pública; 3.1. Organização estrutural da Administração Pública; 4. Referências.

A homenagem e o homenageado

Há 15 anos, na ocasião em que o Congresso Brasileiro de Direito Administrativo era realizado pela primeira vez em Goiânia, conheci o Professor Romeu Bacellar Filho, então Presidente do nosso IBDA. Já tinha ouvido falar um pouco no seu nome, mas não tanto, sobretudo em razão de estar somente iniciando meus estudos mais aprofundados em Direito Administrativo. Durante aquele Congresso, fiquei muito impressionado: sua presença era magnética, atraía tudo e todos. Suas histórias eram excelentes e inacreditáveis; suas lições eram muito estimulantes e sua energia era muito, mas muito forte. De lá para cá, mudou somente nosso relacionamento: ganhei um grande amigo – o melhor que se pode ter - com quem tenho o privilégio de aprender sobre Direito e sobre a vida. Não tive a oportunidade de ser seu aluno regular, mas me considero “filho adotivo” de sua escola, tamanha nossa proximidade e tamanha a admiração que nutro por suas lições e exemplos. Do alto de seu justo sucesso profissional, Romeu continua simples, culto, sério, direto, engraçado, decidido e indignado - por essas e outras razões, minha admiração por ele cresce a cada dia e todas as homenagens que lhe forem prestadas serão sempre insuficientes.

1. Organização e administração

Organizar, na acepção comum, designa a atividade de “colocar em ordem” com amparo em algum *critério* e com vistas a determinada *finalidade*. O vocábulo *organização*, por sua vez, compreende os atos e efeitos de organizar, podendo abranger estruturas, instrumentos, processos e finalidades buscadas com a sobredita ordem. A etimologia do vocábulo *administração*, por seu turno, é marcada por dissenso entre os especialistas. Cretella Júnior,

* Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás – UFG. Doutor em Direito do Estado (USP) e Mestre em Direito Administrativo (UFMG). Procurador do Ministério Público de Contas (MPCTCM/GO).

ao analisar as duas posições antagônicas principais com relação à origem e significado da raiz “min”, ensina que, “no primeiro caso, está presente a ideia de comando ativo, de orientação, direção, chefia e, no segundo, a ideia oposta de subordinação passiva, de orientado, dirigido, servidor. Como quer que seja, dois pontos são evidentes: nas famílias de palavras mencionadas há sempre a ideia geral de relação hierárquica, de subordinante-subordinado. (...) Da palavra administração emerge evidente sentido dinâmico, a que se associa, sempre, a ideia de vontade organizada, orientada para um fim, de caráter econômico ou não, de natureza privada ou pública”¹

As duas expressões – organização e administração – possuem como elemento comum a *finalidade* ou, melhor, a *busca orientada de determinados fins*. Autores clássicos da Ciência da Administração defendem que essa busca orientada está sujeita a princípios fundamentais, de aplicação generalizada, que permitiriam reconhecer a existência de uma teoria científica da organização, aplicável inclusive à Administração Pública². É justamente a *finalidade* o ponto nodal de distinção entre as diversas formas de *organização* e *administração*. Na clássica lição de Ruy Cirne Lima, a *finalidade pública* condiciona a Administração Pública e marca o direito administrativo “(...) como qualquer acidente do terreno pode causar a formação de um cômoro nas praias do mar. É suficiente que uma saliência mínima enrugue o chão liso. Sobre ela, batidas pelo vento, logo as areias se acumulam e já o acúmulo das primeiras suplanta a saliência primitiva para fazer-lhe as vezes e deter e acumular as novas areias que o vento tange”³.

Romeu Bacellar anota que a finalidade geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum:

*A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As sobranceiras e numerosas tarefas administrativas conferidas aos mandatários públicos e ao corpo administrativo não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário*⁴.

Trata-se, pois, de realidades que se completam. Sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, convém relembra a clássica lição de Santi Romano ao dizer que o direito, antes de ser norma e de implicar uma simples relação ou uma série de relações sociais, é, sobretudo *organização, estrutura*.

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 21.

² Para uma análise específica a respeito desse posicionamento, confira MALLART, José. La organización científica de la Administración pública. **Revista de Estudios Políticos**, vol. 15, n. 83, p. 91-111, sep./oct. 1955.

³ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 1954. p.12.

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, vol. 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011.

2. Administração Pública

Essa abordagem inicial é aplicável para as diversas acepções que a expressão “Administração Pública” assume. A expressão encontra-se ligada ao exercício da *função administrativa*, uma das diversas funções executadas pelo Estado. O significado de *função*, por seu turno, é voltado à realização de atividades em prol do interesse de terceiros. No que toca à função pública, Renato Alessi anotou: “Il potere statale appunto considerato in quanto diretto a queste finalità di interesse collettivo ed in quanto oggetto di un dovere giuridico relativamente alla sua esplicazione, costituisce una funzione statale”⁵

Forte na lição de Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que a função administrativa “(...) é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”⁶

A *função administrativa* é, então, um complexo de *atividades*, de diversa natureza e conteúdo, predeterminadas pelo ordenamento jurídico, voltadas à persecução de finalidades gerais. Essa definição contempla a função sob o *aspecto objetivo*, ou seja, como uma gama de *atividades*, com características e regimes próprios impostos pelo conjunto normativo. Diferentemente, o *aspecto subjetivo* encara a Administração colocando em foco os sujeitos responsáveis pela realização das atividades, como se verá.

Desta forma, falar em *Administração Pública em sentido objetivo* significa falar no exercício das atividades que compõem a função administrativa estatal, na forma como estruturada no ordenamento. Ao fazer referência à “funcionalização”, Giannini anota que as atividades desenvolvidas pela Administração adquirem relevância jurídica, transformando-se em *funções*, em razão do princípio da legalidade. Cabe à lei fixar os objetivos (interesses a proteger, quais interesses serão reconhecidos como públicos) e disciplinar o desenvolvimento das atividades (por meio de procedimentos). Ressalta o autor que a atividade é previamente definida, porque é preciso predefinir o poder, seja para dar-lhe uma posição de prevalência frente ao particular, seja para limitá-lo.

Não há uniformidade na doutrina no tocante à enumeração e classificação das atividades realizadas pela Administração. A concepção que angariou talvez maior aceitação foi iniciada pelo espanhol Jordana de Pozas, por volta da metade do século XX, e dividia as atividades da Administração em três categorias: serviço público, polícia e fomento. Posteriormente, a doutrina espanhola foi complementando essa classificação tripartida em razão de outras manifestações que começaram a aparecer, notadamente em razão do exercício

⁵ ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. v. I. Milão: Giuffrè, 1974. p.3.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 36.

das atividades de planejamento e da exploração direta de atividades de caráter comercial ou industrial por parte do Estado.

Essa concepção ainda tem larga aceitação na doutrina brasileira, a despeito da existência de diversas peculiaridades em cada critério. *Grosso modo*, a depender do conceito mais ou menos amplo que se utilize para cada categoria, as atividades podem ser reconduzidas às seguintes: *serviço público*, abrangendo todas as atividades prestacionais oferecidas direta ou indiretamente pela Administração para satisfazer as necessidades coletivas; *polícia*, englobando as atividades que implicam limitações ou restrições à autonomia privada; *fomento*, abrangendo os instrumentos e técnicas de que se vale a Administração para estimular as atividades econômicas e sociais da iniciativa privada para atingir objetivos ligados ao interesse público; e *exploração direta de atividade econômica*, sob regime de direito privado, nas hipóteses admitidas pelo ordenamento. Cada uma dessas atividades constitui, como regra, um capítulo do direito administrativo.

De outra banda, quando o enfoque é voltado para os *sujeitos* aos quais o ordenamento determina o exercício das *atividades* que compõem a *função*, a Administração Pública está sendo considerada como *estrutura*, ou seja, em sentido *subjetivo*, como conjunto de sujeitos, personalizados ou não.⁷ Percebe-se que as acepções *objetiva* e *subjetiva* são complementares, pois as atividades que compõem uma função estatal dependem de sujeitos para tornarem-nas realidade.

Francesco Modugno evidencia essa complementaridade ao fazer a correlação entre *functio* e *officium*, atividade e sujeito. O autor segmenta a análise da *função administrativa* em elementos constitutivos que revelam características específicas. Segundo o autor, a função-finalidade (*funzione-scopo*) é o momento inicial de escolha política, consistindo na individualização da finalidade geral a ser perseguida – existem tantas funções quantas forem as finalidades gerais assumidas pelo ordenamento. A função-atividade (*funzione-compito*) é o momento sucessivo de estabelecer as atividades necessárias ao atingimento das finalidades, pois cada função consiste em uma série de atividades. Finalmente, a função-competência

⁷ Ao tratar dessa clássica distinção encampada pela doutrina nacional, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina: “Em sentido *objetivo*, a Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo. (...) pode-se definir Administração pública, em sentido *subjetivo*, como o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57-58). Marçal Justen Filho define a função como um conjunto de competências, e a atividade como a sequência de ações e omissões por meio das quais se exercita a função e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam sua existência. Para o autor, Administração Pública, em sentido objetivo, “é o conjunto dos bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa. Sob um enfoque funcional, a Administração Pública é uma espécie de atividade, caracterizada pela adoção de providências de diversa natureza, visando à satisfação imediata dos direitos fundamentais”; em sentido subjetivo, ao invés, “compreende diversos centros de imputação jurídica. Compõe-se das pessoas que exercitam atividade administrativa e dos órgãos públicos que formam e exteriorizam a vontade delas e que, para certos efeitos, são investidos em poderes, deveres e direitos” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 266).

(*funzione-ufficio*) reflete o momento de distribuir as atividades entre os diversos sujeitos.⁸ Essas diferentes manifestações da função pública compõem o processo progressivo de definição da organização da Administração Pública.

3. Organização da Administração Pública

Em consequência do que foi exposto, pode-se falar em “organização da Administração Pública” em *sentido amplo*, abrangendo as acepções *subjéti*va e *objetiva*, definindo-a como a composição e conformação de estruturas, competências, processos e instrumentos da Administração voltados ao alcance de finalidades públicas. Nesse sentido amplo, a organização da Administração compreende objetos diversos, tais como: (a) criação e composição de estruturas subjétivas e *objetivas* adequadas para o alcance de finalidades; (b) determinação e distribuição das tarefas entre estruturas e agentes mediante critérios estabelecidos e voltados para o alcance dos objetivos; (c) provisão de pessoal para o exercício das tarefas; (d) relações de coordenação, subordinação e controle entre as diversas estruturas organizativas; (e) estruturação específica da prestação de cada uma das diversas atividades realizadas pela Administração de forma a atingir, de forma satisfatória, as finalidades públicas específicas buscadas; e (f) controle de todos os processos planejados e executados.

Luciano Parejo Alfonso entende a *organização* como o exercício de um poder estatal constituído, entendendo-a como a soma dos meios em cada momento disponíveis para o desenvolvimento de atividades, por um titular do exercício de poder que lhe tenha sido atribuído, cujo objetivo é o estabelecimento de uma ordem na atuação para perseguir a realização de determinados fins com um mínimo adequado de trabalho e custos.⁹ Mário Nigro propõe definição semelhante:

“Sembra così che si possa definire l’organizzazione come il complesso degli uffici, quali strumenti predisposti dall’ordinamento per la cura degli interessi generali di una comunità: uffici assunti sia nella loro singularità, sia nei loro collegamenti, e considerati non solo come meri circoli di competenze ma nell’unità dei mezzi personali e reali che rendono possibili la cura degli interessi”.¹⁰

Ainda sob o enfoque amplo, “organização administrativa” pode ser entendida como

(...) um campo de políticas de gestão pública que inclui a concepção, a implantação e a avaliação de estruturas organizacionais (nas perspectivas macro e microgovernamentais) e de modelos institucionais – ou seja, a tipologia de entes públicos e

⁸ Apud MERLONI, Francesco. Interesse pubblico, funzioni amministrative e funzionari. Allá luce del principio di distinzione tra política e amministrazione. In: CONTIERI, Alfredo et al. (org.). **L’interesse pubblico tra política e amministrazione**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009. p. 3-46. O autor utiliza a expressão *ufficio* em sentido amplo, difusa no direito italiano, para abranger órgãos públicos e divisões internas da Administração que não tenham a competência para manifestações de vontade.

⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. **Organización y poder de organización**. Madrid: Iustel, 2009. p. 23.

¹⁰ NIGRO, Mario. **Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione**. Milão: Giuffrè, 1966. p. 116.

*privados que atuam na esfera pública, incluindo-se formas de parceria e relacionamento entre eles. A questão central da organização governamental é: qual o melhor desenho de estrutura governamental, que tipo(s) de arranjo(s) e sob quais condições melhor proporcionam (ao menor custo) a realização das estratégias de governo*¹¹

Trata-se da *avaliação e concepção de desenhos institucionais e ferramentas gerenciais voltadas ao alcance de objetivos determinados*. Nesse particular, assume importância o conhecimento da evolução e diversificação dos modelos institucionais de organização administrativa – da clássica estrutura hierárquica da administração burocrática weberiana a modelos fractais, polimórficos, policêntricos, cooperativos, estruturados em rede etc.

Ao abranger os *sentidos objetivo e subjetivo*, a organização é imaginada com o propósito não somente de conceber a estrutura subjetiva mais adequada para a realização de determinada atividade, como também as questões centrais relativas à disciplina e execução da própria atividade. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho destaca, nesse mesmo campo, as inter-relações entre Administração, política e organização:

*“Por esta soma, política mais organização, chega-se ao fenômeno Administração. Na organização, afirma-se fisicamente uma estrutura orgânica. Na Administração, o funcionamento geral dos órgãos e organismos. Entre organização (princípio anatômico) e Administração (princípio fisiológico), os liames surgem tão inter-relacionados que se confundem na apreciação crítica dos sistemas administrativos. Evidente, no entanto, que ambas as categorias se possam destacar, e de maneira a serem estudadas, sob os aspectos ou perspectivas inerentes à condição fenomenológica”*¹²

Sem ignorar a importância da interdisciplinaridade e a existência de conexões claras entre os diversos ramos do conhecimento científico¹³ esses aspectos encontram local mais adequado para investigação nos estudos de Ciência da Administração e Administração Pública, não necessariamente no direito administrativo¹⁴ Cabe ao direito administrativo estudar a organização em *sentido restrito*, abrangendo somente as estruturas e os meios *previstos*

¹¹ MARTINS, Humberto Falcão; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. Organização governamental – problemas e soluções em perspectiva conceitual e da Administração Pública brasileira. In: MODESTO, Paulo. **Nova organização administrativa brasileira**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 343-376, p. 344. No artigo, os autores utilizam a expressão “organização governamental”.

¹² FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à reforma administrativa federal**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 42.

¹³ A busca dos pontos de intersecção entre diversas disciplinas pode ser considerada como transdisciplinaridade, pressuposto da organização do conhecimento e do pensamento de forma complexa. A esse respeito, vide: MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

¹⁴ Em um dos primeiros livros dedicados ao direito administrativo brasileiro, escrito ainda durante o Império, Antônio Joaquim Ribas ensinava a diferença entre o novo ramo do direito – ciência própria dos juristas, mas de interesse de todos – e a Ciência da Administração, de interesse dos políticos e administradores: “A Ciência da Administração é a que ensina o modo pelo qual se acha, ou deve achar-se, constituído o mecanismo administrativo para poder preencher satisfatoriamente a sua missão, as relações hierárquicas dos seus funcionários e empregados, e a parte material e técnica dos serviços que lhes são individualmente incumbidos. Assim, esta ciência tem duas partes: uma toda positiva, que se ocupa exclusivamente com a exposição das instituições administrativas de um povo em uma época dada; outra que se ocupa com os princípios filosóficos que em parte servem-lhes de base

no ordenamento jurídico com o intuito de desenvolver certas atividades para o alcance de determinados resultados.¹⁵

3.1 Organização estrutural da Administração Pública

A organização estrutural da Administração Pública é estudada por meio da redução dos sentidos antes referidos para centrar o foco somente na *Administración Pública em sentido subjetivo*. Nesse particular, no interior do ordenamento deverá ser buscada a estrutura jurídico-subjetiva mais adequada para a realização de determinados fins. Na lição de Luciano Parejo Alfonso: “(...) se ofrece a la Administración, encuanto poder o sistema administrativo, una constelación de soluciones de organización y acción. Y una constelación, además, que si hace posible un muy amplio margen en la selección de las opciones que pone a disposición, no permite, sin embargo, que dicha selección se verifique con total libertad. De onde se sigue la negación de libertad, por indiferencia jurídica, en el ejercicio de la potestad de organización”.¹⁶

Utiliza-se a expressão “organização estrutural da Administração Pública” para abranger as múltiplas *estructuras institucionais subjetivas delineadas pelo ordenamento jurídico para executar a função administrativa*.

Sabino Cassese anota que o direito da organização da administração ainda não encontrou lugar certo no direito administrativo, porque este foi criado sob as bases do Estado liberal burguês, que se preocupou, em primeiro lugar, em garantir a liberdade do cidadão frente ao Estado. Como o foco principal recaía sobre a regulação das relações entre Estado e indivíduo, é natural que a organização do exercício das funções Administrativas no interior do Estado ficasse relegada a segundo plano. Em razão da preocupação momentânea com a garantia e consolidação da liberdade, tendo como cenário a superação do Estado Absolutista, a ciência do direito administrativo se interessou precipuamente pelos sujeitos, isoladamente considerados, não por sua organização. Pouco a pouco, contudo, se passou a perceber que as normas de organização têm efeito direto sobre as situações subjetivas dos cidadãos.¹⁷ Manuel Álvarez Rico reforça a importância das questões ligadas à organização estrutural do Estado e da Administração para a efetividade prática das declarações constitucionais:

En efecto, de nada sirven las grandes declaraciones constitucionales cuando no si dispone de una organización administrativa adecuada, capaz de traducirlas en realidades. Hasta tal punto este es así que se ha llegado a decir que los problemas

e em parte são o tipo a cuja realização devem approximar-se por meio de progressivas reformas” (RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., 1866. p. 23).

¹⁵ Também cabe ao direito administrativo analisar – mas em capítulo próprio – os diversos vínculos jurídicos envolvendo o Estado e seus agentes públicos. Igualmente, os meios de ação e os procedimentos por meio dos quais devem ser efetivados constituem capítulos específicos.

¹⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. **Derecho administrativo**. Barcelona: Ariel, 2003. p. 370.

¹⁷ CASSESE, Sabino. **Las bases del derecho administrativo**. Trad. Luis Ortega. Madrid: Inap, 1994. p. 129.

*organizativos tienen una importancia en la praxis superior a las declaraciones constitucionales.*¹⁸

A organização estrutural possui, inicialmente, uma *função garantista instrumental* no que toca às proteções definidas na disciplina de cada uma das atividades, pois nesse regime são definidos os conteúdos dos atos que podem ser adotados, seus efeitos e reflexos. No tocante ao regime jurídico de cada uma das atividades, impõe-se à Administração o dever de não restringir desproporcionalmente interesses próprios envolvidos (princípio da proporcionalidade), limitando suas ações constritivas ao mínimo necessário para uma administração imparcial e funcional.

É também possível reconhecer à organização uma *função garantista própria* ligada à predeterminação das condições de futuro desenvolvimento da atividade. No caso, a garantia do cidadão está na atribuição de uma função a um ente ou órgão dotado das características necessárias para sua adequada realização. Francesco Merloni anota que a disciplina publicística da organização é funcional por fazer identificar quais são as atividades individualizadas pela lei em vista da necessidade de alcançar finalidades predeterminadas e articular sua distribuição e realização entre sujeitos de modo que estes devam *realizá-las da melhor forma possível*¹⁹

Desta forma, a garantia está não somente na individualização de funções e estabelecimento de seu regime jurídico, mas também na sua adequada atribuição a sujeitos predeterminados. Na prática, trata-se de identificar a estrutura subjetiva responsável pela relação jurídica travada com o cidadão. Ao ensinar que o “direito da organização” é geralmente descritivo, Schmidt-Assmann reforça sua relevância:

*As atividades da Administração se desenvolvem em e por meio de organizações, e é nelas onde entram em contato o Estado como organização e as forças sociais (...) é justamente o direito da organização que permite que as atividades prestacionais da Administração e as possibilidades de participação dos cidadãos se encontrem em estruturas determinadas.*²⁰

A *organização estrutural da Administração Pública* enfoca, então, as *figuras jurídicas subjetivas*, centros permanentes de emanção e imputação de atividade administrativa jurídica:

L'organizzazione amministrativa va dunque vista sotto i profili dei soggetti dotati del relativo potere, e degli organi ed uffici di tali soggetti, anche con riguardo alle relazioni

¹⁸ RICO, Manuel Álvarez. Consideraciones en torno a los principios de organización de la administración pública em la nueva Constitución Española. **Revista de Administración Pública**, Madrid, vol. 30, n. 89, p. 391-410, sep./dic. 1979.

¹⁹ MERLONI, Francesco. Interesse pubblico, funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra política e amministrazione. In: CONTIERI, Alfredo et al. (Org.). **L'interesse pubblico tra política e amministrazione**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009. p. 3-46.

²⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 251 – tradução nossa.

predisposte fra gli stessi, al fine di assicurare la funzionalità del sistema (...) è dunque anzitutto il modo d'essere (o – nel suo momento dinamico – l'attività di creazione o modificazione) dei centri di riferimento delle situazioni giuridiche di diritto amministrativo. Tali centri danno vita a figure tendenzialmente dotate di autonomia piena, sia sotto il profilo della responsabilità dell'intero, e del solo, patrimonio dell'ente per le obbligazioni di questo, sia per l'altro aspetto dell'esistenza al vertice di ogni ente di organi che possono, entro certi limiti, strutturarne l'organizzazione interna, e che lo signoreggiano in quanto titolari delle più importanti competenze d'amministrazione attiva, del potere di direttiva, di quello d'annullamento d'ufficio o su ricorso di atti emessi da organi subordinati, e di potestà attinenti al governo del personale²¹

Retomando a *função garantista*, cabe anotar que, ainda que diversas relações jurídicas sejam compostas tendo o Estado em um dos polos, sabe-se que se trata de uma realidade abstrata – o cidadão precisa conhecer qual *parte* do Estado deve procurar em cada situação; a qual unidade deve se dirigir em cada caso.²² Sob o ponto de vista da própria Administração, a organização é importante não só para atribuir competências e responsabilidades como também para permitir que cada estrutura – órgão ou entidade – possa defender suas atribuições, inclusive perante outros órgãos e entidades.

4. Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. Modalidades de descentralização administrativa e seu controle. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Coleção doutrinas essenciais – Direito administrativo**. vol. 6. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, vol. 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Novos rumos do federalismo. **Revista de Direito Público**, vol. 65, n. 5, jan./mar. 1983.
- CASSESE, Sabino. **Las bases del derecho administrativo**. Trad. Luis Ortega. Madrid: Inap, 1994.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. vol. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- _____. **Tratado de direito administrativo**. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- _____. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. vol. 10.

²¹ PALEOLOGO, Giovanni. Organizzazione amministrativa. In: **Enciclopedia del Diritto**, vol. XXI; Milano: Giuffrè, 1981 p. 135-151.

²² Giannini caracteriza o Estado atual como “organização desagregada”, um ente sem centro unitário capaz de manifestar sua vontade em sede administrativa. Esse fato, segundo o autor, traz para o cidadão o inconveniente da dificuldade de identificar a qual órgão ou departamento deve dirigir-se para diversas providências, mas possui a vantagem de possibilitar a especialização técnica das estruturas (GIANNINI, Massimo Severo. **L'Amministrazione pubblica dello stato contemporaneo**. Trattato di diritto amministrativo. vol. 1. Padova: Cedam, 1988.).

- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DROMI, Roberto. Descentralización y empresas públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Coleção doutrinas essenciais – Direito administrativo**. vol. 6. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à reforma administrativa federal**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.
- GIANNINI, Massimo Severo. **L'Amministrazione pubblica dello stato contemporaneo**. Trattato di diritto amministrativo. vol. 1. Padova: Cedam, 1988.
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- MALLART, José. La organización científica de la Administración pública. **Revista de Estudios Políticos**, vol. 15, n. 83, p. 91-111, sep./oct. 1955.
- MARTINS, Humberto Falcão; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. Organização governamental – problemas e soluções em perspectiva conceitual e da Administração Pública brasileira. In: MODESTO, Paulo (Org.). **Nova organização administrativa brasileira**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- MERLONI, Francesco. Interesse pubblico, funzioni amministrative e funzionari Allá luce del principio di distinzione tra política e amministrazione. In: CONTIERI, Alfredo *et al.* (Org.). **L'interesse pubblico tra política e amministrazione**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 7, jul./set. 2000.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- NIGRO, Mario. **Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione**. Milão: Giuffrè, 1966.
- ORLANDO, V. E. **Princípios di diritto amministrativo**. 2. ed. Florença: G. Barbèra, [n.d.].
- OTERO, Paulo. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.
- PALEOLOGO, Giovanni. Organizzazione amministrativa. In: **Enciclopedia del Diritto**, vol. XXI; Milano: Giuffrè, 1981.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. **Derecho administrativo**. Barcelona: Ariel, 2003.
- _____. **Organización y poder de organización**. Madrid: Lustel, 2009.
- RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866.
- RICO, Manuel Álvarez. Consideraciones en torno a los principios de organización de la administración pública em la nueva Constitución Española. **Revista de Administración Pública**, Madrid, vol. 30, n. 89, p. 391-410, sep./dic. 1979.
- RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- VISCONDE DO URUGUAI. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1960.

NEOLIBERALISMO E A CONSTITUIÇÃO SOCIAL

TARSO CABRAL VIOLIN*

Sumário: 1. Introdução; 2. O Estado Social; 3. O Neoliberalismo; 4. O neoliberalismo alemão; 5. Conclusões; 6. Referências.

“Há algo de profundamente errado na maneira como vivemos hoje. Ao longo de trinta anos a busca por bens materiais visando o interesse pessoal foi considerada uma virtude: na verdade, esta própria busca constitui hoje o pouco que resta de nosso sentimento de grupo. Sabemos o preço das coisas, mas não temos ideia de seu valor. Não fazemos mais perguntas sobre uma decisão judicial ou um ato legislativo: é bom? É justo? É adequado? É correto? Ajudará a melhorar o mundo ou a sociedade? Essas costumavam ser as questões políticas, mesmo que suas respostas não fossem fáceis. Devemos mais uma vez aprender a fazê-las.”

Tony Judt**

1. Introdução

Foi uma honra poder ter participado de mais um evento em homenagem, sempre merecida, ao Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, dessa vez por conta de sua aposentadoria dos quadros da Universidade Federal do Paraná. O Professor Romeu que foi meu orientador no Mestrado em Direito do Estado pela UFPR e é nosso grande líder na escola paranaense de Direito Administrativo. Obrigado professor Romeu por tudo!

A citação inicial do historiador inglês Tony Judt, com perguntas as quais deveríamos voltar a nos fazer, nos leva a mais questionamentos. Uma das perguntas que fazemos com frequência é: será que devemos aceitar o fim da história? Será que o fim da história é o Estado e nossa sociedade em um capitalismo-neoliberal? Será que qualquer outra alternativa é

* Doutorando em Políticas Públicas pela UFPR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Especialização da Academia Brasileira de Direito Constitucional e do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, e da graduação em Direito da Faculdade de Pinhais – FAPI. Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito do Terceiro Setor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB-PR. Advogado em Curitiba.

** JUDT, Tony. **O mal ronda a terra**: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 15-16.

populismo, utopia, autoritarismo paleozoico, ou qualquer outro adjetivo reducionista e desabonador? Pretendemos no presente artigo analisar o chamado “neoliberalismo” na realidade da Constituição brasileira de 1988, o que influencia diretamente o Direito Público, em especial o Direito Constitucional e o Direito Administrativo.

A Constituição de 1988 é um marco para a história do Brasil ao determinar que um dia o país seja, de fato, um Estado Social, Desenvolvimentista, Republicano e Democrático de Direito.¹

Social porque o texto constitucional prevê uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional sustentável, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades,² o bem estar e o bem de todos, respeito aos direitos humanos, igualdade, Justiça Social, livre iniciativa com os valores sociais do trabalho, função social da propriedade, favorecimento às empresas de pequeno porte, dever do Estado na educação e saúde, salário mínimo capaz de atender as necessidades vitais básicas de uma família, entre outras disposições humanistas contra a barbárie liberal e neoliberal individualista.³

Desenvolvimentista porque o desenvolvimento, além de ser um valor supremo que consta do preâmbulo da Constituição, é um princípio constitucional. Lembrando que desenvolvimento sustentável é desenvolvimento social, ambiental, econômico, ético, jurídico e político. O Estado, a Administração Pública e todos os que lidam com as funções públicas devem buscar o atendimento do interesse público, englobando os direitos fundamentais e princípios como os da moralidade, da legalidade, da finalidade e da impessoalidade, dentre outros explícitos e implícitos no texto constitucional, sempre pensando nas gerações futuras.⁴

¹ Foucault dizia que “o Estado não tem essência (...) o Estado não é em si uma fonte autônoma de poder (...) o Estado não é nada mais que o efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas”. FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 105-106. Segundo Lemke, Foucault faz uma genealogia do Estado moderno, e com o termo governamentalidade (arte de governar) o filósofo mostra que não é possível analisar as técnicas de poder no governo sem os seus modos de pensamento, mentalidade, em que se baseiam. LEMKE, Thomas. ‘The birth of bio-politics’: Michel Foucault’s lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality. **Economy and Society**, London, vol. 30, n. 2. 190-207, 2001

² Judt aduz que “de todos os objetivos conflitantes e somente parcialmente reconciliáveis que podemos buscar, a redução da desigualdade deve vir em primeiro lugar”, e “desigualdades não é apenas um incômodo moral: é ineficiente”. JUDT, Tony. **O mal ronda a terra**: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 170-171.

³ Sobre o tema ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 791-817; 1067-1081; e VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Sobre Estado de Bem-Estar e Democracia ver OFFE, Claus. OFFE, Claus. A democracia contra o Estado do bem-estar? Fundamentos estruturais das oportunidades políticas neoconservadoras. In: OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: transformações contemporâneas do trabalho e da política. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 269-317. Do autor ver ainda OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista. In: OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: transformações contemporâneas do trabalho e da política. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 140-177.

⁴ Sobre “desenvolvimento” recomendamos GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Coords.). **Direito Público do Mercosul**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 241-251.

Republicano no sentido de busca do bem comum, do interesse público primário, contra o patrimonialismo, com uma Administração Pública profissionalizada e participativa, a qual chamamos de Administração Pública burocrático-deliberativa.⁵

Democrático tanto no sentido da necessidade do aperfeiçoamento da Democracia Representativa quanto do fortalecimento da chamada Democracia Participativa e até da Democracia Deliberativa, sempre com o intuito de passarmos da Democracia formal para a Democracia substancial.⁶

De Direito porque devem existir Poderes que se controlam de forma harmônica e independente, e que são controlados pelo povo, sempre com a busca do atendimento dos direitos fundamentais.⁷

Esse tipo de Estado pode até parecer uma utopia, algo inalcançável, mas como dizia Victor Hugo, “não há nada como o sonho para criar o futuro. Utopia hoje, carne e osso amanhã.”⁸

Note-se que o texto constitucional é vinculante. Não é uma sugestão ou um protocolo de intenções. Cabe a toda a sociedade brasileira buscar o atendimentos dessas disposições normativas. O modelo de Estado não é o mínimo, ou apenas regulador, mas também não é o Estado máximo, totalmente planejado.

Como se vê, uma das grandes características previstas na Constituição é a de Estado Social, o qual é um contraponto ao liberalismo econômico ou ao chamado “neoliberalismo”, mas também a Estados máximos totalitários como o nazista, fascista e stalinista. Toni Judt nos lembra que “o caráter materialista e egoísta da vida contemporânea não é inerente à

⁵ Sobre República ver ARISTÓTELES. Política. Livro III. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 211-251; BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 104-113; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 106-107; ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 79; BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: UNB, 2001. p. 45; MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 37; CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Livro Primeiro, capítulo I, Site Livros Grátis: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000017.pdf>. p. 14; MONTESQUIEU, O Espírito das Leis. Livro II, cap. I; BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 259; MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 177; Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 405-406; 430; ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 209-210; MATTEUCCI, Nicola. República. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. vol. 2. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 1107-1109. Sobre a República no Brasil ver MONTEIRO, Hamilton M. **Brasil República**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1994; VILLA, Marco Antonio. **O nascimento da república no Brasil: a primeira década do novo regime**. São Paulo: Ática, 1997; PENNA, Lincoln de Abreu. **República Brasileira**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁶ Sobre Democracia ver SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007 SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Sobre a necessidade de passarmos de uma Democracia formal para uma democracia substancial, ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998.

⁷ Sobre o Estado de Direito ver COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.

⁸ HUGO, Victor. Os miseráveis. Livro 4, I.

condição humana. Muito do que parece 'natural' hoje em dia data dos anos 1980: a obsessão pelo acúmulo de riqueza, o culto da privatização e do setor privado, a crescente desigualdade entre ricos e pobres. E, acima de tudo, a retórica que acompanha esses conceitos: admiração acrítica pelos mercados livres de restrições, desdém pelo setor público, ilusão do crescimento interminável". É sob esse ponto de vista que analisaremos o neoliberalismo, sem antes adentrarmos a algumas questões do Estado Social.

2. O Estado Social

Como contraponto ao Estado absolutista, a partir do Século XVII iniciou-se a implementação do Estado Liberal, fundamentado no limite do poder do próprio Estado e na garantia dos direitos fundamentais individuais, em decorrência principalmente da Revolução Francesa e demais revoluções burgueses. O Estado passou a ser mínimo, e cuidava principalmente da cobrança de impostos e segurança interna e externa dos cidadãos, por meio da polícia e forças armadas, respectivamente. Assim, o Estado Liberal nasce revolucionário, contra um modelo de Estado opressor e patrimonialista, como o Absolutista.

Entretanto, começa a imperar o individualismo e o Estado mínimo, apenas policial, um Estado que não assegurava vida digna à grande maioria da população, sendo verificada a necessidade de que o Estado interviesse na economia e no social para assegurar certos direitos fundamentais aos cidadãos. Com a Revolução industrial, por exemplo, famílias inteiras, inclusive crianças, trabalhavam em carvoarias por mais de 10 horas diárias, sem qualquer intervenção estatal. Avelãs Nunes informa que os liberais já constavam que "sempre que há muita propriedade, há grande desigualdade. Por cada homem rico haverá, pelo menos, 500 homens pobres"; defendiam a desigualdade econômica como característica inerente das sociedades burguesas, como se fosse algo natural, uma lei de validade absoluta e universal, e perante as quais não haveria de se falar em justiça ou injustiça, pois o que é natural é justo; assim como concluíam que os homens trabalhadores, poupadores e inteligentes são ricos, os pobres são preguiçosos, perdulários, pouco inteligentes, com uma glorificação dos vencedores e degradação dos perdedores/pobres, que não merecem qualquer piedade, sendo até executados os mendigos.⁹

O aumento expressivo da classe proletária, com a ideia de que não é livre quem não detém autossuficiência material, passa a justificar uma reestruturação estatal com uma atuação mais positiva do Estado, para proporcionar condições mínimas como educação, saúde, cultura e moradia.¹⁰

⁹ AVELÃS NUNES, Antônio José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29-31.

¹⁰ Sobre o Estado Social ver ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999; e DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Como antítese ao Estado Liberal, surge principalmente no século XX o Estado do Bem-Estar Social,¹¹ obrigado constitucionalmente a intervir na ordem econômica e social. Um Estado prestador de serviços públicos para todos e não apenas para os que tinham recursos materiais. Seria o que é chamado de capitalismo organizado, com um pacto social entre capital e trabalho.

As revoluções socialistas foram decisivas na criação dos Estados Sociais. Governantes, pressionados pelos trabalhadores, com receio de revoluções, criavam nas Constituições nacionais direitos sociais que, se não exterminavam, pelos menos diminuam os danos causados por um capitalismo liberal predatório para os direitos humanistas. Foi o famoso “dá-se os anéis para não se perder os dedos”, “o objetivo desse Estado não era revolucionar as relações sociais, muito menos inaugurar uma era socialista”.¹² Antônio José Avelãs Nunes informa que uma das marcas de Keynes foi o reconhecimento da necessidade de conciliar a democracia política com a economia de mercado capitalista, uma das funções do *welfare state*.¹³

Esse Estado não deveria ser apenas Social, mas também Desenvolvimentista, Republicano e Democrático de Direito. Assim, as promessas da Revolução Francesa de Liberdade (liberdade com dignidade), Igualdade (material, com redistribuição) e Fraternidade (como direito, não como favor) seriam cumpridas substancialmente, e não formalmente, com base na dignidade da pessoa humana.¹⁴

Note-se que não se está a falar de Estado máximo, no qual o Estado explora diretamente todas as atividades econômicas e presta todos os serviços públicos. No Estado de Bem-Estar deve existir um equilíbrio, com o Estado prestando a maioria dos serviços públicos, em especial aqueles com monopólio natural, deixando parcela desses serviços públicos para prestação pela iniciativa privada com fins lucrativos ou sem fins lucrativos, como empresas do mercado e cooperativas (atividades econômicas e serviços públicos

¹¹ Principalmente pautado nas ideias do economista britânico John Maynard Keynes e a necessidade de reduzir a intensidade e a duração de crises cíclicas próprias do capitalismo. Sobre Keynes ver AVELÃS NUNES, Antônio José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29-31. p. 32 e demais do livro.

¹² JUDT, Tony. **O mal ronda a terra**: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 52.

¹³ AVELÃS NUNES, Antônio José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24.

¹⁴ Sobre Estado Social e Democrático e a liberdade, igualdade e fraternidade, ver PIRES, Luís Manuel Fonseca. **O Estado social e democrático e o serviço público**: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

privativos) e entidades da sociedade civil, do chamado “Terceiro Setor”¹⁵ (serviços públicos sociais não privativos).¹⁶

Um Estado equilibrado, presente de forma direta e indireta na economia e no social, respeitando o desenvolvimento sustentável, buscando o bem comum de forma radicalmente democrática, com Poderes harmônicos e independentes se controlando e com a participação popular no controle desses Poderes estatais.

Luis Manuel Fonseca Pires entende que “se o Estado desfaz-se do serviço público para que as atividades de primordial relevância à sociedade – como educação, saúde, transporte coletivo, energia elétrica, saneamento básico e outros mais – sejam prestados por particulares, se o estado posta-se exclusiva ou mesmo preponderantemente na figura de mero agente regulador e compactua com este esgarçar da titularidade de tarefas eminentemente sociais, então o excesso de homenagem à liberdade transmuta-se em óbice impeditivo a alcançar-se a igualdade; a fraternidade, então, não pode sequer ser sonhada”.¹⁷

O Estado de Bem-Estar Social é uma das bandeiras da social-democracia. Tony Judt informa que os sociais-democratas são híbridos ao compartilhar com os liberais o compromisso com a tolerância cultural e religiosa, mas em matéria de políticas públicas acreditam na viabilidade e na virtude da ação coletiva para o bem comum, com a taxaço progressiva para bancar os serviços públicos e outros benefícios sociais que os indivíduos não conseguem suprir. Os impostos e investimentos públicos não seriam um “mal necessário”, pois uma boa sociedade embute desde o princípio um papel de destaque para o Estado e para o setor público. O que faz ser a social-democracia mais difícil de emplacar nos Estados Unidos da América, mas o autor sugere que o governo pode desempenhar um papel maior em nossa vidas sem ameaçar a liberdade e que ainda vale a pena pensar no tipo de Estado que queremos.¹⁸ Segundo Judt grande parte do que há de melhor na legislação e na política social estadunidense, implantadas durante o século XX, e que agora tentam desmontar em nome da eficiência e de “menos governo”, corresponde à social-democracia, e por isso ainda hoje

¹⁵ Judt critica a “apolítica” a partir da década de 1970, juntamente com a ênfase nos direitos humanos, o que talvez tenha levado uma geração de jovens ativistas a acreditar erroneamente que os caminhos convencionais para mudança estavam congestionados, e que eles deveriam abrir mão da organização política em prol de grupos voltados a questões específicas, não governamentais, sem a mácula dos conchavos, com a participação em ONGs internacionais. O que seria moralmente irrepreensível, mas abandonam a sociedade aos mais mediocres e venais servidores públicos. JUDT, Tony. **O mal ronda a terra**: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 153.

¹⁶ Judt diz que do final do século XIX até os anos 1970 as sociedades ocidentais avançadas estavam se tornando menos desiguais com impostos progressivos, subsídios governamentais para os pobres, oferta de serviços sociais e garantias contra infortúnios mais sérios, com as democracias modernas reduzindo os extremos entre riqueza e pobreza. JUDT, Tony. *Op. Cit.* p. 24.

¹⁷ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado social e democrático e o serviço público**: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 107-108.

¹⁸ Judt pergunta: por que os neoliberais perguntam se é restrição à liberdade o planejamento, a taxaço progressiva, a propriedade coletiva de bens públicos, enquanto câmeras de TV em circuito fechado, ajuda para bancos, telefones grampeados e guerras custosas são aceitáveis para um povo livre? JUDT, Tony. *Op. Cit.* p.144.

na Europa conquistadas como serviços públicos de saúde, educação gratuita ou subsidiada e transporte e outros serviços essenciais são mantidos.¹⁹

Se na maioria dos países hoje desenvolvidos o modelo de Estado do Bem-Estar Social foi implementado, já no período pós-guerras, sendo considerado o maior progresso já testemunhado na história,²⁰ no Brasil esse processo foi mais lento. Por mais que a partir do governo de Getúlio Vargas em 1930 traços de Estado Social começassem a ser implementados e previstos nos textos constitucionais a partir de 1934, apenas com a Constituição de 1988 podemos dizer que realmente esse modelo foi previsto, de fato, como obrigação constitucional.

Dois anos depois da promulgação da Constituição Social de 1988, em 1990 entra no poder o presidente Fernando Collor de Mello (PRN, 1990-1992), que começa a implementar o neoliberalismo no Brasil, e não o tipo de Estado previsto constitucionalmente. Essa política neoliberal continuou sendo implementada pelo presidente Itamar Franco (PMDB, 1992-1994), que substituiu Collor após sua renúncia e Impeachment; foi extremada no governo Fernando Henrique Cardoso (PSDB, 1995-2002); ainda implementado de forma tímida, em algumas áreas, no governo Luiz Inácio Lula da Silva (PT, 2003-2010); e retornada a aplicação de forma crescente no governo da presidenta Dilma Rousseff (PT, 2011-2018), principalmente em seu segundo mandato iniciado em 2015.

3. O Neoliberalismo

O neoliberalismo²¹ nasceu logo após a II Guerra Mundial, com as ideias de Friedrich Hayek, em seu *O caminho da servidão*, escrito em 1944, contra o Estado do Bem-Estar Social em construção na Europa e o *New Deal* estadunidense.²² Começa a ser implementado nos anos 1970 e 1980, com a justificativa de que haveria uma crise do Estado, principalmente na Europa e Estados Unidos da América.²³

¹⁹ JUDT, Tony. *Op. Cit.* p. 18-19.

²⁰ Segundo Ralf Dahrendorf, em JUDT, Tony. *Op. Cit.* p. 80.

²¹ Sobre o tema ver ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1998; e VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²² Hayek é da chamada “escola austríaca”, junto com Ludwig Edles Von Mises, entre outros economistas neoliberais, que segundo Foucault foram intermediários entre o ordoliberalismo alemão e o neoliberalismo americano, que produzirá o anarcoliberalismo da Escola de Chicago. Hayek foi um dos inspiradores do anarcocapitalismo dos Estados Unidos da América. FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008, 143 e 222. Para Lemke, no neoliberalismo americano o governo se torna um tipo de empresa cuja tarefa é universalizar a competição entre indivíduos, grupos e instituições. LEMKE, Thomas. ‘The birth of bio-politics’: Michel Foucault’s lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality. **Economy and Society**, London, vol. 30, n. 2. 190-207, 2001. Tony Judt entende que a ascensão da cultura empresarial destruiu a atuação universal nos direitos sociais do Estado inglês. JUDT, Tony. **O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 115.

²³ O filósofo francês Michel Foucault fez uma interessante análise do neoliberalismo em curso dado no Collège de France em 1979, publicado na obra “Nascimento da Biopolítica”. Foucault analisa a fobia que alguns autores têm do Estado, assim como o neoliberalismo alemão (ordoliberalismo), o neoliberalismo francês e o estadunidense.

O neoliberalismo se consolidou com o chamado “Consenso de Washington” e com a propagação das virtudes da desregulamentação, do Estado mínimo, da redução de impostos, e com a máxima, não confirmada, de que “tudo que o setor público sabia fazer o setor privado sabia fazer melhor”. A Europa abraçou a ideologia de pensamento único pós-queda do muro de Berlim, um pouco abalada desde a crise do capitalismo de 2008.²⁴

As políticas neoliberais geraram uma desigualdade alarmante, principalmente nos que mais aplicaram a ideologia, com colapso na mobilidade geracional (poucas chances dos jovens melhorarem as condições em que nasceram), com os pobres que continuam pobres, com saúde debilitada, falta de oportunidades educacionais, os conhecidos sintomas da depressão como alcoolismo, obesidade, jogatina e contravenções penais, os desempregados e subempregados tornando-se supérfluos para a economia, com estresse, ansiedade, doenças e morte prematura. Enquanto os países nórdicos como Suécia e Finlândia têm grau reduzido de desigualdade, e lideram os índices mundiais de bem-estar, os Estados Unidos, mesmo com toda a riqueza acumulada, apresenta valores baixos, com expectativa de vida abaixo da Bósnia e ligeiramente superior à Albânia.²⁵

Contrário ao Estado de Bem-Estar, o neoliberalismo nada mais é do que um novo liberalismo. O discurso neoliberal é de que o Estado é necessariamente ineficiente²⁶ e corrupto, pregando o Estado mínimo ou apenas regulador, que a desigualdade é um valor positivo, que uma taxa de desemprego é importante para a manutenção de um exército de reserva de trabalho, que os sindicatos de trabalhadores são nefastos para o lucro das empresas²⁷ e que impostos para grandes fortunas afugentariam investimentos privados.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. O termo “ordoliberalismo” do neoliberalismo alemão antikeynesiano surge com a criação da revista *Ordo* em 1936, influenciada pela chamada “Escola de Friburgo”, que se chocou com a Escola de Frankfurt (*Op. Cit.* p. 141-142 e 145). Lemke informa que enquanto para a Escola de Frankfurt existe uma conexão causal entre capitalismo e fascismo, para os ordoliberais (Escola de Freiburg) o nazismo foi o resultado da ausência de liberalismo, e a alternativa crucial não era entre o capitalismo e o socialismo, mas entre liberalismo e diferentes formas de intervencionismo estatal, como o socialismo soviético, o nazismo e o keynesianismo, pois todos, em diferentes graus, ameaçam a liberdade. LEMKE, Thomas. ‘The birth of bio-politics’: Michel Foucault’s lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality. **Economy and Society**, London, vol. 30, n. 2. 190-207, 2001.

²⁴ JUDT, Tony. *Op. Cit.* p. 19-21. Judt dá uma bronca na esquerda: “Caso queira ser levada a sério outra vez, a esquerda precisa definir seu discurso. Razões para se estar revoltado não faltam: desigualdades crescentes em termos de oportunidades e riqueza; injustiças de classe e casta; exploração econômica interna e internacional; corrupção, dinheiro e privilégios obstruindo as artérias da democracia. Entretanto, não basta mais apontar as deficiências do ‘sistema’ e recuar feito Pilatos, indiferente às consequências. O discurso eloquente e irresponsável das décadas passadas não ajudou a esquerda em nada”. *Op. Cit.* p. 21.

²⁵ JUDT, Tony. *Op. Cit.* p. 25-30.

²⁶ Tony Judt informa que “o setor privado se mostra no mínimo tão ineficiente quanto o público – repartindo os lucros e transferindo os prejuízos para o Estado. (...) Na Grã-Bretanha, o recém privatizado grupo de hospitais do National Health Service periodicamente dá prejuízo”, e assim como a PPP do metrô londrino, que afundou em 2007, quer que o governo banque o prejuízo, informando sobre exemplos semelhantes na Nova Zelândia e Suécia. JUDT, Tony. *Op. Cit.* p. 109.

²⁷ Sobre a repulsa aos sindicatos por parte dos neoliberais, sendo que são entidades essenciais para um Estado Social, ver AVELÁS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 17-28.

O problema é que enquanto o liberalismo foi revolucionário contra o Estado absolutista, o neoliberalismo é contrário às conquistas sociais do Estado de Bem-Estar Social.²⁸ Sobre o neoliberalismo Zygmunt Bauman aduz que “O discurso neoliberal fica ainda mais “forte” à medida que prossegue a desregulamentação, enfraquecendo as instituições políticas que poderiam em princípio tomar posição contra a liberdade do capital e da movimentação financeira (...) amarra as mãos dos governos nacionais e desamarra as das empresas (...) multinacionais”.²⁹

O neoliberalismo defende um Estado *forte* para manter o *status quo*, a ordem, a propriedade privada, diminuir o poder dos sindicatos e garantir o equilíbrio do capital e do sistema financeiro; mas *fraco* nos gastos sociais e na intervenção direta do Estado na economia e no social, com privatizações³⁰ e desregulamentações amplas.³¹

O neoliberalismo acaba gerando um mundo com o domínio de poucos grupos econômicos oligopolizados, com menos interesse público, menos Democracia, menos República, menos desenvolvimento sustentável, menos Justiça Social, menos humanização, e mais exploração.³²

4. O neoliberalismo alemão

Na Alemanha pós-guerra surgiu o chamado “ordoliberalismo”, que é o neoliberalismo alemão, um pouco menos radical do que o neoliberalismo estadunidense da Escola de

²⁸ O neoliberalismo alemão (ordoliberalismo) ainda vai contra o Nazismo, o que é totalmente justificável, mas o neoliberalismo norte-americano é contrário ao Estado de Bem-Estar da política do **New Deal**, do presidente Roosevelt. Sobre o tema ver FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 107. No período pós-guerra o ordoliberalismo influenciou a social-democracia alemã, que de socialista foi se transformando em capitalista-neoliberal (*Op. Cit.* p. 120).

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 36.

³⁰ Read cita Wendy Brown no sentido de que a privatização no neoliberalismo não é apenas uma forma de lidar com o setor público, mas também uma forma particular de governamentalidade, no qual tudo se torna privado. Os neoliberais pretendem implementar vouchers para a educação para escolas privadas. READ, Jason. A Genealogy of Homo-Economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity. **Foucault Studies**, Frederiksberg (Dinamarca), vol. 5, n. 6, p. 25-36, feb. 2009.

³¹ Foucault informa que o neoliberalismo americano defende o imposto negativo, que é um benefício social para ser apenas socialmente eficaz, sem ser economicamente perturbador e não deve se apresentar sob a forma de consumo coletivo, sem subsídios, sem saúde e educação para todos, pois os ricos podem pagar por sua própria saúde. Seria um benefício compensatório apenas para idosos, deficientes ou desempregados, abaixo de certo nível de renda, a ser pago um complemento. Com a garantia de certo nível de consumo, mas com motivações/frustrações suficientes para que ainda tenha vontade de trabalhar e seja sempre preferível trabalhar a receber um benefício. Isso vai apenas atenuar os efeitos da pobreza, mas não visa, de forma alguma, ser uma ação que teria por objetivo modificar a causa da pobreza. Essa política evita redistribuição geral de renda, não seria uma política socializante. O único objetivo é a pobreza absoluta, e não a relativa. A política contra a relativa seria uma redistribuição de renda. FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 279-282.

³² Sobre neoliberalismo ver ainda COBOS, Emilio Pradilla. **Los territorios del neoliberalismo en América Latina**: compilación de ensayos. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2009; SADER, Emir, GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo II**: que Estado para que democracia? 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2004; DUMÉNIL, Gérard, LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo**. São Paulo: Boitempo, 2014.

Chicago.³³ Os ordoliberais realizam, segundo Foucault, um “golpe teórico” e conquistaram corações e mentes ao informarem que existiriam quatro elementos: economia protegida, socialismo de Estado, economia planificada e intervenções do tipo keynesianas, todos contrários ao liberalismo. Segundo os neoliberais alemães, se algum país adotar um elemento, “não escaparão dos outros três”. Davam a entender que o Plano Beveridge do trabalhismo inglês, União Soviética e *New Deal*, levariam ao nazismo, o que seria um crescimento sem fim de um poder estatal.³⁴

Na verdade o ordoliberalismo é ainda mais radical do que o próprio liberalismo, pois esse limita o poder do Estado, pois nada provaria que a economia de mercado tenha algum defeito: “em vez de aceitar uma liberdade de mercado definida pelo Estado e mantida de certo modo sob vigilância estatal” (liberalismo). Os ordoliberais inverteram a fórmula ao defenderem a adoção da liberdade de mercado como princípio organizador e regulador do Estado: “um Estado sob vigilância do mercado em vez de um mercado sob vigilância do Estado”.³⁵

Outro ponto defendido é que ao contrário do liberalismo, a essência do mercado não está na troca, mas na concorrência, sem buscar uma equivalência, mas sim uma desigualdade, um “jogo formal de desigualdades”.³⁶ O desafio do neoliberalismo seria, segundo Foucault, “regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado”.³⁷ O ordoliberalismo quer tanto Estado quanto em uma política planificadora, mas com uma natureza diferente.

Por mais que o neoliberalismo leve, com o tempo, a um regime de monopólio, ou oligopólio,³⁸ com a concentração de riquezas nas mãos de poucos, o neoliberalismo alemão não se preocupa com isso, desde que a própria economia tenha produzido o monopólio. O que não é possível é que o Estado intervenha para produzir um monopólio. Segundo os “ordos” devem ser banidos instrumentos de planificação como tabelamento de preços, subsídio a um setor do mercado, criação sistemática de empregos ou investimento público.³⁹

Os neoliberais alemães aceitam apenas a intervenção estatal em assuntos não econômicos, o que eles chama de “moldura”. Por exemplo, se a população agrícola é numerosa demais, que se possibilite uma migração, se falta uma técnica aos agricultores, que se intervenha na formação dos agricultores, se há problemas de herança, que se altere a legislação de terras.⁴⁰

³³ Sobre o tema ver LEMKE, Thomas. ‘The birth of bio-politics’: Michel Foucault’s lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality. **Economy and Society**, London, vol. 30, n. 2. 190-207, 2001.

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 148-151; 157.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 158-159.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 161, 163.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 181 e 184.

³⁸ Schumpeter entende que o capitalismo não pode se dissociar de tendências monopolísticas. FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 243.

³⁹ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 188-189; 191.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 193.

Na área de políticas sociais, que teria o objetivo de uma relativa repartição do acesso de cada um aos bens de consumo, a política de Bem-Estar seria como contrapeso a processos econômicos selvagens que vão induzir efeitos de desigualdade, destruidores da sociedade, com uma certa socialização de certos elementos de consumo, com o crescimento da política social deve ocorrer quando crescer a economia. Tudo isso atacado pelo ordoliberalismo: “uma política social, para se integrar realmente a uma política econômica, não pode lhe servir de contrapeso e não deve ser definida como o que compensará os efeitos dos processos econômicos”. O ordoliberalismo é contrário à igualização, pregando a diferenciação, a concorrência, “é preciso que haja pessoas que trabalhem e outras que não trabalhem, ou que haja salários altos e salários baixos”. Foucault alerta que para o neoliberalismo alemão qualquer política social de igualização, repartição, transferência de renda, seria antieconômica, “uma política social não pode adotar a igualdade como objetivo. Ao contrário, ela deve deixar a desigualdade agir”.⁴¹

Os ordoliberais são contrários aos programas de transferência de renda, nos quais é tirada da parte da renda que é produtora de poupança e investimentos e dedicá-la ao consumo. Ou seja, limite das transferências sociais, apenas para um mínimo vital, para os que não podem assegurar sua própria existência.⁴² O bolsa-família brasileiro parcialmente se encaixaria aqui. É um programa para garantir o mínimo vital, sem o intuito de igualização da sociedade, mas não atende ao requisito de não ser retirado dinheiro de poupança ou investimento. Talvez essa seja uma das diferenças entre governos mais sociais ou mais neoliberais, o nível de gasto com dinheiro público que iria para poupança ou investimentos, mas que acabam indo para o consumo.⁴³

O ordoliberalismo também é contrário à socialização do consumo e da renda, o que para Foucault também é uma “privatização”.⁴⁴ Não se garantirá os indivíduos contra riscos, mas vai-se pedir à sociedade e à economia que todo indivíduo tenha um rendimento suficiente para que possa se garantir, a chamada reserva privada, incentivando a propriedade privada. Foucault alerta que por toda uma série de razões, esse programa drástico de política social definido pelos neoliberais não foi aplicado, de fato, na Alemanha.⁴⁵

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 194-196.

⁴² FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 196.

⁴³ Judt informa que o neoliberalismo e seus benefícios seletivos fez reduzir o entusiasmo da classe média pelos serviços sociais, agora considerados benéficos apenas para os pobres. JUDT, Tony. *Op. Cit.* p. 140.

⁴⁴ Judt critica as privatizações no âmbito da Administração Pública, mas também o que ele chama de “privatização da vida cotidiana”, alertando que as pessoas que vivem em condomínios fechados contribuem ativamente para o enfraquecimento e a corrosão do espaço público e, quando deixamos de valorizar o que é público em benefício do particular, encontraremos com o tempo dificuldade para entender as razões para valorizar a lei, o bem público por excelência, e passaremos a privilegiar a força. E com uma geração de jovens estimulados ao interesse e progresso individuais, sem incentivo ao altruísmo, com redução do engajamento cívico e um déficit democrático. JUDT, Tony. *Op. Cit.* p. 124-126.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 197-198.

Outra característica é a do “mínimo de intervencionismo econômico e o máximo de intervencionismo jurídico”. Os ordoliberalistas se apropriam da ideia de Estado de Direito, do *Rule of law* inglês e o reinado da lei (princípio da legalidade), com prescrições gerais e permanentes do Poder Público, as leis, e as decisões conjunturais, transitórias e locais, a regulamentação. A economia deveria ser um conjunto de atividades reguladas. O Estado prestaria as regras para um jogo econômico em que os únicos agentes seria os indivíduos, as empresas. Um jogo de empresas regulado no interior de uma moldura jurídico-institucional garantida pelo Estado. Foucault informa o que defende Polanyi: “a principal função de um sistema de jurisdição é governar a ordem espontânea da vida econômica”, o que varreria o protecionismo e economia planificada. E o Judiciário apenas poderia aplicar a lei, mas seriam órgãos da economia, com missões até agora cunhadas às autoridades administrativas.⁴⁶ Atualmente parece que o neoliberalismo preferiu, para esse papel, ao invés do lento Poder Judiciário, as agências reguladoras, entidades estatais, normalmente do Poder Executivo, mas com independência dos governos, o que acaba gerando uma captura pelos interesses das grandes empresas reguladas.⁴⁷

Os neoliberais dizem, com sua fobia ao Estado e crítica ao keynesianismo, que há parentesco, de continuidade genética, do Estado administrativo, o Estado-providência, o Estado burocrático, o Estado fascista, o Estado totalitário, como se fossem todos de uma mesma árvore. Foucault é contrário a essa crítica inflacionista do Estado, e sugere “a tese de que o Estado-providência, o Estado de bem-estar não tem nem a mesma origem do Estado totalitário, do Estado nazista, fascista ou stalinista”. Para ele “esse Estado dito totalitário não é, em absoluto, a exaltação do Estado, mas constitui, ao contrário, uma limitação, uma atenuação, uma subordinação da autonomia do Estado, da sua especificidade e do seu funcionamento próprio”. Conclui: “o que está atualmente em questão na nossa realidade não é tanto o crescimento do Estado ou da sua razão de Estado, mas antes o seu decréscimo”.⁴⁸ Tony Judt também segue essa linha: “governos fracos ou desacreditados demais para agir através de seus cidadãos estão mais propensos a conseguir seus objetivos por outros meios: extorsão, sedução, ameaça e em último caso coerção para fazer com que as pessoas obedeçam. A perda de propósito social articulado por meio de serviços públicos na verdade aumenta os poderes irrestritos do Estado todo-poderoso”, o que pode reduzir a sociedade ao pó da individualidade, com uma rede de fornecedores particulares, o que parece com a guerra de todos contra todos de Hobbes, na qual a vida de tantas pessoas tornou-se novamente solitária, pobre e muito revoltante.⁴⁹

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 230-241.

⁴⁷ Sobre o tema ver VIOLIN, Tarso Cabral. **As agências reguladoras no direito brasileiro**: aspectos gerais, suas licitações e respectivas contratações, e o regime jurídico dos servidores. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) – IBEJ, 2001.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 263-264.

⁴⁹ JUDT, Tony. **O mal ronda a terra**: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 116.

5. Conclusões

O modelo de Estado previsto na Constituição de 1988 é o de Estado Social, Desenvolvimentista, Republicano e Democrático de Direito, um tipo de Estado que ainda não foi implementado, de fato, no Brasil, por mais que possamos considerar que muitos avanços nesse sentido ocorreram desde a redemocratização da década de 1980.

Um Estado Social que persiga a redução das desigualdades, a igualdade, a liberdade de fato, a Justiça Social, entre outras conquistas fundamentais constitucionais vinculantes, é um contraponto ao liberalismo/neoliberalismo, ou mesmo aos Estados totalitários.

Portanto, políticas públicas no Brasil que venham propiciar o aumento do egoísmo, do individualismo, das desigualdades, das privatizações, dos mercados livres sem restrições, da propriedade privada sem intervenções, de monopólios privados, do setor público precariado, não poderão prosperar em nosso ordenamento.

O Estado Social previsto constitucionalmente não é o Estado que cuida apenas dos cidadãos na condição de miséria, mas que também age positivamente na redução das desigualdades entre ricos e pobres, com políticas sociais universalizantes, com uma intervenção na economia e no social que não seja tímida, que não seja apenas reguladora de uma arena.

Contra o Estado de Bem-Estar Social surgiu no século XX o neoliberalismo, com várias correntes, o ordoliberalismo alemão, o neoliberalismo austríaco e o anarcoliberalismo estadunidense. Basicamente pregam um Estado mínimo nos gastos sociais e na intervenção da economia e um Estado forte no enfraquecimento dos sindicatos dos trabalhadores, na garantia de manutenção de desigualdades e da competição livre entre as grandes corporações monopolísticas-oligopolísticas.

Parece-nos que no atual grau civilizatório-jurídico brasileiro, a não ser que haja uma revolução, com a implementação de um novo tipo de sociedade, dentro do capitalismo não há outra alternativa humanitária conhecida a não ser a do Estado de Bem-Estar. A globalização, se é irreversível, que seja radical, não apenas com uma globalização econômica, mas também uma globalização de direitos fundamentais, com livre acessos e trabalho em todos os países, um planeta sem muros.

Com Estados fortes para garantir os serviços sociais para todos, uma economia voltada para os cidadãos e pequenas empresas ou cooperativas, e não grandes grupos empresariais oligopolistas.

Uma das maiores vitórias do neoliberalismo é a conquista de adeptos entre suas vítimas,⁵⁰ com um *marketing* poderoso propalado no dia-a-dia pela mídia, financiada pelos

⁵⁰ Segundo Read, no neoliberalismo os trabalhadores passam a ver a si próprios como empresas individuais que nada têm a ganhar com a organização coletiva, busca transformar a mentalidade dos trabalhadores para que vejam a si mesmos como empresários de si, como seus empregadores e, assim, todos seriam empresários. READ, Jason. A Genealogy of Homo-Economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity. *Foucault Studies*, Frederiksberg (Dinamarca), vol. 5, n. 6, p. 25-36, feb. 2009.

beneficiários do neoliberalismo como os bancos e grandes grupos empresariais oligopolistas, e uma Academia cada vez mais submetida aos interesses do grande capital.

6. Referências

- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- ARISTÓTELES. Política. Livro III. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- AVELÁS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 98.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: UNB, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Livro Primeiro, capítulo I, Site Livros Grátis: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000017.pdf>.
- COBOS, Emilio Pradilla. **Los territorios del neoliberalismo en América Latina: compilación de ensayos**. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DUMÉNIL, Gérard, LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo**. São Paulo: Boitempo, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Público do Mercosul**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- JUDT, Tony. **O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEMKE, Thomas. 'The birth of bio-politics': Michel Foucault's lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality. **Economy and Society**, London, vol. 30, n. 2. 190-207, 2001.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- MATTEUCCI, Nicola. República. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. vol. 2. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.
- MONTEIRO, Hamilton M. **Brasil República**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1994.

- OFFE, Claus. A democracia contra o Estado do bem-estar? Fundamentos estruturais das oportunidades políticas neoconservadoras. In: OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: transformações contemporâneas do trabalho e da política. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista. In: OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: transformações contemporâneas do trabalho e da política. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- PENNA, Lincoln de Abreu. **República Brasileira**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- PIRES, Luís Manuel Fonseca. **O Estado social e democrático e o serviço público**: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- READ, Jason. A Genealogy of Homo-Economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity. **Foucault Studies**, Frederiksberg (Dinamarca), vol. 5, n. 6, p. 25-36, feb. 2009.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2009.
- SADER, Emir, GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo II**: que Estado para que democracia? 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia**: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Tese de Doutorado em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VILLA, Marco Antonio. **O nascimento da república no Brasil**: a primeira década do novo regime. São Paulo: Ática, 1997.
- VIOLIN, Tarso Cabral. **As agências reguladoras no direito brasileiro**: aspectos gerais, suas licitações e respectivas contratações, e o regime jurídico dos servidores. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) – IBEJ, 2001.
- VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

A SOCIEDADE DE RISCO E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

RENATO CARDOSO DE ALMEIDA ANDRADE*

Sumário: Prólogo: o homenageado; **1.** Apresentação; **2.** A Administração Pública; **3.** A Administração Pública e o Direito Penal; **4.** Os crimes contra a Administração Pública, seus sujeitos e objeto jurídico; **5.** A sociedade de risco; **6.** A sociedade de risco e a resposta penal; **7.** Os crimes corporativos contra a Administração Pública; **8.** Conclusão; **9.** Referências.

Prólogo: o homenageado

Tenho tido a honra e o privilégio, nos últimos 21 anos, de conviver com um homem notável. No dia a dia de nossa profissão, por ele exercida com tanto amor, dedicação e eficiência, aprendi um pouco do muito que ele sabe sobre a Administração Pública e o Direito Administrativo. Romeu Felipe Bacellar Filho é uma pessoa inspiradora para todos que foram seus alunos e puderam aproveitar de sua companhia. Dele se extrai toda a beleza de um ramo do Direito que, por incrível que pareça, é tão desprezado por quem mais dele deveria conhecer: os administradores públicos. Esse incompreensível distanciamento das normas de Direito Administrativo com o que vemos surgir na da administração nos torna menos otimistas com relação a um futuro próximo ou distante relativamente à eficiência exigível de cada agente público e que é, lamentavelmente, caminho da prática de crimes contra a Administração Pública. Homens como Romeu Felipe Bacellar Filho, no entanto, formador de uma juventude ávida para defender os princípios constitucionais da Administração Pública no Brasil, serve de alento contra os arautos do pessimismo e esperança renovada a cada dia pela formação profissional do administrador público.

1. Apresentação

A espetacularização do crime não é um fenômeno contemporâneo. Vem de séculos, através dos quais os grandes atos ilícitos e principalmente os grandes criminosos ganhavam

* Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Secretário-Geral do IPDA – Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Conselheiro Federal suplente da Ordem dos Advogados do Brasil. Ex-Conselheiro estadual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná. Foi Juiz Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Advogado.

ares de heróis de um subterrâneo habitado por marginais de todos os tipos, mas que por sua capacidade peculiar de cometer delitos e deles obter dividendos os transformavam em personagens de peça de teatro; em protagonistas de crônicas de jornal e mais atualmente em caricaturas hollywoodianas. São ladrões de todos os tipos que buscam na vida social desde que o mundo é mundo uma forma diversa e paralela de obter vantagens em detrimento de suas vítimas, pouco importando se estas são individual ou coletivamente consideradas. Em 1881, Enrico Ferri já dava a tais sujeitos a pecha de *criminosos-natos*, uma *silhouette* de homens que simplesmente não podem viver sem cometer crimes. Simples assim, pequenos assim, como micróbios do mundo criminal¹.

Além dessa faceta glamorosa dos delinquentes, onde atos criminosos são tratados de forma tão jocosa e descompromissada que após centenas de mortes ou furtos mirabolantes em apenas duas horas, a assistência vai embora sem nenhum remorso e enaltecendo o bandido, corre paralela outra constatação, ou seja, a globalização do crime. E aqui o senso comum é o de que alguns tipos de crimes de há muito ultrapassaram as linhas geográficas dos países e tornaram-se de tal modo comuns, que não passam de estatísticas intermináveis e constante tema de enfrentamento pelos governos, independentemente da ideologia que os possam orientar. Assim é com os crimes contra a administração pública.

Voltaire², talvez o mais sagaz e irônico de todos os filósofos-pensadores da humanidade, instado um dia a contar uma estória, disse que o faria sobre um gatuno célebre, e começou: “Havia em tempos um banqueiro...”. Como depois da frase ficou quieto, lhe pediram que continuasse a narrativa, quando então respondeu: “... mas... acabou.” Bastava a ele a qualificação profissional de sua efêmera personagem para que a estória do célebre gatuno estivesse completa. É triste ver que desde o século 18 a situação ainda é a mesma, com uma variante lamentável: “Havia em tempos um administrador público...”.

Deparamos hoje com listas internacionais de corrupção. Os administradores do dinheiro público são colocados pelo Banco Mundial num rol que envolve cifras indescritivelmente altas e desvios insuportavelmente graves. Nasceram, cresceram e vivem em sociedade e dela tira o seu sustento nababesco. Pior: retira da sociedade a capacidade de se desenvolver, de criar, de se educar, de ter saúde, segurança. Os crimes contra a administração pública, do qual a corrupção é o retrato mais escandaloso, atinge países que se dizem desenvolvidos e os mais caricatos. Alcança democracias consolidadas e republiquetas ditatoriais. E se fôssemos estudar o assunto à luz da vitimologia, deveríamos concluir que a vítima é “somente” a humanidade. O bem comum passa a ser particular e a ser tratado de forma privada. As expectativas de desenvolvimento do ser humano são comprometidas a cada negociata; a cada obra fraudada; a cada desvio de finalidade. E são tantas em tantos lugares, que os criminosos-natos dos delitos contra a administração pública apostam no esquecimento e

¹ FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na Literatura**. Trad. João Moreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Livraria Teixeira, 1936.

² Pseudônimo do francês François-Marie Arouet, nascido em Paris a 21 de novembro de 1694 e morto em 30 de maio de 1778.

na superação de um crime pela prática de outros tantos numa sucessão fantasmagórica de violações éticas que passeia sobre legislações que se debruçam debilmente na tentativa de combater esses crimes que podem ser chamados de *lesa humanidade*.

2. A Administração Pública

A perspectiva mais incisiva sobre a qual devemos analisar a administração pública em qualquer sistema jurídico ou político é a da moralidade. Pode parecer paradoxal tratar a moral sob o prisma físico da conduta do ser humano ou do ponto de vista formal-constitucional de que a moralidade em nosso sistema é um dos princípios informadores da administração. Como bem pontua Romeu Felipe Bacellar Filho, “a afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa. Introduce o conceito da boa administração, da moral administrativa especializada em face da moral comum”.³ É que do senso moral devem partir os demais raios que formam a estrutura do agir público e sobre o qual devem orbitar a ética, a eficiência e todos os demais preceitos que informam o efetivo comportamento do agente público. Principalmente quando tratamos de crimes contra a administração pública, ou seja, do comportamento desviado do sujeito que tem o dever moral e ético de ser probo. Mas como em todo criminoso, o que observamos também nessa esfera de comportamento é a mais completa ausência de senso moral, reconhecida como a força dirigente que determina a conduta do indivíduo na sociedade.⁴

A administração pública, ao meu sentir, do ponto de vista penal, se apresenta com o embate de três pilares mestres que se contrapõem a três vícios fatais. De um lado se destacam (i) a ética, como a mais importante das virtudes de todo administrador público e que deve ser utilizado pelo cidadão como a arma que temos para exigir a defesa do bem comum; (ii) a probidade, que deve informar a forma de vida da prestação do serviço público pelo administrador e deve ser sua opção de vida; (iii) a eficiência, refletida na capacidade do administrador público em oferecer à sociedade as soluções adequadas de suas expectativas. Contra ela ainda sobrevivem como parasitas quase invencíveis (i) o comodismo, no imaginar que tudo está bem; (ii) a omissão, marcada pela infeliz ideia de que o administrador nunca sabe de nada; e, (iii) a desídia, que é a forma mais mesquinha de se administrar posto informada pelo *não faço nada e não vou fazer nada*. No Brasil, apenas para citar um exemplo recentíssimo do embate agora resumido, convivemos com as desgraças naturais de 2011, que no Rio de Janeiro e no Paraná, atingiram comunidades inteiras e as destruíram. Passado mais de um ano, a situação das cidades atingidas permanece rigorosamente a mesma. Imperou o comodismo, a omissão e a desídia violando a compreensão elementar de que a administração pública nada mais é do que o conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como as pessoas coletivas (autarquias, fundações, etc.) que *asseguram* a

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 198.

⁴ MORAL/MORALIDADE. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

satisfação das necessidades coletivas variadas (segurança, saúde, educação) e o *bem estar* das populações.

Essa compreensão de comportamento ético violado que se rende à prática de crimes contra a administração pública passa, necessariamente, à subversão da ideia de coisa pública e da transparência da administração. Essa violação atinge o objetivo da administração pública que deve ser, exclusivamente, o bem estar do cidadão. E esse ideário é de tamanha relevância, que nas *consideranda* do preâmbulo do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, restou consignado que os crimes que ali se processariam são de tamanha gravidade que constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade.” É objeto jurídico de defesa das normas nascidas do Estatuto, então, o bem estar da humanidade, estabelecido no mesmo patamar da própria paz.

3. A Administração Pública e o Direito Penal

O Direito Penal tem sido uma resposta efetiva no âmbito da administração pública como uma instância de controle judicial para os atos de improbidade. Praticamente todos os códigos penais modernos elencam uma série de condutas de desvios de administradores e salvo raras exceções, preveem penas principais e acessórias severas na tentativa de manter um mínimo de probidade no trato das coisas públicas. Essa ideia hoje, portanto, se encontra globalizada, traçando um objetivo unificado da atuação do Direito Penal para o fim de evitar e dissuadir a criação de ilhas de impunidade onde os administradores ímprobos encontrem o seu porto seguro para desfrutar das alegorias de seus crimes. O Professor Jesús Maria Silva Sanchez descreve esse cenário universal de forma simples e adequada: “O objetivo fundamental do Direito Penal em um mundo globalizado é proporcionar uma resposta uniforme, ou, ao menos, harmônica da delinquência transnacional, que evite a criação de paraísos jurídico-penais. A existência de tais paraísos resulta especialmente problemático quando se trata de combater uma modalidade de delinquência onde a forma, lugar e tempo da prática do delito possam resultar uma resposta efetiva através de mecanismos perfeitamente disponíveis em todos eles.”⁵

Tenho sustentado que a Administração Pública para o Direito Penal se apresenta como o interesse público institucional ou a correção na gerência da coisa pública, além da probidade administrativa pessoal como forma de agir do sujeito que exerce cargo ou função pública de forma constante ou passageira. Amos – o interesse público e a probidade – são os fundamentos da existência milenar e necessária de uma organização estatal que gerencie todas as atividades humanas, do existir ao morrer. O fundamento é o mesmo e, por isso, o corpo não pode ser outro. Isso redundaria, numa análise jurídico-penal dos sujeitos passivos dos crimes contra a Administração Pública que tanto a administração direta quanto as fundações

⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002. p. 81.

instituídas pelo poder público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as autarquias bem como os funcionários daquela e dessas devem ser objeto de proteção.⁶

Na Itália, a Exposição de Motivos do Código Penal, ao tratar do capítulo de crimes contra a Administração Pública foi feliz ao estabelecer de forma objetiva e direta a compreensão do legislador quanto à necessidade e necessidade da proteção da prestação dos serviços públicos e a fundamental importância do Direito Penal na defesa da integridade e probidade de tal exercício:

O conceito de A.P., no que diz respeito aos delitos compreendidos nesse título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a A.P., fica tutelada não só a atividade administrativa em sentido estrito, técnico, mas sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem e perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e de outros entes públicos.

Por sua vez, na Espanha, o Código Penal de 1995, chamado de código da democracia, “faz eco com a enorme sensibilização de toda a sociedade ante o fenômeno da corrupção no setor público, a instrumentalização da função pública em benefício próprio ou de terceiro por parte das autoridades e dos funcionários públicos, a colisão entre os interesses públicos e os interesses privados e segue o processo já iniciado, com a vontade de atacar a corrupção. Quebrando as barreiras do direito penal anterior e criando tipos de perigo quando antes eram de resultado e endurecendo as penas impostas sem perder de vista o princípio da proporcionalidade da pena, o novo código penal estabelece uma segura barreira contra a corrupção.”⁷

Esta análise do notável penalista espanhol de estirpe clássica se destaca ao tratar expressamente o Direito Penal como um instrumento adequado de repressão à “rainha” dos crimes contra a Administração Pública que é a corrupção. E é sob o enfoque da corrupção como a mostra mais eloquente de desvios de administradores públicos que se apresenta o Direito Penal em face da Administração Pública.

4. Os crimes contra a Administração Pública, seus sujeitos e objeto jurídico

Os crimes contra a Administração Pública “são infrações que levadas a cabo por pessoas vinculadas, direta ou indiretamente, a setores de poder político e econômico na órbita da administração, e que podem alterar a normalidade funcional ou o prestígio do Estado.”⁸

⁶ FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. O sujeito passivo nos crimes contra a Administração Pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 9, n. 35, p. 150-158, jul./set. 2001. p. 153.

⁷ PUIG, Carlos Mir, **Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal**. Barcelona: J. M. Bosh, 2000.

⁸ BUOMPADRE, Jorge E. **Delitos contra la administración pública – doctrina e jurisprudencia**. Buenos Aires: Mave, 2001.

Este conceito hoje pode ser aditado na medida em que se observa o universo constitucional que informa a Administração Pública, notadamente o seu objeto jurídico ou de proteção através da via do Direito Penal. Entre nós, no Brasil, a Constituição Federal ao tratar dos princípios que informam a Administração Pública permitem estabelecer a primeira linha de defesa a ser protegida pelas normas penais, vale dizer, a garantia da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37).

Segundo, mais uma vez, Mir Puig, “o bem jurídico protegido com caráter geral ou de categoria nos delitos contra a administração pública, se constitui no correto funcionamento da administração pública, em sua vertente objetiva, qual seja, a função pública ou serviço público, bem como em seu aspecto externo, vale dizer, da relação administração-cidadão, ainda que alguns delitos se protejam de um modo mais direto e imediato, dizendo respeito ao aspecto interno da administração e na sua relação com os funcionários públicos.”⁹

Em uma sociedade de risco, enfim, o Direito Penal deve ser utilizado na esfera da administração pública para (i) garantir o bom funcionamento da administração pública (imparcialidade, legalidade e objetividade voltados aos interesses gerais da sociedade); (ii) exigir e regular o correto desempenho da função pública; e (iii) preservar a função pública (autotutela do Estado). Pelos três vértices observamos que os crimes contra a Administração Pública acabam gerando mais de um sujeito passivo a ser defendido, passando pelo próprio Estado (administração) à sociedade (em geral) e o cidadão (em particular). E ao recepcionar o Estado como sujeito passivo, por consequência são atingidos todos os cidadãos que não raramente são surpreendidos e estarecidos com os mais diversos desvios daqueles a quem cumpre o dever de gerir a coisa pública.

Chegamos, assim, ao Estado, como sujeito da defesa penal. E mais: o Estado como o gestor de uma sociedade em constante transformação e que exige uma pronta resposta aos desvios de poder de toda ordem, o que na esfera do Direito Penal Administrativo se apresenta como a *sociedade de risco*.

“A Administração Pública é um ente necessitado de proteção, não por constituir frações dos poderes do estado, mas sim por ser um instrumento necessário, pressuposto de acesso dos cidadãos aos serviços públicos em condições de igualdade, transparência, objetividade, etc. serão, portanto, as legítimas expectativas dos cidadãos que se vêem prejudicados quando se altera a função que a administração deve cumprir no sistema de organização social existente os objetivos da sanção administrativa. a repressão destas condutas é um problema de mentalidade ou de consciência social. esta idéia de administração como ente a serviço dos cidadãos é o ideal do estudo dos crimes contra a administração pública.”¹⁰ Essa noção de *vitimologia estatal* e o ideário de atuação do Direito Penal sobre os atos desviados dos administradores da coisa pública representam no meu sentir a visão mais adequada de

⁹ BUOMPADRE, Jorge E. *Op. Cit.*

¹⁰ NOGALES, Inês Olaizola, Os delitos contra a Administração Pública. In: **Nuevas tendencias en política criminal**. Buenos Aires: Reus, 2006.

uma resposta social exigível que nasce cada vez mais do seio da própria sociedade organizada, como vemos no Brasil muito recentemente com a chamada Lei da Ficha Limpa¹¹. É a sociedade de risco em ação visando a proteção do Estado contra seus agentes ímprobos.

Tenho a plena convicção, deste modo que, embora na contramão de uma ideia de intervenção mínima do Direito Penal na vida social, quando se trata de delitos contra a Administração Pública a via punitiva dos desvios comprovadamente ocorridos é amplamente exigível – como sustentado por Mir Puig – na medida em que o mesmo não é utilizado para a defesa do poder estatuído ou dos poderosos de ocasião, mas de toda a sociedade organizada em um estado de direito.

5. A sociedade de risco

A ideia da chamada *sociedade de risco* é de autoria do sociólogo alemão Ulrich Beck, através de sua obra “A Sociedade do Risco: rumo a uma nova modernidade”. As transformações sociais dos anos 80, principalmente as preocupações com o meio ambiente e a nova ordem política mundial marcada principalmente pela irreversível revisão do socialismo como forma política de governo atuaram decisivamente para a geração do conceito.

A sociedade de risco nos dias de hoje extrapola apenas os aspectos políticos ou ambientais que lhe deram origem para alcançar uma valoração muito maior de organização social popular, que impõe aos administradores públicos a verdadeira vontade do cidadão e limita suas atuações em face da fiscalização muito mais próxima. E isso tornou-se universal com a surgimento daquilo que conhecemos como globalização, desenvolvida exponencialmente através das redes sociais de computadores que, salvo lamentáveis e gravíssimos patulhamentos e censuras, unem homens e mulheres de todo o planeta. Assim, na concepção de BECK, o indivíduo passa a ocupar lugar de destaque em relação à todas as esferas da organização social.

Essa participação popular, por evidente, tem reflexos incomensuráveis na vida política do cidadão globalizado, que passa a assumir um papel muito mais direto na organização do agir do Estado através dos administradores públicos, especialmente quando se trata de estabelecer as prioridades no trato da coisa pública. E afirma BECK: “ Surge assim, segundo Beck, uma solidariedade decorrente da exposição a um perigo comum e a esfera privada ganha potencial político. O vazio político e institucional deixado pela incapacidade de dar conta de todos os perigos gerados, são preenchidos por movimentos que agem baseados no combate aos riscos. Os movimentos sociais são a nova legitimação e a nova forma de fazer política, não necessariamente fundamentada em questões de classe e distribuição da renda. O risco torna políticas esferas até então consideradas apolíticas, ao que Beck chama de sub-política. A política transborda do Estado para outras esferas, transformando o que antes era

¹¹ Lei Complementar 135 de 4 de junho de 2012. Lei de iniciativa popular que colheu cerca de 1,3 milhão de assinaturas e cuja finalidade mais direta é a de tornar inelegível por 8 anos um candidato que tiver seu mandato cassado ou for condenado por colegiado pela prática de crimes, muito acentuadamente aqueles contra a Administração Pública.

não político em subpolítico.”¹² Eis aí, a geração dos novos grupos de pressão como resposta legitimamente estabelecida no seio social global para uma pronta resposta aos desvios de mando e comando de administradores públicos que fazem do bem comum o seu rol de bens pessoais.

A resposta mais evidente que hoje está presente em todas as legislações que tratam com rigor os atos de improbidade administrativa está na evidente necessidade específica de um direito da globalização que deriva da extensão mundial de fenômenos regulados e no caso de Direito Penal da inter-relação supraestatal dos mercados e de alguns tipos de criminalidade cuja resposta penal do Estado individualmente considerado é completamente inadequada. E isso porque, conforme já assinei acima, não é possível mais existir *paraísos penais* que tratem de forma diferenciada comportamentos que sejam gravemente repelidos, como a corrupção (e outros tipos de crimes contra a Administração Pública), terrorismo, tráfico de pessoas, exploração de mulheres e crianças, tráfico de armas e drogas, lavagem de dinheiro, criminalidade cibernética, crime organizado, em uma lista evidentemente não exaustiva. Na Europa, uma sistematização no combate a crimes graves está assentada sobre um tripé que sustenta e unificação do Direito Penal naquele continente: liberdade/segurança/justiça.

A manutenção de tal tripé, hoje, passa, necessariamente pela visão globalizada do Direito Penal e da compreensão de que não há sociedades de risco isoladamente consideradas em face de determinados comportamentos delituosos, mas sim uma vontade socialmente relevante de não aceitar que os atos de improbidade praticados contra um grupo social seja aceito por outro. Fundamental, então, a maior cooperação internacional policial; maior cooperação judicial e a aproximação normativa, ou seja, sempre que possível, uma identificação legislativa a respeito do tratamento penal de crimes praticados por funcionários públicos ou, agora, mais modernamente, os crimes praticados pelas chamadas *corporações criminais*, como veremos adiante.

6. A sociedade de risco e a resposta penal

A Sociedade de Risco e o Direito Penal se esboça em três ideias próprias a respeito do Direito Penal: (i) as alternativas ao direito penal; (ii) o futuro do direito penal; e, (iii) direito penal e política criminal. Alguns destes paradigmas para o Direito Penal podem parecer conflitantes, como, por exemplo, as alternativas ao Direito Penal que passa pelo princípio da intervenção mínima, aos aspectos de política criminal, muito especialmente quando se analisa os crimes corporativos, as organizações criminosas e os crimes contra a administração pública quer do ponto de vista interno quanto do ponto de vista internacional. Tal paradoxo alcança a questão sobre o futuro do direito penal e a forma como o mesmo se lança sobre uma sociedade de risco cada vez mais marginalizada na legalidade em face de um confronto diário e crescimento exponencial do poder da criminalidade, principalmente aquela dita

¹² Sociedade de risco, verbete da enciclopédia mundial *Wikipédia* – www.wikipedia.org

organizada. O futuro do Direito Penal, então, passa pela análise exigível da política criminal que se pretende diante de uma situação ou (i) de intervenção mínima ou (ii) de adoção de políticas criminais impositivas para o efetivo combate a criminalidade.

Não se trata, por evidente, de mera discussão acadêmica de difícil solução ou escassa importância. E isso porque o combate aos crimes contra a Administração Pública passa, necessariamente, pelas ideias de que vivemos em uma sociedade de risco, marcada globalizadamente por desmandos de administradores públicos ímprobos que foram descobertos como um manancial quase infinito de diversos tipos de crimes que envolve o dinheiro público e as grandes corporações que tomaram o lugar dos punquistas de rodoviária como os autores mais cruéis e desmedidos de crimes. E tudo isso visando sempre um único fim: o lucro fácil e extraordinariamente elevado, refletindo daí os aspectos econômicos que se tornam o especial fim de agir do agente: o desvio de verbas públicas; os desmandos; as ditaduras econômicas e o lucro fácil. Eis aí a nova e perversa face mais visível dos crimes contra a administração pública.

Segundo a escola frankfurtiana, a sociedade de risco diz respeito a própria sobrevivência do homem no planeta, a ponto de tratar sob o ponto de vista do direito penal esse bem fundamental representado pela sobrevivência da raça humana sobre a terra. Debate-se, então, a incidência do direito penal sobre o direito ambiental e a preservação do homem como espécie no ambiente que vive.

A ideia merece ser ampliada.

Estamos vivendo hoje um momento em que a sobrevivência do homem como ser vivente da terra passa pela qualidade de vida que possa ter. E isso diz respeito diretamente ao bem comum; a seriedade da administração pública e a probidade administrativa, sem a qual - e somos testemunhas presenciais de tal efeito - o homem passa a viver de forma sub-humana, com degradação absoluta de sua condição de homem, que passa a viver sem dignidade alguma, como ocorre em tantos países da África, onde o nível de corrupção da administração pública é simplesmente alarmante. Nas sociedades de risco se vislumbra tal situação que passa pelo aspecto econômico produzido pelos crimes contra a administração pública, mas que não podem ficar restritos a esse aspecto. E que os crimes que atingem a administração causam prejuízos econômicos de altíssimo grau, alterando a finalidade do uso das economias e riquezas de um povo e violando o princípio do respeito ao bem comum que informa a probidade administrativa.

Por outro lado, numa sociedade de risco do ponto de vista do direito penal e dos crimes contra a administração pública, ha de se considerar a vitimologia como elemento formador da gravidade dos crimes, na medida em que se está diante da vítima ideal, ou seja, aquela que não participa de forma alguma para a prática do delito, pelo contrário, absorve totalmente os prejuízos advindos da conduta criminosa. E como os crimes contra a administração pública atinge toda a sociedade, e ela, ao final de uma análise da gravidade do delito, que e atingida pelo autor ou autores dos delitos, que não tem qualquer pudor de transformar

a sociedade em vítima fantasma, que perambula sempre em busca de uma alternativa contra a corrupção, o peculato, a prevaricação, o novíssimo artigo proposto pela comissão de reforma da parte especial do Código Penal e que trata do enriquecimento ilícito, e assim por diante.

Como bem destaca Cornelius Prittwitz: “La motivación ética de esta nueva criminalización rara vez tiene que ver con comportamientos violentos (normalmente y de forma correcta ya penalizados), pues se trata de comportamientos cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clásica violenta y que, analizados superficialmente, resultan inofensivos.”¹³

O Direito Penal, neste quadro de crescimento exponencial de crimes contra a administração pública praticados por funcionários e, mais do que nunca, por corporações criminosas, surge como um instrumento de resposta globalizado para assegurar o futuro da sobrevivência social, que transcende apenas os aspectos econômicos para atingir o ser humano em sua essência de dignidade. E daí a sociedade como um todo que passa a ser de risco diante da ganância insaciável daqueles que tem por hobby corromper, comprar agentes públicos, burlar licitações; destruir o meio ambiente e violar o bem comum.

Mais uma vez a lição de Prittwitz, citando G.A. Kuhlen, vem a calhar com perfeição: “El Estado de Derecho no puede fundamentarse exclusivamente sobre la base del homo oeconomicus. Solo el castigo de las infracciones puede conjurar el peligro de un rebaldecimiento generalizado de la fidelidad normativa y proporcionar el aprendizaje de estrategias de comportamiento normativamente conformes y, con ello, la adquisición generalizada de estrategias de conducta adecuadas.”¹⁴

O combate deste cancro social em que se transformaram as condutas típicas de agentes públicos que desvirtuam sua atividade para alcançar interesses egoísticos contra toda a sociedade exige uma reação globalizada. Uma colaboração internacional que reflita um ideário comum de salvação das sociedades de risco, pouco importando onde o crime tenha sido cometido, quem o tenha cometido e onde possa estar ou se esconder.

Claro que a ideia é embrionária no mundo jurídico, mesmo com a globalização já indo de há muito ao encontro de diversos interesses sociais comuns. Há o aspecto da territorialidade da lei penal, mesmo quando falamos de um crime contra a administração pública que se inicie na Nigéria e se exaure no Brasil. Nem tampouco de estabelecimento de competência para conhecimento e julgamento dos feitos pelo Tribunal Penal Internacional de Roma, pois além de não ser esta a sua finalidade, a quantidade de delitos seria tão grande que inviabilizaria a Corte. Mas temos também belos e novos exemplos de racionalidade do Direito Penal internacional, mesmo que nascido de blocos econômicos, como o Mercado Comum Europeu, o NAFTA, o MERCOSUL, e assim por diante. A cooperação jurídica entre os membros de

¹³ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El penalista liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 147; 151.

¹⁴ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal... *Op. cit.*

tais segmentos econômicos é possível e exigível, exatamente para evitar o que mais espanca a racionalidade e a esperança do homem de bem: a impunidade.

Uma leitura, ainda que ligeira, de legislação comparada, nos leva a concluir que todos os países civilizados ou ditos civilizados do mundo possuem na dogmática penal uma resposta para os crimes contra a administração pública. Interessante o exemplo da definição de corrupção pelo Conselho da Europa, o chamado bribery crime: “A corrupção compreende as comissões ocultas e quaisquer outros atos que envolvam pessoas investidas de funções públicas ou privadas que valoram os deveres decorrentes de sua qualidade de funcionário público, empregado privado, agente independente ou de qualquer outra relação deste gênero, com vistas a obter vantagens ilícitas de qualquer natureza para benefício próprio ou de outrem.”

A pergunta que se coloca em perspectiva no presente encontro entre a improbidade e os crimes contra a administração pública e se entre ambos pode haver uma interpretação econômica do direito.

Como já dito, há estudos seríssimos levados a efeito por entes internacionais como a ONU e o Conselho da Europa que informam a espetacular (e tormentosamente triste e preocupante) escoamento de dinheiro pelos desvios e apropriações havidas por agentes públicos ao cometer crimes contra administração pública. Evidentemente que esta perda social-econômica praticamente irreparável (recorde-se no Brasil, a título de exemplo, o caso de desvio de dinheiro da Previdência Social por parte de uma acusada chamada Georgina de Freitas, que nos anos 90 desviou milhões dos cofres públicos que jamais foram recuperados em favor do tesouro nacional) e obviamente relevante do ponto de vista econômico, mas entendo que a interpretação não pode se dar apenas neste aspecto da questão. E isso porque as influências econômicas mais ou menos relevantes são consequência da prática de um delito e muitas vezes a própria finalidade do crime, como se dá no peculato, por exemplo. É o especial fim de agir do agente e ínsito do delito. Assim sendo, estamos diante de uma combinação de bens jurídicos supraindividuais e individuais que visitam as mais diversas esquinas do relacionamento humano, desde a improbidade administrativa, a já referida dignidade da pessoa humana e também a mais visível das vias, justamente a econômica. Dai porque o direito penal econômico tem como objeto jurídico a proteção dos bens supraindividuais (sociais ou coletivos e interesses da comunidade) numa definição dogmática jurídica de tal ramo de estudo.

Klaus Tiedemann¹⁵ ao estabelecer uma definição sob a perspectiva processual-criminológica do que seja o Direito Penal Econômico, expressamente faz referência a crimes contra a Administração Pública, destacando que “el único o al menos el principal problema del Derecho Penal Económico y de la criminalidad económica se solucionarían mejorando la justicia penal a través de la adopción de medidas relativas al personal, a recursos materiales y a cuestiones de organización. Juridicamente sería suficiente, en gran medida, el tipo penal

¹⁵ TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal Económico**: introducción y parte general. Lima (Péru): Grijley, 2009. p. 70.

de la estafa (estelionato) “. E completa: “los tipos generales de estafa (estafa informática, administración desleal, usura e cohecho (suborno, corrupción) representan bajas consideraciones procesales (de competencia sobre delitos penales económicos), delitos económicos en la medida que sea el juzgamiento del caso se requiera de conocimientos especiales de la vida económica.”

Contudo, e na definição do ponto de vista criminológico e que se torna mais perceptível essa aproximação do direito penal econômico com os crimes contra a administração pública, emprestando-lhe o caráter interpretativo que desafia o tema deste debate. E o mesmo Tiedemann que justifica:

Las concepciones que parten de aspectos criminológicos se basan, en parte, en las extensas repercusiones que generan los delitos económicos (en la economía nacional o en sus componentes) y, en parte, en el abuso de la confianza necesaria en el tráfico económico, la cual no debe entenderse como una confianza individual de los agentes del mercado [e, incluso eu, os agentes públicos] individualmente considerado, sino como una intitucionalizada.¹⁶

Ou seja, o cidadão deve confiar necessariamente na seriedade dos agentes públicos e na probidade de seus atos, muitas vezes, inclusive, quando e porque teve participação ativa, direta ou indireta, na ascensão do sujeito ao cargo ou função pública, como se dá com os agentes políticos.

7. Os crimes corporativos contra a Administração Pública

No mesmo passo em que o combate aos crimes contra a Administração Pública ganha foro de globalização, de outro lado as suas práticas se tornam cada vez mais sofisticadas. E essa sofisticação passa pela geração de um novo sujeito ativo que não apenas os funcionários públicos, mesmo que amplamente considerados em diversas legislações modernas. No dizer de Lascano:

Devemos ter em mente ao debater a corrupção, a ancestral tensão entre a honestidade que deve ser uma das virtudes cardinais dos representantes do povo em um regime democrático de governo e a corrupção dos funcionários públicos como degradação da atividade política bem entendida como vocação de serviço em busca do bem comum; por outra parte, devemos nos debruçar sobre a recorrente utilização desde a muito tempo, do Direito Penal para sancionar com a máxima intensidade aquela pernicioso prática.¹⁷

Os crimes corporativos contra a Administração Pública passam pela concepção de que não é mais possível, nos dias de hoje, conviver com a concepção da *societas delinquere*

¹⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Op. Cit.* p. 71.

¹⁷ LASCANO, Carlos. Funcionários públicos corruptos, empresários corruptores e direito penal. In: **El Derecho Penal del Siglo XXI**. Mendoza: Cuyo, 2005, p. 891 e ss.

non potest, exatamente porque a sofisticação da prática criminosa passa pela criação de corporações destinadas a cometer delitos transnacionais, em contratos milionários, em licitações internacionais cujos contratos são assinados em determinado local para realização de obras em outros ou mesmo pelos interesses globalizados de tais corporações.

O jornalista Jeffrey D. Sachs, em artigo publicado pelo jornal O Estado de São Paulo alerta que “O mundo está se afogando em fraudes corporativas e o problema parece ser mais grave nos países mais ricos, aqueles que supostamente contam com um “governo responsável”. Os governos dos países pobres, provavelmente, aceitam mais subornos e cometem mais crimes, mas e nos países ricos - anfitriões das empresas multinacionais - que as infrações de maiores proporções são observadas. O dinheiro move montanhas e esta corrompendo políticos em todo o mundo.

É difícil que haja um dia em que não venha a tona um novo caso de práticas administrativas questionáveis ou ilegais. Ao longo da última década, todas as firmas de Wall Street pagaram multas significativas por causa de algum episódio de fraude contábil, negociatas, fraude com valores mobiliários, operações fraudulentas de investimento e até apropriação indébita por parte de diretores executivos.”¹⁸

E mais precisamente quanto à Administração Pública, o jornalista americano destaca:

*A corrupção é lucrativa também no âmbito da política americana. O atual governador da Florida, Rick Scott, foi diretor executivo de uma grande empresa de saúde chamada Columbia/HCA. A empresa foi acusada de fraudar o governo por meio do superfaturamento de reembolsos e acabou se declarando culpada de 14 delitos graves, pagando por eles uma multa de US\$1,7 bilhão. A investigação do FBI obrigou Scott a deixar o cargo. Mas, uma década depois de a empresa assumir a culpa, Scott está de volta, dessa vez apresentando-se como político republicano defensor do “livre mercado”.*¹⁹

No Brasil os crimes corporativos, especialmente contra a Administração Pública, embora não sob este título, estão presentes no novíssimo Anteprojeto de Código Penal que no mês de junho foi encaminhado por comissão de juristas ao Presidente do Congresso Nacional. No trabalho desenvolvido pelo grupo encontra-se a exposição de motivos justificando a extraordinária amplitude agora do princípio do *societas delinquere potest* no sistema penal brasileiro, justificando:

O Direito Penal tem caráter dúplice. Serve à sociedade, protegendo-a de condutas danosas; serve às pessoas, limitando a atuação punitiva estatal. O diálogo entre estas duas utilidades, igualmente lastreadas na Constituição, é que lhe dá o perfil. Ele não é uma construção intelectual autojustificável, um fim em si mesmo. O fenômeno de condutas socialmente danosas, gerenciadas, custeadas ou determinadas por

¹⁸ SACHS, Jeffrey D. A onda da global de crimes corporativos. **Jornal O Estado de São Paulo**, São Paulo, Edição do dia 08/05/2011. p. a-22.

¹⁹ SACHS, Jeffrey D. *Idem*.

peças jurídicas (outra construção intelectual humana) foi, de há muito, identificado pelos estudiosos. Sancioná-las e preveni-las, portanto, é preocupação comum. A questão é: como fazê-lo? A Constituição Federal, no artigo 225, § 3º e, mais indiretamente, no art. 172, § 5º, abrigou a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas. Isto foi, inauguralmente, tipificado na Lei 9.605/98, dos crimes contra o meio ambiente. A Comissão de Reforma, por maioria de votos, entendeu que as hipóteses constitucionais são exemplificativas e não exauriente, permitindo ao legislador que examine a conveniência de estender esta responsabilização a outros crimes, além do meio ambiente e da ordem econômica, financeira e da economia popular. Incluiu, desta maneira, a responsabilização da pessoa jurídica por crime contra a administração pública, apta a sancioná-las quando agir por decisão de suas instâncias próprias e em seu benefício.²⁰

²⁰ Os artigos propostos sobre o tema são os seguintes:

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, 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.

§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

Art. 42. Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da prescrição. As penas privativas de liberdade serão substituídas pelas seguintes, cumulativa ou alternativamente:

- I - multa;
- II - restritivas de direitos;
- III - prestação de serviços à comunidade.
- IV - perda de bens e valores

Parágrafo único. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

Art. 43. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são, cumulativa ou alternativamente:

- I - suspensão parcial ou total de atividades;
- II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- III - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação ou celebrar qualquer outro contrato com a Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta;
- IV - proibição de obter subsídios, subvenções ou doações do Poder Público, pelo prazo de um a cinco anos, bem como o cancelamento, no todo ou em parte, dos já concedidos;
- V - proibição a que seja concedido parcelamento de tributos, pelo prazo de um a cinco anos;

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada pelo período máximo de um ano, que pode ser renovado se persistirem as razões que o motivaram, quando a pessoa jurídica não estiver obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do bem jurídico violado

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações será aplicada pelo prazo de dois a cinco anos, se a pena do crime não exceder cinco anos; e de dois a dez anos, se exceder.

Art. 44. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

- I - custeio de programas sociais e de projetos ambientais;
- II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
- III - manutenção de espaços públicos;
- IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas, bem como a relacionadas à defesa da ordem socioeconômica.

Já relativamente às penas aplicáveis para os novos tipos penais que envolvem as corporações, o grupo de trabalho estabeleceu que “*A individualização das Penas das pessoas jurídicas*. A experiência com a Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente foi especialmente considerada para a elaboração do presente anteprojeto. Procurou-se resolver algumas das críticas endereçadas àquela lei, especialmente em face da medida legal de culpabilidade (o preceito secundário da norma penal). É por esta razão que o projeto indica que: “Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da prescrição”. Permite-se, deste modo, ao aplicador da lei, que considere a gravidade específica de determinado crime, no momento da dosimetria da pena aplicável à pessoa jurídica. Ao mesmo tempo, as penas dos tipos penais serão utilizadas, também pelas pessoas jurídicas, para a auferição de benefícios como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

As penas compatíveis com as pessoas jurídicas. As sanções de privação de liberdade trazidas pelos tipos penais não são compatíveis com a realidade das pessoas jurídicas, por esta razão, deverão ser substituídas por aquelas elencadas nos artigos 34 e 35. A proposta procurou tornar *proporcional* a sanção aplicável, diante do agravo ocorrido, fixando limites mínimos e máximos para as sanções de suspensão de atividades, interdição de estabelecimentos, proibição de contratar com o poder público, etc. A única exceção é a liquidação forçada da pessoa jurídica, a pena mais grave a elas aplicável, quando forem constituídas ou utilizadas, preponderantemente para facilitar, permitir ou ocultar a prática de crimes.

Ou seja: a nova ordem penal brasileira que agora está submetida à análise (lamentavelmente longuíssima) do Congresso Nacional por suas duas casas avança significativamente no combate aos delitos corporativos, abarcando, como se observa pelos novos artigos de lei propostos, os crimes contra a Administração Pública como uma resposta adequada e coerente com o estado quase incivilizado que vivemos, de tantos desmandos e atos de improbidade não apenas entre as fronteiras de nosso País mas que atingem quase indistintamente todo o planeta. Mais uma vez o lúcido artigo do jornalista americano Sachs vem a calhar:

*A explosão da corrupção – nos EUA, na Europa, na China, Índia, África, Brasil, entre outros países – traz um conjunto de perguntas desafiantes a respeito de suas causas e de como ela poderia ser controlada agora que atingiu proporções epidêmicas. A corrupção corporativa fugiu ao controle por dois motivos principais. Primeiro, as grandes empresas são agora multinacionais, enquanto os governos permanecem presos no âmbito nacional. As grandes corporações contam com tamanho poder financeiro que os governos têm medo de enfrenta-las. Segundo, as empresas são as principais financiadoras de campanhas políticas em países como os EUA, onde os próprios políticos, muitas vezes, estão entre os *social deals*, sendo, no mínimo, discretamente beneficiados pelos lucros corporativos. Cerca de metade dos*

*congressistas americanos é composta por milionários e muitos deles mantêm laços com empresas antes mesmo de chegarem ao Congresso.*²¹

As semelhanças com a nossa realidade não deixam dúvidas: vivemos, também em matéria de criminalidade, em um mundo globalizado. E temos que ter a resposta adequada para exigir dos administradores públicos um comportamento de integridade e excelência.

8. Conclusão

Concluo, então, embalado pelas lições do nosso querido homenageado nesta obra, que estando o caráter primário do Direito Penal econômico voltado a uma relação empresarial entre particulares é impossível não considerar ou dissociar tais relações entre sociedades privadas (as corporações, inclusive) e o poder público. E nessa convivência, o mínimo desvio de conduta com consequências econômicas e penais que exigem a atenção e a atuação do Direito Penal. E são as consequências econômicas dos crimes contra a Administração Pública que, nos dias de hoje, se refletem nos direitos supraindividuais, pela condução cada vez mais acelerada de uma redução de qualidade de vida do homem que não aceita mais a máxima da aristocracia francesa do período pré-revolucionário: “s’ils n’ont pas de pain, qu’ils mangent de la brioche.”²²

9. Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUOMPADRE, Jorge E. **Delitos contra la administración pública – doctrina e jurisprudencia**. Buenos Aires: Mave, 2001.
- FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. O sujeito passivo nos crimes contra a Administração Pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, vol. 9, n. 35, p. 150-158, jul./set. 2001.
- FERRI, Enríco. **Os criminosos na arte e na Literatura**. Trad. João Moreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Livraria Teixeira, 1936.
- LASCANO, Carlos. Funcionários públicos corruptos, empresarios corruptores en el Derecho Penal. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); TERRAGNI, Marco Antonio (Coord.). **El Derecho Penal del Siglo XXI: Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba**. Mendoza: Cuyo, 2005.
- NOGALES, Inés Olaizola. Los delitos contra la administración pública. In: MARTÍN, Víctor Gómex; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; PUIG, Santiago Mir (Dir.). **Nuevas tendencias en política criminal**. Buenos Aires: Reus, 2006.
- PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El penalista liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- PUIG, Carlos Mir, **Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal**. Barcelona: J. M. Bosh, 2000.

²¹ SACHS, Jeffrey D. *Idem*.

²² "Se eles não têm pão, que comam brioques."

SACHS, Jeffrey D. A onda da global de crimes corporativos. **Jornal O Estado de São Paulo**, São Paulo, Edição do dia 08/05/2011.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal Económico**: introducción y parte general. Lima (Péru): Grijley, 2009.

PARTE IV

SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS TRANSFORMAÇÕES ATUAIS



APONTAMENTOS SOBRE CONCESSÃO E O SEU DESEMPENHO COMO EXERCÍCIO DE UMA FUNÇÃO ESTATAL

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO*

Entende-se por concessão de serviço público a relação jurídica complexa através da qual o Estado atribui a alguém o *exercício* de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta, risco e perigos, sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, remunerando-se disto pela exploração do serviço, geralmente mediante cobrança de tarifas diretamente dos usuários, e tendo garantido em seu favor a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido nos termos da estipulação inicial.

Só há concessão quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e *como privativo do Poder Público*. Em rigor, por ser público e privativo do Estado, o serviço é *res extra commercium*, inegociável, inamovivelmente sediado na esfera pública, razão por que não há transferência da titularidade do serviço para o particular. O que se transfere para o concessionário é tão-só e simplesmente o *exercício* da atividade pública.¹ Eis porque o Estado mantém sempre e permanentemente total disponibilidade sobre o serviço concedido.

Esta relação jurídica complexa que constitui a concessão é, como o dissemos em obra teórica,

* Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-SP e professor emérito da mesma Universidade, da qual foi Vice-Reitor para Assuntos Acadêmicos. Professor Honorário da Faculdade de Direito de Mendoza (Argentina) e da Faculdade de Direito do *Colegio Mayor* de Rosário (Colômbia). Membro correspondente da Associação Argentina de Direito Administrativo, membro honorário do *Instituto de Derecho Administrativo* da Faculdade de Direito da Universidade da República Oriental do Uruguai, da *Asociación Mexicana de Derecho Administrativo* e da *Asociación Internacional de Derecho Administrativo*. Professor Extraordinário da Universidade Notarial Argentina e membro titular de seu *Instituto de Derecho Administrativo*. Professor Titular Visitante da Universidade de Belgrano – Faculdade de Direito e Ciências Sociais (Argentina). É um dos fundadores do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de Direito Administrativo Paulista.

¹ Guido Zanobini, com sua habitual proficiência, observou ao propósito dos particulares investidos de poderes públicos: "... di tali poteri questi soggetti non hanno mai la titolarità, ma possono avere soltanto l'esercizio, in forza di una concessione fatta dello Stato e sempre da questo revocabile senza che l'ente venga meno" (ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. vol. I. Padova: CEDAM, 1944. p. 139).

“composta por um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.”²

[...]

Para os concessionários, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário, é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço.³

[...]

O regime da concessão procede da lógica da situação instaurada nestes termos.

Ao Estado assistem todas as garantias necessárias à obtenção de seu desiderato. Por esta razão pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar, assim como retomá-lo sem que caiba oposição do concessionário.

A este, por seu turno, caberão todas as garantias atinentes à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro avençado por ocasião da concessão, pois foi o que através dela buscou. Daí que, embora o Estado possa modificar unilateralmente as condições do serviço, deverá preservar o equilíbrio econômico quando as alterações que introduzir agravarem a situação do concessionário.

Em suma: o Estado dispõe, com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço e está peado no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual da concessão, que é o equilíbrio econômico-financeiro.

Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários.”⁴

Integram o aspecto regulamentar, portanto, as disposições relativas ao *prazo* da concessão (sem prejuízo de que suas repercussões sobre o equilíbrio econômico financeiro tenham que ser respeitadas), à *organização*, ao *funcionamento* do serviço; esta parte é *mutável* por ato exclusivo do Estado.

² A natureza jurídica da concessão foi admiravelmente dissecada pelo Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da Concessão de Serviço Público. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 1951.

³ Ao propósito, Zanobini expõe com perfeição: "... nel soggetto privato, il fine, che questo si propone nell'esercizio della pubblica funzione, è distinto dal fine statale a cui questa funzione provvede, perchè è un fine privato, di solito un fine di lucro. Si può dire, anzi, che il servizio pubblico, o la pubblica funzione, serve di mezzo al privato per conseguimento di questo suo fine personale" (ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. vol. I. Padova: CEDAM, 1944. p. 181).

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 682-684.

Inversamente, a equação econômico-financeira, constitui-se no objeto contratual *imutável* unilateralmente. A expressão econômica de valor fruível pelo concessionário como resultado da exploração do serviço ao longo da concessão, segundo os termos constituídos à época do ato concessivo, é direito fundamental da contraparte do Poder Público.

É claro que também é imutável o próprio objeto material da concessão, ou seja, o tipo de serviço concedido, no que se inclui a *modalidade técnica genérica* segundo a qual será prestado.⁵

Posto que a concessão é um instituto concebido para promover, do melhor modo possível, a satisfação do interesse público, é óbvio que ao concedente ter-se-ia mesmo que reconhecer a disponibilidade de todos os meios necessários para adequá-la ao alcance deste propósito. O concedente não se despoja - nem poderia fazê-lo - dos poderes requeridos para impor a realização mais conveniente do interesse coletivo. Bem por isto, o Poder Público *pode determinar as alterações necessárias para propiciar maior rentabilidade e eficiência dos meios e recursos demandados para a boa prestação do serviço em proveito dos usuários.*

O concedente dispõe, então, de uma cópia de poderes, entre os quais, além do *poder de inspeção e fiscalização, do poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído, do poder de aplicar sanções ao concessionário faltoso e o de intervenção em hipóteses extremas*, assiste-lhe sempre o importantíssimo *poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares*, isto é, concernentes às condições do funcionamento do serviço. Por isso cabe-lhe impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e desfrute pelos usuários. O concessionário não se pode opor às alterações exigidas nem esquivar-se de cumpri-las ou reclamar a rescisão da concessão, desde que o objeto dela não haja sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas. Assiste-lhe, contudo, como é óbvio, direito ao ressarcimento pelo desequilíbrio econômico dos termos da concessão, se este resultar das novas medidas estabelecidas pelo concedente.⁶

Aliás, em rigor, mais que um poder, o que há, na verdade, conforme ao diante se dirá, é um *dever do Estado* diligenciar a busca das condições de prestação mais satisfatórias para o interesse público.

A Ministra do STF, profa. Cármen Lucia Antunes Rocha, em monografia sobre concessão e permissão em nosso Direito, anotou que dos princípios constitucionais positivados na Lei Magna do País decorrem os princípios constitucionais das concessões de serviço público, entre os quais arrolou o da *“adequação do serviço aos fins e interesses da*

⁵ Assim, o concessionário de serviço de iluminação pública a gás não pode ser compelido a modificar-lhe o sistema de prestação para iluminação por energia elétrica. A concessão de geração de energia elétrica não impõe para o concessionário a obrigação de modificá-la para geração de energia atômica, se o concedente desejar a mudança do sistema de geração de energia.

⁶ STF in RDA, vol. 95/132: "Na concessão de serviço público é lícita a modificação pelo poder concedente do funcionamento do serviço desde que fique assegurado o equilíbrio do contrato". Vide, ainda RTJ, vol. 46/144.

sociedade (art. 175, parágrafo único, IV)".⁷ Ao tratar dele, teceu considerações que merecem transcrição:

"Considera-se princípio a adaptabilidade obrigatória e necessária do serviço público (e, portanto, da concessão e da permissão) aos fins e aos interesses da sociedade. Daí que a adequação do serviço público a tais objetivos e modos de sua prestação é fundamental àquelas mesmas figuras pelas quais são eles, eventualmente, prestados.

Chamado, às vezes, de «princípio da eficiência», o princípio da adequação ou da adequação à qualidade do serviço público torna-o talhado harmoniosamente, em sua prestação, aos fins específicos a que ela se presta. Pelo princípio da adequação é que se tem um movimento e alterabilidade permanente da forma de prestação daquela atividade, até mesmo em sua forma de ser concebido e desenvolvido, de tal maneira que ela se molda, se remodela e se acomoda, permanentemente, ao quanto seja necessário à coletividade [...] o que se pactua como cláusula de serviço traz em sua própria natureza a qualidade própria dessa atividade: a da mudança que realize o interesse público objetivo a ser concretamente aperfeiçoado pela sua prestação.

É nessa parte, aliás, que se tem ainda hoje às vezes denominada «prerrogativa da Administração Pública», para modificar, unilateralmente, o ajuste firmado com o particular colaborador no sentido de mudar para adaptar o serviço em sua forma e condição de prestação ao reclamo da coletividade, de tal maneira que a sua oferta atenda à eficiência e atualidade".⁸

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime da concessão e permissão de serviços públicos, em seu art. 9º, § 4º, pressupõe a alteração unilateral da concessão, pois se refere à concomitante restauração do equilíbrio econômico-financeiro quando este for afetado em decorrência de tal alteração.

Aliás, como no direito brasileiro a concessão é considerada um contrato, a ela, de toda sorte, se aplicaria a previsão do art 58, de acordo com o qual:

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;

⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 85.

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes *Idem*. p. 112.

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 seu turno, o art. 65 estatui:

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;

Ora bem, a alterabilidade é um traço muito mais forte nas concessões do que nos demais contratos administrativos. Disse Marçal Justen Filho:

Lembre-se que a mutabilidade do instituto do contrato administrativo foi reconhecida a propósito especificamente das concessões, antes de se cogitar do tema quanto a outras manifestações contratuais da atividade administrativa. A jurisprudência francesa configurou a questão ao julgar litígios que envolviam concessão de serviço público. Portanto, a mutabilidade relaciona-se direta e imediatamente com a concessão, antes do que com os demais contratos administrativos.

Em segundo lugar, não seria exagero afirmar que a mutabilidade é uma circunstância anormal na vida dos contratos comuns, mas é da própria inerência da concessão.

[...]

Esse vínculo inafastável entre a concessão de serviço público e a satisfação de necessidades coletivas essenciais conduz à necessidade de permanente adequação da atividade desenvolvida pelo concessionário à obtenção da melhor alternativa para realização dos interesses em jogo.⁹

Em rigor, todos os poderes necessários à melhor prestação do serviço, neles incluído o de proceder às modificações e alterações cabíveis para tanto, são mais do que poderes. São deveres-poderes. Expliquemo-nos. A prestação de serviços públicos é, obviamente, uma das atividades administrativas que incumbem ao Estado. Ora, toda a atividade administrativa do Estado corresponde ao exercício de *função*.

Conquanto a palavra *função*, em Direito, seja utilizada em acepções distintas, seu sentido mais relevante é precisamente aquele ao qual se reporta Enzo Capaccioli com dizer: “*un significato ben intelligibile de funzione è quello per cui si chiama funzione il potere il cui esercizio sia dovuto*”. E logo em seguida: “*quando si parla di ‘funzione’ nel senso in esame,*

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 75-76.

si entende no tanto aggiungere, a quello di potere, una nozione diversa, quanto sottolineare quella qualità del potere (pubblico) che consiste nella doverosità dell' esercizio".¹⁰

Estes mesmos caracteres estavam acentuados por Renato Alessi, quase no pórtico de seu Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, nos seguintes termos: “*Apunto il potere statale considerato in quanto diretto a queste finalità di interesse collettivo, ed in quanto oggetto di un dovere giuridico relativamente alla sua esplicazione, costituisce una funzione statale*”.¹¹

Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*. Giuseppe Fazio, com muita propriedade enfatiza este aspecto.¹² Ocorre que, para cumprir tal dever necessita manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no *interesse alheio*. Não “poderes”, simplesmente. De resto, nem mesmo satisfaz configurá-los como “poderes-deveres”, nomenclatura divulgada a partir do eminentíssimo Santi Romano, que terá sido o primeiro a caracterizar função na linha de idéias apresentada (¹³). Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de *dever*, não na de “poder”. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade.

A boa compreensão da posição administrativa perante os misteres públicos (e, pois, perante serviços públicos) demanda que se encareça que a Administração Pública está sempre adstrita, por lei, ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público - o do corpo social - que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Por isto se disse queerce “função” no sentido apontado, pois esta - como visto -nse traduz na idéia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É, pois, situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. De regra, neste último alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apetezem, fazendo-o, pois, com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei.

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição

¹⁰ CAPACCIOLI, Enzo. **Manuale di Diritto Amministrativo**. vol. I. Padova: CEDAM, 1980. p. 250

¹¹ ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 2

¹² FAZIO, Giuseppe. **Il Dovere di Buona Amministrazione**. Milano: Giuffrè, 1953. p. 23-24.

¹³ ROMANO, Santi. **Principi di Diritto Costituzionale Generale**. Padova: CEDAM, 1945. O trecho onde o iluminado publicista refere o assunto, na edição brasileira dos Princípios Gerais de Direito Constitucional, traduzidos pela Profa. MARIA HELENA DINIZ, está à pág. 145: ROMANO, Santi. **Princípios Gerais de Direito Constitucional**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 145.

ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada. Função, pois, é poder teleologicamente orientado para o cumprimento de fins que são impositivos para quem o detém.

Costuma-se dizer - insatisfatoriamente, aliás - que competências são uma demarcação de *poderes*, um feixe de *poderes* ou um círculo de *poderes*. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências.

Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são *deveres*, o que é particularmente visível no caso das competências *administrativas*. Deveras, em conformidade com o quanto foi dito, impende reconhecer que na esfera do Direito Público os poderes assinados ao sujeito não se apresentam como situações subjetivas a serem consideradas apenas pelo ângulo ativo, pois, encartados no exercício de *funções*, implicam *dever* de atuar no *interesse alheio* - o do corpo social - compondo, portanto, uma situação de *sujeição*.

Vale dizer, os titulares destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em *prol de um terceiro*: a coletividade que representam, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição, fato que ressalta seu caráter meramente *instrumental*. Assim, os “poderes” encarnados na competência são apenas meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do *dever* de cumprir o *interesse público*, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi neles investido.

Em suma: o que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. Então, *o poder, na competência, é a vicissitude de um dever*. Por isto é que é necessário colocar em realce a idéia de dever - e não a de poder - já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o *fim* a que se destinam as competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados “enquanto conjunto”, em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade. Na esfera administrativa o que existem são funções, logo, trazem consigo o que os doutrinadores italianos qualificam como “*doverosità*”.

É fácil, pois, perceber que o “*poder*” expressado nas competências não é senão a face reversa do dever de bem satisfazer interesses públicos, ou seja, é a *contraface do dever*. Isto significa então que o exercício da competência é obrigatório toda vez que fazê-lo seja necessário para o melhor atendimento da finalidade pública em vista da qual foi instituída a competência. Vale dizer: exercitar as competências não é uma questão entregue à livre decisão de quem as titularize. Não está em pauta um problema “pessoal” do sujeito, ao qual ele possa dar a solução que mais lhe apraz. Está sotoposto ao dever jurídico de atender a finalidade legal e, pois, de deflagrar os poderes requeridos para tanto sempre que presentes

os pressupostos para seu desencadeamento. Em suma: o poder, na competência, é a vicissitude de um dever. E não mais que isto.

Em suma: o concessionário de serviço público exerce em nome do Estado, embora por sua conta risco e perigos, uma função que seria desempenhada diretamente pelo Poder Público se este não lhe houvera cometido os correspondentes encargos atinentes ao serviço concedido. Isto significa, então, que a posição que o concessionário desfruta é a de quem se encontra em uma situação serviente, a de atender o interesse público pelo qual o Estado é axiomáticamente o titular e o responsável. Daí a importante observação de Zanobini, o qual, referindo-se aos poderes do concessionário, afirmou “di tali poteri questi non hanno mai la titolarità, possono avvere soltanto l’ezercizio”.

Referências

- ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da Concessão de Serviço Público. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 1951.
- CAPACCIOLI, Enzo. **Manuale di Diritto Amministrativo**. vol. I. Padova: CEDAM.
- FAZIO, Giuseppe. **Il Dovere di Buona Amministrazione**. Milano: Giuffrè, 1953.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROMANO, Santi. **Principi di Diritto Costituzionale Generale**. Padova: CEDAM, 1945.
- ROMANO, Santi. **Principios Gerais de Direito Constitucional**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- ZANOBINI, Guido. **Curso di Diritto Amministrativo**. vol. I. Padova: CEDAM, 1944.

TRANSFORMAÇÕES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO*

Sumário: 1. Origem da noção; 2. Crise no conceito de serviço público; 3. Direito brasileiro; 4. Nova crise na noção de serviço público; 5. Referências.

1. Origem da noção

A expressão *serviço público* foi utilizada por Rousseau, no *Contrato Social*, com o significado de qualquer atividade estatal e abrangendo dois aspectos:

de um lado, trata-se de atividades destinadas ao serviço do público, isto é, ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente, sem que cada um tenha de atendê-la pessoalmente; de outro, concebe-se como uma atividade estatal que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição na titularidade da soberania.¹

No direito francês, a noção de serviço público foi muito importante por duas grandes razões: (a) de um lado, o critério do serviço público foi um dos adotados, por longo período, para separar a competência da jurisdição administrativa da competência da justiça comum; (b) de outro lado, foi utilizado como critério de definição do próprio direito administrativo.

Inicialmente foram adotados três critérios concomitantes para definir a competência da jurisdição administrativa: (a) o que proibia aos tribunais judiciais o direito de condenar o Estado a pagar qualquer soma em dinheiro (*critério do Estado devedor*); (b) o que atribuía à jurisdição administrativa o conhecimento dos atos de autoridade (os atos de império) e, aos tribunais judiciais, o conhecimento dos atos de gestão (critério dos atos de império e atos de gestão); (c) o que atribuía à jurisdição administrativa os atos de gestão pública, ficando com

* Professora Titular (Sênior) de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente, Doutora, Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Procuradora do Estado de São Paulo aposentada.

¹ É o ensinamento de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19-20.

os tribunais judiciais os atos de gestão privada, como, por exemplo, a gestão do domínio privado, por meio de contratos de direito privado.²

A partir do famoso caso Blanco, começou a alteração nos critérios de definição da competência das duas jurisdições. Tratava-se de ação de indenização proposta pelo pai de Agnès Blanco, em decorrência de ferimentos causados por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo. Surgindo conflito de competência, foi o mesmo submetido ao Tribunal de Conflitos (competente para decidir os conflitos de atribuições surgidos entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos). Esse Tribunal, por decisão tomada em 1873, entendeu que os danos tinham sido causados no exercício de uma atividade de *serviço público* e que a responsabilidade pelos prejuízos causados por serviços públicos devia reger-se por princípios próprios, diversos daqueles previstos no Código Civil para as relações entre particulares.

A decisão foi pouco mencionada nos anos subsequentes, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, continuando a aplicar-se preferencialmente o critério dos atos de autoridade e atos de gestão. A dificuldade estava em definir um critério que permitisse definir os atos de autoridade, regidos por normas próprias (o direito administrativo), diversas das que regem os atos de gestão.

Com o caso Terrier, foi feita a ligação com o caso Blanco, ficando decidido pelo Conselho de Estado, em 6.2.1903, que:

*tudo o que diz respeito à organização e funcionamento dos serviços públicos propriamente ditos, gerais ou locais, quer a Administração aja por via de contrato, quer proceda por via de autoridade, constitui uma operação administrativa que é pela sua natureza da competência administrativa.*³

Com isso, a distinção entre atos de autoridade e atos de gestão pôde ser feita pelo critério do serviço público.

Esse critério teve dupla utilidade: passou a ser utilizado como definidor da competência da jurisdição administrativa,⁴ e, pela forma como evoluiu, passou a ser adotado como critério de definição do próprio direito administrativo.

A chamada Escola do Serviço Público, liderada por Leon Duguit e integrada também por Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Rolland, dentre outros, formulou as primeiras noções de serviço público, algumas delas tão amplas que abrangiam todas as atividades do Estado. Leon Duguit, acompanhado de perto por Roger Bonnard, considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado;

² Cf. VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. 9. ed. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1984. p. 127-128.

³ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 190.

⁴ Havia exceção a essa regra, nas hipóteses em que a Administração opta pela gestão privada dos serviços públicos, o que ocorre especialmente na gestão do domínio privado; nesse caso, embora se trate de serviço público, a competência desloca-se para a justiça comum.

ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público.

Duas grandes ideias estavam presentes nos conceitos de serviço público formulados pela Escola do Serviço Público: (a) trata-se de atividade ou organização assumida por uma coletividade pública (a chamada *publicatio*); e (b) o seu objetivo é o de satisfazer a uma necessidade de interesse geral. A esses dois elementos tem-se que acrescentar um terceiro, que era a submissão dos serviços públicos a regime jurídico derogatório do direito comum.

Em suas origens, os autores adotavam três critérios para definir o serviço público:

1. o *subjetivo*, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado;
2. o *material*, que considera a atividade exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;
3. o *formal*, que considera o regime jurídico: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Reunindo os três elementos, era possível definir o serviço público como a atividade prestada pelo Estado, para atender a necessidades coletivas, segundo um regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum. Foi o tipo de conceito adotado no período do Estado liberal.

2. Crise no conceito de serviço público

Duas dissociações, pelo menos, ocorreram quanto àqueles três elementos, tal como considerados em suas origens. Em primeiro lugar, o fato de que o Estado, à medida que foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar o rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada. Trata-se dos serviços comerciais e industriais do Estado, prestados em condições semelhantes às observadas por particulares, ou seja, sem as prerrogativas próprias da autoridade pública. A existência desse tipo de serviço, que se multiplicou após a primeira grande guerra, levou o Conselho de Estado e o Tribunal de Conflitos a reconhecerem que esse tipo de serviço não se submetia ao direito administrativo e, em consequência, escapava à competência da jurisdição administrativa.⁵

Paralelamente, outro fenômeno se verificou; o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para

⁵ Essa jurisprudência era concomitante com os conceitos adotados pela Escola do Serviço Público, mas não foi levada em consideração pelos seus integrantes.

esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado.

A partir daí, dois elementos foram afetados: (a) o *elemento subjetivo*, porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviço público; os particulares podem fazê-lo por delegação do Poder Público; (b) o *elemento formal*, uma vez que nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público.

Por essa razão, os autores passaram a falar em crise na noção de serviço público. Um autor francês – Louis Corail – elaborou tese de doutoramento sobre esse tema⁶, entendendo que os três elementos normalmente considerados pela doutrina para conceituar o serviço público não são essenciais, porque às vezes falta um dos elementos ou até mesmo dois.

Jean Rivero⁷ mostra que atualmente a combinação dos três elementos é menos frequente. Existem necessidades de interesse geral que a autoridade atende satisfatoriamente, mas que nem por isso confia a órgãos públicos; e também pode acontecer que entidades públicas, como autarquias, desempenhem atividade industrial ou comercial idêntica à das empresas privadas similares, e que não pode ser considerada serviço público, uma vez que nenhuma peculiaridade distingue o seu regime do adotado no setor privado. Há, aí, uma dissociação dos sentidos subjetivo e material. A dissociação é igualmente frequente entre os dois primeiros sentidos e o regime jurídico de serviço público: os serviços comerciais e industriais do Estado são exercidos pelas empresas estatais sob regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas.

Com isso, a ideia de serviço público perdeu, na França, a importância que lhe foi atribuída pela Escola do Serviço Público, seja como critério definidor do direito administrativo (já que serviços públicos podem ser prestados por entes privados no regime jurídico privado) seja como critério definidor da competência da jurisdição administrativa (já que os serviços públicos prestados sob regime privado eram de competência dos tribunais judiciais). O critério que acabou prevalecendo para delimitação das competências foi o do regime jurídico.

Isto não quer dizer que se tenha abandonado o conceito de serviço público. Apenas se reconhece que nem toda atividade assumida pelo Estado é serviço público; nem todo serviço público é prestado em regime jurídico de direito público; nem toda atividade que atende a necessidades coletivas constitui serviço público. Para Jean Rivero,⁸ “os elementos comuns a todas as actividades de serviço público reconduzem-se a duas ideias. A primeira

⁶ O título da tese era “*la crise de la notion juridique de service public en droit français*”, escrita em 1954. Outros trabalhos foram escritos também sobre o assunto: G. Morange, *Le déclin de la notion de service public*, em 1947; Marcel Waline, *Vicissitudes de la notion de service public*; B. Chenot, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d’État*; Jean-Marie Aubry, *Quelques difficultés du droit administratif français*; Jean Rivero, *Apologie pour les faiseurs de systèmes e Existe-t-il un critère du droit administratif?*; e outros trabalhos citados em: VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. 9. ed. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1984. p. 133.

⁷ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 494.

⁸ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 493-494.

é de que o serviço público corresponde à satisfação de uma *necessidade de interesse geral*. A segunda é a de que o serviço público, directa ou indirectamente, depende em último grau de uma *autoridade pública*. Donde se segue a definição: o serviço público é uma forma de actividade administrativa em que uma pessoa pública assume a satisfação de uma necessidade de interesse geral”.

Também no âmbito da jurisdição administrativa, o Conselho de Estado continuou a referir-se ao serviço público, procurando apontar as suas características. Em uma decisão de 1963, reconheceu que os centros técnicos industriais, estabelecimentos de utilidade pública, garantem a prestação de serviço público, porém mantendo a natureza de organismos privados. E apontou quatro características do serviço público: (a) o serviço público cumpre uma missão de interesse geral; trata-se de condição necessária, mas não suficiente, para que uma atividade constitua um serviço público; (b) a Administração reserva-se o direito de controle sobre a maneira pela qual o serviço é desempenhado; (c) o ente encarregado da gestão do serviço público é investido de prerrogativas de poder público; (d) em contrapartida a essas prerrogativas, a Administração dispõe de um poder de tutela, que ela exerce a propósito da nomeação dos membros do Conselho de administração e sobre as decisões tomadas pelos órgãos de gestão.⁹

3. Direito brasileiro

As mesmas incertezas verificadas no país de origem quanto ao conceito de serviço público ocorreram no direito brasileiro, onde os doutrinadores adotaram diferentes critérios para a conceituação do instituto. Nos autores mais antigos encontram-se conceitos bem amplos, provavelmente influenciados pelos doutrinadores da Escola do Serviço Público. É o caso, dentre outros, de Mário Masagão,¹⁰ José Cretella Júnior,¹¹ Hely Lopes Meirelles.¹²

Mais restritos são os conceitos que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional; e, além disso, o consideram como uma das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado, do fomento e da intervenção. É o caso do conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello.¹³ Ele considera dois elementos como integrantes do conceito: o substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade material fruível directamente pelos administrados; e o substrato formal, que lhe dá justamente carácter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico de direito público, composto por princípios e

⁹ VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. 9. ed. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1984. p. 1097.

¹⁰ MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 252.

¹¹ CRETILLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro, Forense, 1980. p. 55-60.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 319.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 28. ed. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 679.

regras caracterizadas pela supremacia do interesse público, sobre o particular e por restrições parciais. Para ele,

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

Tal conceito restringe demais com a expressão *utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados*. Nesse sentido, seriam serviços públicos, por exemplo, o de água, o de transportes, o de telecomunicações, o de energia elétrica, pois estes são fruíveis diretamente pelos administrados. Mas existem outras espécies de serviços que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis diretamente pela coletividade. Assim é o caso dos serviços administrativos do Estado prestados internamente, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, os quais só por via indireta beneficiam a coletividade.

Marçal Justen Filho¹⁴ adota um conceito também restritivo, vinculando a prestação do serviço público à satisfação de um direito fundamental (o que é discutível, quando se pensa em serviços como o de navegação aérea e o de portos, dentre outros) e colocando como característica a insusceptibilidade de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa (o que também é discutível, quando se pensa que os serviços sociais, como saúde, educação, cultura, assistência, previdência, são considerados serviços públicos quando prestados pelo Estado, sem que isto impeça a livre iniciativa dos particulares para atuarem na mesma área). Diz ele que

serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

No livro *Direito Administrativo*,¹⁵ partimos de algumas premissas que nos permitimos reproduzir neste texto:

- a. a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo; houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social;
- b. é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, §

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 692.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 140-144.

2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria;

- c. daí outra conclusão: o serviço público varia não só no tempo, como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos;
- d. não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; pode-se graduar, de forma decrescente, os 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 e intervenção; os que preferem restringir mais, para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública; este último sentido tem a vantagem de distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção.

No direito positivo, a expressão é utilizada ora em sentido amplo, ora em sentido restrito. Por exemplo, no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que cuida da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de *serviço público*, esta expressão aparece em seu sentido mais amplo, de modo a abranger todas as atividades do Estado, sem distinguir a administrativa, a judicial e a legislativa, e sem distinguir o serviço público, em sentido estrito, da atividade de polícia, do fomento e da intervenção. Já no artigo 175, que atribui ao poder público a prestação de serviço público, mediante concessão ou permissão, a expressão aparece em seu sentido mais restrito, adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, porque pressupõe que se trate de fornecimento de utilidade das quais os cidadãos possam usufruir individualmente. Também no artigo 145, II, ao prever, como um dos fatos geradores da taxa, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, a expressão serviço público é utilizada em seu sentido mais restrito.

Adotamos o conceito mais restrito, por ser bem específico do direito administrativo, excluindo as atividades legislativa e jurisdicional, e distinguindo-o das demais funções administrativas. Daí a nossa definição de serviço público como *toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*.

Os três elementos que compõem a definição – subjetivo, material e formal, levados em consideração pela doutrina clássica – permanecem nesse conceito, porém, com sensíveis diferenças em relação à sua concepção original.

Quanto ao *elemento subjetivo*, continua presente porque o serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme está expresso, aliás, no artigo 175 da Constituição Federal, e sempre depende do Poder Público, pelas seguintes razões:

- a. em primeiro lugar, porque a sua criação é feita por lei e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, não deve ficar dependendo da iniciativa privada;
- b. em segundo lugar, a sua gestão também incumbe ao Estado, que pode fazê-lo diretamente (por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou indiretamente, por meio de concessão (seja a concessão comum, seja a concessão patrocinada ou a concessão administrativa, ou outras formas de parceria com a iniciativa privada, como os contratos de gestão com as chamadas organizações sociais), permissão ou autorização, ou ainda por meio de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade.

Quanto ao *elemento formal*, também continua presente no conceito de serviço público, tendo em vista que o regime jurídico a que se submete o serviço público também é definido por lei. Para determinados tipos de serviços (não comerciais ou industriais) o regime jurídico é de direito público: nesse caso, os agentes são estatutários; os bens são públicos; as decisões apresentam todos os atributos do ato administrativo, em especial a presunção de veracidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade; a responsabilidade é objetiva; os contratos regem-se pelo direito administrativo. Evidentemente, isso não exclui a possibilidade de utilização de institutos de direito privado, em determinadas circunstâncias previstas em lei, especialmente em matéria de contratos como os de locação, comodato, enfiteuse, compra e venda.

Quando, porém, se trata de serviços comerciais e industriais, o seu regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais ora menos, pelo direito público. Em regra, o pessoal se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos servidores públicos para determinados fins, especialmente para fins criminais e de improbidade administrativa; os contratos com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum; os bens não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço público têm regime semelhante ao dos bens públicos de uso especial; a responsabilidade, que até recentemente era subjetiva, passou a ser objetiva com a norma do artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988. Aplica-se também o direito público no que diz respeito às relações entre a entidade prestadora do serviço e a pessoa jurídica política que a instituiu. Vale dizer, o regime jurídico, nesse caso, é híbrido, podendo prevalecer o direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas. Quando as entidades prestadoras do serviço público são entidades com personalidade jurídica de

direito privado, aplica-se o direito privado em tudo o que não haja disciplina legal específica por norma de direito público.

Segundo alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ e Marçal Justen Filho¹⁷, o serviço público é sempre prestado no regime de direito público. E, com efeito, ainda que sob certos aspectos possam ser aplicadas normas de direito privado, como exposto no parágrafo anterior, a sujeição a regime publicístico é inerente ao próprio conceito de serviço público, no sentido de que os princípios a que se submetem as entidades prestadoras de serviço público, ainda que tenham a natureza de pessoa jurídica de direito privado (como empresas estatais e concessionárias e permissionárias de serviço público), são os mesmos a que se submete a Administração Pública, como os da continuidade, isonomia entre usuários, mutabilidade, generalidade, universalidade etc.

Quanto ao *elemento material*, parece haver unanimidade entre os autores, quer entre os que adotam conceito mais amplo, para abranger todas as atividades do Estado, quer entre os que preferem conceito mais restrito, que só inclui a atividade administrativa. Todos consideram que o serviço público corresponde a uma atividade que atende ao interesse público.

É verdade que muitos particulares também podem exercer atividades de interesse geral; mas há dois aspectos a considerar: um é o fato de raramente ser esse o seu objetivo primordial, pois o que move o particular é em regra o seu próprio interesse; outro aspecto é o fato de não ser suficiente o objetivo de interesse público para caracterizar o serviço público, pois é necessário que a lei atribua esse objetivo ao Estado.

Daí ser correta a afirmação de que todo serviço público visa atender a necessidades públicas, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público.

Rivero¹⁸ afirma que no serviço público o interesse geral é a finalidade exclusiva e extrai daí algumas consequências:

a. o serviço público,

contrariamente à empresa privada, pode muito bem funcionar com prejuízo. Esta é mesmo uma das suas razões de ser: incumbe-lhe satisfazer necessidades cuja não rentabilidade afasta a empresa privada. Só a pessoa pública, por meio do imposto, pode transferir dos utentes para o conjunto das coletividades o financiamento do serviço.

A gratuidade é, pois, a regra que prevalece em inúmeros serviços (ensino, assistência social, saúde); e, mesmo nos casos em que é exigida contribuição do usuário, ela pode ser inferior ao custo. Só no caso do serviço comercial e industrial é que a própria natureza da atividade exclui a gratuidade (transportes, água, energia

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 28. ed. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 679.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 692.

¹⁸ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 494.

elétrica) e a gestão tende, no mínimo, para um equilíbrio e mesmo para um lucro que permita o autofinanciamento da empresa;

- b. a apreciação do que seja interesse geral é discricionária. O Poder Público pode considerar que o interesse geral exige que ele se encarregue da necessidade a satisfazer, achando-se o particular eliminado desse campo de ação, quer porque julgue que ele é ineficaz (é o caso dos serviços públicos não rentáveis), quer porque o considere perigoso (manutenção da ordem pública). Nesse caso, o serviço é monopolizado. Inversamente, o poder público pode deixar que o particular exerça livremente a atividade, lado a lado com a Administração Pública (caso do ensino, da ação sanitária e social), repartindo entre uns e outros a satisfação da mesma necessidade. Daí a classificação dos serviços públicos em exclusivos e não exclusivos do Estado, embora, neste último caso, se trate de serviços públicos impróprios, quando prestados por particulares.

4. Nova crise na noção de serviço público

No item 2 já se falou na crise na noção de serviço público, ocorrida em meados do século XX, pelo fato de o serviço público nem sempre ser prestado pelo Estado e nem sempre ser prestado sob regime jurídico inteiramente público. Essa crise levou à alteração parcial no conceito de serviço público.

Por influência do direito comunitário europeu, por sua vez influenciado pelo sistema da *common law*, volta-se, pela segunda vez, a falar em crise no conceito de serviço público. Na União Europeia, a ideia de serviço público exclusivo do Estado é considerada como incompatível com os princípios fundamentais da ordem econômica, quais sejam, o da liberdade de iniciativa e o da livre concorrência.

O artigo 86º do Tratado de Roma, de 1957, no item 2, determina que

as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

Verifica-se que o dispositivo não fala em serviço público, mas em *serviço de interesse econômico geral*.

Embora de início não houvesse oposição a que os Estados-membros mantivessem os seus conceitos tradicionais de serviço público e os monopólios estatais, a partir da década de 80 houve um entendimento mais rígido, que implicou confronto com o conceito de serviço público oriundo do direito francês. A consequência foi a sucessiva liberalização e

privatização dos serviços públicos tradicionais. Nas palavras de Vital Moreira,¹⁹ “a liberalização implicou a abertura ao mercado de sectores anteriormente regidos em monopólio público, permitindo e fomentando o aparecimento de empresas privadas ao lado das empresas públicas. A *privatização*, que pode ser simultânea ou posterior à liberalização, traduziu-se na alienação das empresas públicas ao sector privado”.

Inclusive no direito francês, a expressão serviço público foi substituída por *serviço de interesse econômico geral*, com relação às atividades de natureza econômica, preservando-se o conceito tradicional para os serviços sociais do Estado.

Daí voltar-se a falar em nova crise na noção de serviço público.

Vital Moreira²⁰, procurando mostrar as grandes diferenças entre os serviços públicos e os serviços de interesse econômico geral, afirma que, “de fato, verificaram-se algumas mudanças de fundo, principalmente as seguintes:

- a. A *‘mercadorização’ dos serviços públicos*, que passaram a ser prestações disponíveis no mercado por um preço, muitas vezes em concorrência;
- b. A conseqüente transformação dos *utentes* de serviços públicos em *consumidores* ou *clientes*;
- c. A *liberdade de escolha de fornecedor ou prestador*, passando o serviço público a ser uma figura subsidiária do mercado, no caso de o interessado não encontrar neste condições de fornecimento adequadas”.

Não se pode olvidar, contudo, que no próprio direito comunitário europeu houve, na década de 90, um abrandamento na interpretação do referido dispositivo do Tratado de Roma, passando-se a aceitar que os Estados-membros estabelecessem *obrigações de serviço universal e obrigações de serviço público*, quando necessárias para o atendimento das necessidades coletivas. Dentro desse contexto é que o Tratado de Amsterdam, de 1997, acrescentou no capítulo dos princípios o artigo 16º, estabelecendo que,

sem prejuízo do disposto nos artigos 73º, 86º e 87º, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

Esse dispositivo certamente levou em conta que a conseqüência de privatizar uma atividade, colocando-a na livre iniciativa, é que o particular não tem o *dever* de prestá-la, ao contrário

¹⁹ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan-mar./2002, p. 236-248. p. 236.

²⁰ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan-mar./2002, p. 236-248. p. 239-240.

do Estado que, ao assumi-la como serviço público, não apenas tem o dever de prestá-la, mas, muitas vezes, de prestá-la gratuitamente ou com prejuízo. Além disso, sendo o serviço prestado pelo particular, como atividade privada, não está sujeito à observância de princípios como os da continuidade, universalidade, isonomia e outros inerentes à prestação de serviços públicos. Daí ter a União Europeia retrocedido um pouco e passado 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 continuidade.

Depois disso, ocorreu novo abrandamento, quando no âmbito do direito comunitário europeu passou-se a falar em *serviço de interesse geral* (sem o vocábulo *econômico*), com maior aproximação do conceito de serviço público. Esse abrandamento ocorreu 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. Conforme ensinamento de Jacqueline Morand-Deville,²¹ houve, na realidade, uma aproximação entre a noção do “*serviço público à francesa*” e a noção de “*serviço de interesse econômico geral*”. Em suas palavras, “tendo alargado seus objetivos – estritamente econômicos na origem – acolhendo o objetivo de coesão social, o direito da União Europeia se aproximou pouco a pouco da concepção ética do serviço público”. Acabou por substituir a expressão “serviço de interesse econômico geral” por “serviço de interesse geral”. Em outro ponto de sua obra,²² a autora afirma ter ocorrido uma recíproca influência entre o direito comunitário e o direito francês: “habitudo a situações de privilégios e monopólio, os serviços público franceses tiveram que rapidamente respeitar as regras novas de publicidade e concorrência. O conflito se apaziguou e aproximações foram procuradas de uma parte e outra. O ‘serviço público à francesa’ adaptou-se às exigências de Bruxelas mas ele também as influenciou. As considerações sociais, transformadas em ‘valores essenciais’ da União, alargaram as finalidades atribuídas ao serviço comunitário, tornado ‘serviço de interesse geral’ (a qualificação ‘econômico’ desapareceu) e que se aproximou do ‘serviço público à francesa’. A autora nega que se deva, para imitar Bruxelas, rebatizar o serviço público de serviço de interesse geral.

No Brasil não existe a mesma justificativa para adotar-se a conclusão de que o conceito de serviço público entrou em crise, tendendo a desaparecer, já que o país não está vinculado a qualquer tratado que estipule medidas semelhantes às impostas à União Europeia, mesmo porque a Constituição Federal continua a atribuir atividades ao poder público, com caráter de exclusividade, como ocorre, por exemplo, com o artigo 21, ou sem exclusividade, como ocorre na área dos serviços sociais (saúde, educação, assistência); e continua a prever, como encargo do Estado, a prestação de serviço público, nos termos do artigo 175. Sem alterar a Constituição, é muito difícil adotar a mesma orientação imposta pelo Tratado de Roma, tal como interpretado pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

²¹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. 13. ed. Paris: LGDI, 2013. p. 13.

²² MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. 13. ed. Paris: LGDI, 2013. p. 465.

O que tem ocorrido é uma parcial liberalização de serviços públicos no âmbito da legislação ordinária, como ocorreu com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16-7-1997), que, em nenhum momento, utiliza a expressão *serviço público*, preferindo falar em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, estes últimos submetidos aos princípios constitucionais da ordem econômica, abertos à livre iniciativa e à competição.

Tenta-se acabar com os monopólios estatais (no âmbito da energia elétrica, dos correios, das telecomunicações, da exploração de minas e jazidas) e tenta-se introduzir a ideia de competição na prestação de serviços públicos. Além disso, a “mercadorização” dos serviços públicos, referida por Vital Moreira, também se verifica quando, em determinadas concessões, o critério de julgamento, na licitação, é o da maior oferta pela outorga do serviço, que acaba por onerar o usuário, com o acréscimo no valor da tarifa.

Mas esses avanços não permitem falar ainda em crise na noção de serviço público no direito brasileiro. A Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, permitindo que sejam desempenhadas diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização. E atribui ao Estado o dever de prestar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado (especialmente nas áreas da saúde e educação). Nesses casos, a atividade é prestada sob regime jurídico total ou parcialmente público, ficando a gestão a cargo da própria Administração Pública direta ou indireta ou de empresas privadas que atuam sob delegação do Estado. Continuam a aplicar-se os princípios da prestação de serviços públicos. A responsabilidade rege-se por norma de direito público (art. 37, § 6^o, da Constituição).

Por esse motivo, não há razão, por ora, para alterar o nosso conceito de serviço público, nem os elementos da definição (subjeto, material e formal), já analisados.

5. 5. Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 28. ed. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit administratif**. 13.ed. Paris: LGDI, 2013.
- MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan-mar./2002, p. 236-248.
- RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
- TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. 9. ed. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.

AS (IN)SUFICIÊNCIAS NORMATIVAS AO COMBATE DA CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

ROGÉRIO GESTA LEAL*

Sumário: 1. Notas introdutórias; 2. A conformação dos Serviços Públicos enquanto instituto de Direito Público; 3. Da natureza político-constitucional do serviço público; 4. Enquadramento do Regime Jurídico do Serviço Público no Brasil; 5. Referências.

1. Notas introdutórias

O tema dos *serviços públicos* em geral constitui-se em elemento primordial para avaliação da Administração Pública no marco normativo-constitucional do Estado Democrático de Direito, pois a partir deles são atendidas diversas demandas sociais emergentes da comunidade.

Por outro lado, tem se assistido muitas violações no âmbito destes serviços, fundamentalmente envolvendo suas concessões e os atos de corrupção nelas praticados, desvio de finalidade e abuso de poder em suas formatações e prestações.

Neste texto pretendo verificar em que medida os marcos normativos reguladores dos serviços públicos no Brasil são suficientes ou não para combater eventuais patologias corruptivas que lhes alcançam.

2. A conformação dos Serviços Públicos enquanto instituto de Direito Público

O tema do serviço público enquanto ato, fato e negócio jurídico, ou seja, albergado fundamentalmente por uma aceção meramente normativista, não é hoje mais suficiente

* Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS) e da UNOESC. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Buenos Aires. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

para dar conta da amplitude e mesmo extensão que tomaram as tentativas de atender as demandas sociais e as tensões entre interesses públicos e privados, transformando-se, na verdade, em um fenômeno político, social e jurídico-administrativo, que tem suas bases no âmbito dos compromissos estatais e comunitários decorrentes deste quadro, notadamente os albergados pelo sistema jurídico (em sua dimensão constitucional e infraconstitucional).

Em face de tais nexos causais preambulares, o serviço público vai sempre estar em meio ao turbilhão de condicionantes e variáveis que notabilizam aquelas relações, muito especialmente as que envolvem o Estado e as demandas públicas de maiorias sociais, porque as demais estão de alguma maneira (mais ou menos intensa) atendidas pela lógica de inclusão/exclusão econômica que o mercado provoca².

Com tal perspectiva conceitual – mesmo que preliminar - já adianto estar convencido de ser insuficiente o conceito tradicional de serviço público, enquanto instrumento através do qual, em determinada época, as autoridades governativas decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante procedimentos, regras e atos específicos.

Tampouco a noção de serviço público deve estar forjada em uma dimensão meramente econômica ou de classe, pautando-se tão somente pela atenção e recursos do Estado, haja vista que as categorias sociais mais abastadas não necessitam dele para o atendimento da maior parte de suas demandas. Estou somente afirmando que é a exata relação, harmônica ou não, de desenvolvimento social sustentável e equilibrado com o mercado capitalista que vai delimitar algumas das possibilidades contingenciais de concepção, estruturação e funcionamento do serviço público em cada país e em cada período histórico.

Se nos albores do Estado Liberal, o modelo de serviço público que se tinha era o centrado num comportamento absenteísta das instituições públicas em face da crença na capacidade do mercado de a tudo regular e gestar³, este foi totalmente abalado com a avassaladora lógica marginalizante da concentração de riqueza e exclusão social provocadas ao longo das revoluções industriais e do capitalismo transnacional, gerando um exército de flagelos humanos e problemas coletivos nunca antes visto.⁴

De qualquer sorte, pode-se afirmar que no modelo do Estado Liberal é que vai se encontrar preocupações doutrinárias mais ordenadas de delimitação conceitual e normativa do serviço público, identificando este com base em três elementos constitutivos, a saber: a) elemento subjetivo: o serviço público é prestado por órgão estatal; b) elemento material:

² Ver o trabalho de MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Neste texto, a autora destaca que a configuração de determinada tarefa como serviço público exige a análise da concepção política dominante e do papel assumido pelo Estado. Ver também nosso texto LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³ Naquela perspectiva Smittiana de que o avanço das relações de produção e do trabalho humano só pode levar ao enriquecimento da vida do *homo faber*. Conforme: SMITT, Adam. **The Theory of Moral Sentiments**. Princeton: Princeton University, 1995. pg.49.

⁴ Estou falando, por exemplo, do crescimento desordenado das cidades em face da industrialização desenfreada, e todos os seus efeitos insalubres, perigosos e doentios, matando milhares de pessoas. Ver meu texto LEAL, Rogério Gesta. **A função social da cidade e da propriedade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

o serviço público visa ao atendimento das necessidades públicas; c) elemento formal: o serviço público está sujeito a um regime de direito público. Tais marcos definitórios vão se louvar nos contributos de Léon Duguit (na mesma senda de Jèze), segundo o qual: *serviço público é toda atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e não se pode realizar a não ser com a intervenção da força governamental*.⁵

Sabino Cassese, falando sobre as características do Direito Administrativo do século XIX, vai lembrar o da nacionalidade, eis que ele tinha um forte vínculo com o Estado, e este com o território, compreendido como espaço de identidade, podendo-se constatar neste período uma interpenetração radical entre Estado e território. Derrotados os defensores da autonomia local, os poderes foram dispostos segundo o critério da centralização, e o principal instrumento da centralização foi o direito administrativo e os institutos daí consecutórios.⁶

Outra característica diz com o traço dominante do Direito Administrativo, a saber, que o interesse público impõe ao interesse particular numerosos sacrifícios. Isso faz parte da concepção francesa de Direito Administrativo (*le caractère dominant du droit administratif, c'est que l'intérêt public fait imposer à l'intérêt privé de nombreux sacrifices. Cela est dans la nature des choses*).⁷ Com Aucoc concordou, mais tarde, Mayer, que coloca entre os traços fundamentais do regime administrativo (*Grundzüge der Verwaltungsordnung*) a força obrigatória dos regulamentos administrativos (*bindende Kraft des Verwaltungsrechtssatzes*)⁸.

Nos umbrais da modernidade um dos grandes temas do Direito Administrativo era o de definir o modo como os poderes conferidos ao Estado deveriam ser exercitados; e deveriam sê-los pela via do regime administrativo, ora compreendido como prerrogativas da administração (o termo advém do antigo direito, no qual 'prerrogativa' indicava os poderes do soberano), como a disponibilidade de funções ditas de polícia ou de autotutela, que autorizam os poderes administrativos a ingressar na esfera dos direitos dos particulares com autoexecutoriedade.⁹

A outorga à administração de poderes exorbitantes fez com que o direito administrativo fosse um direito especial, diverso do direito privado, porque fundado sobre radical desigualdade, unilateral e singular. Com tal perfil, a Administração Pública conduziu a busca de espécies diferentes de propriedade, contratos e responsabilidade, próprias deste direito e diferidas do direito privado. O direito administrativo foi se afastando, aos poucos, dos domínios do direito privado, que, até então, lhe servira de padrão, constituindo-se em um sistema

⁵ DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. v. 2. Paris: Fontemoing, 1978. p. 59. Tradução livre.

⁶ CASSESE, Sabino. As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XX. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, vol. 5, n. 24, p. 13-38, mar./abr. 2004. p.15.

⁷ AUCOC, Louis. **Conférences sur l'administration et le droit administratif**. Gallimard: Paris, 1998. p. 27.

⁸ MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**. vol. II. Berlin: Vherlang, 1994. p.39.

⁹ Como explica HAURIUO, Maurice. **Précis de droit administratif**. Paris: Dalloz, 1993. p.123.

próprio de regras e princípios, no qual a contratualidade e o consenso eram limitados pela presença de um direito/interesse de maior peso.¹⁰

Todos estes elementos e caracteres vão, direta ou indiretamente, contribuir na demarcação conceitual do serviço público, o que passo a fazer.

Em regra, os conceitos existentes de serviço na doutrina mais tradicional do Direito Administrativo têm definido este instituto de forma deveras institucional, centrando sua existência demasiadamente no âmbito estatal. Como exemplo disto tem-se a aceção de Elaine Novais, entendendo o serviço público como um *conjunto de agentes e de meios de que dispõe o Poder Público para o fornecimento à coletividade dos serviços a ele indispensáveis*.¹¹ Na mesma direção Marcello Caetano define o serviço público como *uma organização permanente de atividades humanas ordenadas para o desempenho regular de atribuições de certa pessoa jurídica de direito público*.¹² Para Gaston Jéze, estar-se diante de um serviço público significa reconhecer que *os agentes públicos podem se utilizar dos procedimentos de direito público, a fim de satisfazer determinada categoria de necessidades de interesse geral*.¹³

Para Lúcia Valle Figueiredo, o serviço público se apresenta como toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob regime prevalente de Direito Público.¹⁴

Ruy Cirne Lima, por sua vez, define o serviço público como todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.¹⁵

Já Celso Mello, com reflexão mais apurada, amplia um pouco a delimitação do serviço público não como tarefa do Estado, mas que lhe é atribuída pela ordem constitucional, o que flexibiliza a natureza institucional do conceito.¹⁶

¹⁰ Ver o texto de CASSESE, Sabino. *As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XX. Op. Cit.* p.17. Neste mesmo sentido ver o texto excelente de GÓMEZ, Manuel Herrera; REQUENA, Antonio Trinidad. **Administración Pública y Estado de Bienestar**. Madrid: Civitas, 2007.

¹¹ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviço Público: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional*. In: CUNHA, Tatiana Mendes (Coord.). **Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 49.

¹² CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. vol. V, II. Coimbra: Almedina, 1991. p. 115.

¹³ JÉZE, Gaston. **Principios Generales de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1990. pg.72. Chega a afirmar o autor que se fala única e exclusivamente de serviços públicos quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento do serviço público. A intenção dos governantes é a única que se deve considerar. Tradução livre.

¹⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83.

¹⁵ LIMA, RUY CIRNE. **Principios de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.82.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 82. Refere o autor aqui que o serviço público é visto como uma atividade caracterizada pela prestação aos administrados de

Mário Masagão, um dos mais antigos administrativistas brasileiros, vai asseverar, por sua vez, que serviço público é toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins. E, a medida que, através do tempo, crescem na prática as incumbências do poder público, aumenta o âmbito dos serviços que ele desempenha, tonificando desta forma a natureza social de tal mister.¹⁷

Nesta mesma linha de raciocínio anda a literatura especializada italiana, sustentando que:

*I servizi pubblici possono ritenersi, quindi, quelle particolari attività, ricomprese genericamente nella classificazione economista di servizio, che, per la loro rilevanza sociale, sono suscettibili di individuazione e di disciplina diversa dagli altri comuni servizi. È il legislatore che opera questa selezione e che qualifica determinate attività di servizio come pubbliche, cioè a rilevanza collettiva. Quando si parla di servizi pubblici si fa riferimento a figure tipizzate per legge, le quali non necessariamente hanno identica disciplina, ma che si distinguono per gli obblighi derivanti dalla doverosità che quelle attività assumono per la soddisfazione di interessi collettivi. Il carattere pubblico del servizio presuppone due condizioni: l'affermazione della prevalenza degli interessi collettivi e l'istituzione del servizio. Il servizio pubblico, consequentemente, è frutto di una valutazione politica che consente di individuare alcuni interessi collettivi come meritevoli di particolare considerazione; sono necessarie poi la disciplina particolare di quel servizio e la sua istituzione come servizio pubblico.*¹⁸

É digno de registro, em termos de marco normativo constitucional – referência de sentido categorial e institucional do serviço público conforme as conceituações que se fez menção -, a partir da Constituição Brasileira de 1988, que a intervenção direta do Estado no domínio econômico, ou seja, desempenhando atividade econômica em sentido amplo, faz-se sob duas modalidades: ou o Estado desempenha atividade econômica em sentido estrito, ou presta serviços públicos. E tal distinção se faz relevante à medida que, havendo regimes jurídicos diversos aplicáveis a um e outro caso, a atuação do Estado que implique exercício da atividade econômica em sentido estrito não se subordina à mesma disciplina prevista para o desempenho de serviço público (o regime jurídico administrativo)¹⁹.

utilidades ou comodidades materiais que o Estado assume como de sua responsabilidade, vez que se entende como imprescindíveis ou necessárias a conveniências básicas da sociedade em determinada época.

¹⁷ MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1960. p. 287. Vai nesta direção também, ainda que de forma mais tímida, os trabalhos de: ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 19; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 320. Veja-se que no modelo de concepção do serviço público prevalecente no Brasil até o final da década de 80 – marcado pelo colapso do último ciclo de concessões encerrado no início dos anos 70 –, firmava-se a idéia de que a melhor maneira de regular uma determinada utilidade pública era reservar sua exploração ao Estado. A simples exploração direta dessa atividade já era considerada regulação suficiente.

¹⁸ CERULLI IRELLI, Paolo. **Corso di Diritto Amministrativo**. Torino: Il Mulino, 2000. p.47.

¹⁹ Vale a pena aqui a leitura do texto de Gil, Jose Luis Meilán. **Progreso Tecnológico y Servicios Públicos**. Madrid: Civitas & Thomson, 2006. p.33.

De um lado, Marçal Justen Filho aponta que a atividade econômica em sentido estrito é regida pela racionalidade econômica, objetivando o lucro, segundo o princípio do utilitarismo. Funda-se na utilização especulativa da propriedade privada, de forma a dar atendimento aos interesses dos particulares; rege-se pelos princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência; pressupõe a liberdade dos agentes econômicos para a organização dos fatores de produção, objetivando a obtenção de resultados não fixados pelo Estado e a apropriação do lucro.²⁰

De outro lado, Renato Alessi, com quem concordo no ponto, destaca que o serviço público implica a ideia de uma prestação que possui como objetivo principal o interesse público na sua realização. Primeiro, porque a sua prestação deve representar o elemento essencial da relação em confronto com o co-respectivo por parte do utente do serviço. Depois, porque a realização da prestação deve ter por objetivo imediato e direto a satisfação de necessidades individuais de importância coletiva, independentemente de qualquer interesse subjetivo patrimonial a um eventual co-respectivo. E a necessidade de dar atendimento a estes interesses, cuja supremacia se impõe aos dos particulares, justifica a adoção de procedimentos de direito público, caracterizado por regime jurídico administrativo.²¹

A consequência prática da distinção é relevante: se uma atividade econômica em sentido amplo é serviço público, então ela somente pode ser desempenhada de acordo com os marcos normativos que caracterizam o regime jurídico administrativo (constitucionais e infraconstitucionais). De outra parte, se uma atividade econômica em sentido amplo não é serviço público, configurando atividade econômica em sentido estrito, a ela não se pode atribuir tal regime jurídico – haja vista que deverá observar o mesmo regime jurídico aplicável aos particulares.

Paralelamente a estas indagações que dizem com reflexão do serviço público em sentido mais material do que formal – a despeito do aspecto envolvendo o regime jurídico deste serviço ser altamente relevante -, a corrente doutrinária no sentido de se utilizar critério formal à identificação do serviço público restou fortificada e bem presente na delimitação do perfil do direito administrativo brasileiro neste tema. Portanto, *haveria serviço público quando as autoridades de um país decidem satisfazer as necessidades de interesse geral por procedimentos de Direito Público (contrato, concessão, permissão, etc.)*²².

Ocorre que tal conceito de serviço público, no plano dogmático, não vai mais atender a complexidade das relações sociais contemporâneas, notadamente em face dos agudos índices de exclusão de massas de indivíduos do mercado de trabalho, gerando um verdadeiro magma de demandas coletivas primárias (saúde, educação, trabalho, moradia, etc.), tudo tencionando as funções do Estado e esgarçando suas competências, uma das certas causas

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessão de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003. p.71.

²¹ ALESSI, Renato. **Princípios de Direito Administrativo**. Milano: Giuffrè, 2000. p.117 e seguintes.

²² Ver o trabalho de ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1991.

de transformação do Estado Liberal em Estado providência ou do bem-estar (*Welfare State*), oriundo dessa nova dinâmica, impactando o ideário vigente no que concerne aos serviços públicos, uma vez que várias atividades, até então exclusivamente da atuação dos particulares, foram encampadas como de interesse público, ou seja, uma nova gama de atividades passou a competir ao Estado, mediante uma decisão de caráter político.²³

A extensão do serviço público a esses novos horizontes ocasionou a ampliação de sua conceituação doutrinária na mesma medida. Assim sendo, aqueles elementos mencionados como caracterizadores do serviço público viram-se alterados, pois, a posição distanciada que o vetusto Estado de Direito Liberal mantinha em relação às questões envolvendo políticas públicas de ordenação e administração dos interesses comunitários já não mais se sustenta em face dos novos desafios que as relações sociais e institucionais hodiernas impõem, fazendo-o sair de sua condição de mero regulador de pautas mais negativas do que positivas de comportamentos, para outra, caracterizada pela intervenção e regulação das relações sociais e de mercado, visando administrar ou mesmo diminuir os rescaldos de um modelo de crescimento econômico dos países desconectados do desenvolvimento social de toda a população.²⁴

Neste contexto, o serviço público assume um aspecto instrumental, no sentido que se presta como meio hábil à realização dos fins da comunidade, demarcados pelos objetivos, finalidades, valores e princípios da Carta Política e mesmo de todo o sistema normativo, vinculando tanto Estado, Mercado como Sociedade a tais misteres. Vai neste sentido a doutrina italiana sobre a matéria:

Passando ad analizzare la nozione di servizio pubblico, si può affermare che esso si caratterizza per il fatto di consistere in un'attività non autoritativa della pubblica amministrazione, che si contrappone alle attività funzionali e si svolge mediante l'erogazione di attività prestazionali in favore dei cittadini. Mentre la funzione amministrativa si esercita attraverso l'utilizzo, da parte dell'amministrazione, di pubblici poteri, nei cui confronti il destinatario si pone in una posizione di soggezione, il servizio pubblico si concretizza sempre in prestazioni svolte a favore degli utenti.²⁵

²³ Tratei disto no livro LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade**: novos paradigmas. Livraria do Advogado, 2006.

²⁴ Vala a pena ver a avaliação deste ponto no trabalho de HUNTINGTON, Samuel P. **Political Order in Changing Societies**. New Haven: Yale University Press, 2007. No mesmo sentido, no Brasil, o texto de VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

²⁵ SCOTTI, Ernesto. **Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee**. Padova: Giuffrè, 2003. p. 36. Neste particular se revela importante a advertência que o autor faz sobre o conceito constitucional de serviço público na Itália, a saber *Con l'emanazione della Costituzione si è aggiunto l'ulteriore requisito del "preminente interesse generale" a cui devono corrispondere le attività economiche aziendalizzate in questione. Tale requisito, fondato sull'art. 43 Cost., riconduce l'ambito del servizio pubblico alle attività economiche identificabili, secondo una valutazione storico-sociale, come "a svolgimento essenziale" o anche "di riequilibrio", conformi alla politica di uno Stato pluriclassee. L'art. 112 del d.l.vo n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di recepimento dell'art. 22 della l. n. 142/1990), che definisce servizi pubblici quelli "che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali", si è posto come punto di arrivo di tale tracciato giuridico-concettuale fornendo una nozione contenutistica del servizio pubblico.* p.39.

De qualquer sorte, entendo que não se afigura possível hoje fixar um conceito hígido de serviço público, em face exatamente das multifacetadas variáveis que constituem sua natureza política e jurídico-administrativa, mas tão somente delimitar seus pressupostos informativos e vinculantes, matéria que passo a abordar.

3. 3. Da natureza político-constitucional do serviço público

Já tive oportunidade de dizer que após a Segunda Guerra Mundial surgiu uma nova matriz de Estado Administrador no Ocidente, em face do Estado Social²⁶, cuja missão sempre foi a busca da igualdade social, antes garantida apenas em seu aspecto formal. Para atingir este escopo, o Estado teve de intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade. Há uma preocupação com o bem comum, em substituição ao individualismo do Estado liberal.

O crescimento dos chamados direitos sociais e econômicos ampliou desmesuradamente o rol das atribuições estatais, transformando-o em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor, com uma ação interventiva não raro desfocada das reais necessidades comunitárias, que conduz, em regra, à ineficiência de suas ações. De fato, houve um acréscimo da máquina administrativa (burocratização) e dos setores em que o Estado é chamado a atuar, agravada pela crise financeira enfrentada pelos países da América Latina²⁷.

Isto se evidencia inclusive no plano internacional, haja vista que a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, durante o seu Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões, em 1988, fundada em documentos preparados pela Comissão Americana, abriu à assinatura o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador -, em cujo preâmbulo os Estados-Partes reconhecem, de um lado, a estreita vinculação entre os Direitos Cívicos e Políticos e os Econômicos, Sociais e Culturais, constituindo um todo indissolúvel que encontra sua pedra filosofal na dignidade da pessoa humana, tudo isto demandando uma tutela e promoção constante. Dentre estes direitos, encontram-se o da participação da cidadania na constituição de sua própria possibilidade, agindo em comunhão de esforços com a Administração Pública e os demais atores sociais na busca da maximização destes direitos.²⁸

²⁶NLEAL, Rogério Gesta. **Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Ver também o excelente texto de BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

²⁷Ver o trabalho de GALAMBOS, Louis. **The new American State: bureaucracies and policies since World War II**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987.

²⁸ Ver o meu texto LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

É exatamente a partir dos instrumentos jurídicos que vigem em cada experiência histórica e estatal que se vai ter, ao menos em termos formais e gerais, alguns elementos demarcadores dos serviços públicos existentes, isto porque são estes elementos que vão identificar, de igual forma, o modelo de Estado vigente.

No caso brasileiro, se se levar em conta para o conceito de serviço público a sua dimensão econômica, de forma inexorável ter-se-á de observar o que a este título estabelece o ordenamento constitucional vigente, notadamente a partir de seu art.172, que eleva a dignidade da pessoa humana e a justiça social como centros neurais de qualquer atividade econômica.

Significa dizer que estes mandamentos estão a estabelecer os parâmetros a serem observados por agentes privados e públicos quando estiverem atuando em setores produtivos. Todavia, enquanto para os agentes privados a inserção econômica se opera a partir de uma racionalidade instrumental que visa o lucro, fundada na utilização especulativa da propriedade privada, regendo-se por princípios de exploração empresarial, de livre iniciativa e da livre concorrência²⁹, com a intervenção estatal na economia ocorre algo diferido, eis que, quando representada tal intervenção por prestação de serviço público, ela implica a ideia de atividade que possui como objetivo principal o interesse público na sua realização.

Por tais razões e fundamentos, a definição do que seja serviço público vem delineada pelos compromissos e obrigações estatais definidos pelo sistema jurídico como um todo, a saber, toda e qualquer atividade que seja necessária à concretização da Sociedade Democrática de Direito conformada no país, independentemente, num primeiro momento, de quem deva prestar tal serviço.

De qualquer sorte, Estado, Sociedade Civil e Mercado estão legitimados constitucionalmente para figurarem como definidores de que serviços públicos e quais as formas de suas operacionalizações são necessárias para cumprir com o desiderato referido, respeitadas as competências normativas exclusivas e preponderantes previamente traçadas pelo mesmo sistema jurídico.

Com isto, amplia-se o espaço de produção da noção de serviço público, tanto em nível conceitual como operacional, devendo-se pensar formas de viabilização da interlocução democrática entre aqueles sujeitos competentes de constituí-lo, sob pena de se ter um serviço público marcado pela impertinência social e distanciado das demandas materiais que deveriam estar subjacentes a sua existência, porque ainda formatado e executado com a lógica centralizada do Estado como *dominus* do interesse público e das possibilidades de seu atendimento.

Diante deste campo de diagnóstico ampliado que se está propondo para o enfrentamento do tema que envolve o serviço público, mister é que se dê atenção também ao plano normativo de sua regulação, verificando quais as diretrizes cogentes à operacionalização

²⁹ Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 117.

do serviço, em todas as suas dimensões (concepção, execução e avaliação do serviço), abordagem que passo a fazer.

4. Enquadratura do Regime Jurídico do Serviço Público no Brasil

O tema que envolve qual o regime jurídico que deve informar o serviço público no país é matéria que tem recebido, ao longo da história, tratamento diversificado.

Para Duguit, por exemplo, o serviço público tem de ser concebido como atividade cujo desempenho deveria ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, porque o desempenho dessa atividade era indispensável à realização da interdependência social e, de tal natureza, que não poderia ser assumido senão pela intervenção da força governante.³⁰

Para algumas experiências liberais mais tradicionais, como a Norte-Americana, a Japonesa e a Inglesa, o regime jurídico dos serviços públicos (grande parte terceirizados e privatizados), conta com mecanismos normativos de ordem pública e privados, sendo estes reguladores de cláusulas que envolvem itens como preços, critérios de revisão do serviço e de seus concessionários e permissionários, obrigações e responsabilidades, restando às normas públicas a regulação de aspectos condizentes às competências de fiscalização e foro de eventuais conflitos³¹.

Outras experiências mais radicais de serviços públicos em termos de regulação total por parte do Estado vêm da experiência polêmica dos Estados Soviéticos em tempos de regime econômico e político absolutamente estatizados, no qual qualquer atividade de serviço à comunidade é organizada em todas as suas fases pelo próprio Estado, inexistindo sequer uma noção mais autônoma de mercado.³²

Partindo destas experiências tão radicais, outras foram se formatando ao longo do tempo, ora voltadas mais para o reconhecimento de exclusividade da prestação do serviço público pelo Estado, ora reconhecendo a competência do mercado para fazê-lo; ora com regras públicas mais incisivas e duras no que tange ao cumprimento das determinações e prioridades demarcadas pelo Estado, ora com regramentos mais flexíveis e adequados às tendências mutacionais das relações de mercado³³.

³⁰ DUGUIT, Leon. **Les Transformations du Droit Public**. Paris: La Memoire du Droit, 1999. p. 72. Tradução livre.

³¹ Conforme o trabalho de GREER, Patricia. **Transforming Central Government: the next steps**. Philadelphia: Open University, 2004. p. 29 e ss.

³² Ver o texto de GUGLIELMI, Gilles J. **Introduction au Droit des Services Publics**. Paris: LGDJ, 2003.

³³ Ver o texto de D'ALBERTI, Marco. Lo Stato e l'Economia in Giannini. **Revista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, vol. 6, n. 4, p. 1087-1100, ott./dic. 2000. Neste texto, o autor refere que na experiência italiana, **Il concetto di servizio pubblico è stato da lungo tempo analizzato dalla dottrina, la quale, in mancanza di una disciplina organica dei servizi pubblici, ha sempre oscillato fra una nozione soggettiva ed una oggettiva. Secondo la nozione soggettiva, risalente ai primi interventi normativi in materia di servizio pubblico, esso costituisce un'attività non autoritativa, assunta da un pubblico potere. Viene così ridefinita la classificazione dell'attività della Pubblica Amministrazione, contemplando oltre ai provvedimenti amministrativi anche i servizi pubblici, come attività produttiva di attività sociale, di carattere prestazionale, rivolta ai cittadini. Per tale nozione il servizio pubblico può essere gestito direttamente dalla Pubblica Amministrazione, oppure da un privato (un concessionario). Quel che conta è la titolarità del servizio pubblico,**

De qualquer sorte, pela natureza do interesse protegido e pelas vinculatividades normativas que implicam as ações decorrentes para o seu atendimento – anteriormente vistas –, a questão do regime jurídico de direito público sempre esteve à frente para a demarcação dos dispositivos contratuais que irão envolver o serviço público e seus sujeitos de direito, aqui incluído, por certo, os usuários destes serviços enquanto legítimas partes interessadas.

E neste particular, é a própria Constituição Federal que igualmente aponta a direção do regime jurídico do serviço público no país, quando dispõe no art.175, inciso I, que deverá haver um caráter especial ao contrato de sua prestação³⁴. Este caráter especial indica de forma muito clara que é o vinculado tanto às disposições da lei que regula a matéria (Lei Federal nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995), como aquelas que estejam a proteger os interesses especiais que estão envolvidos na espécie, e, neste ponto, é o regime jurídico público que vai alçar tal condição, notadamente pela via do contrato administrativo (regido pelos termos da Lei Federal nº8.666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações).

Significa dizer que, sendo o regime jurídico do serviço prestado pela Administração no país o público, a margem de autonomia de vontade dos sujeitos que são envolvidos/alcançados pelo serviço é extremamente vinculada e restrita aos parâmetros e possibilidades normativos anteriormente referidos, e isto no âmbito da sua concepção, constituição, operacionalização e fiscalização, pois tais momentos conformam uma unidade não fracionada; além do que sua finalidade última é a satisfação do usuário, portador de direito subjetivo público a um serviço adequado³⁵ as suas demandas, a de ter liberdade de escolha e de defesa de interesses pertinentes ao serviço, e mais que isto, parte nuclear do processo de constituição deste serviço.

Mas então cabe a pergunta arguida no preâmbulo deste texto: há normas regulatórias do serviço público brasileiro e de suas concessões suficientes para combater os riscos de corrupção, desvio de finalidade e abuso de poder eventualmente existentes no que diz

la quale deve sempre fare capo alla Pubblica Amministrazione. Secondo la nozione oggettiva, rivalizzatasi con l'emanazione della Costituzione, il servizio pubblico, nella sua portata più ampia, comprende tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di una Pubblica Amministrazione – il che consente che le attività in questione non si svolgano in contrasto con gli interessi pubblici insiti nella loro esplicazione – secondo modelli rinvenibili negli artt. 41 e 43 Cost.. Viene evidenziata la distinzione tra attività di impresa pubblica e privata, includendo nella definizione di servizio pubblico l'attività volontariamente assunta da soggetti privati in conformità a programmi definiti dall'ente pubblico e superando la definizione che legava l'impresa pubblica unicamente ad un soggetto (di carattere imprenditoriale) pubblico.

³⁴ Art.175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único: A lei disporá sobre: I- o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.

³⁵ No sentido normativo do termo, à luz que disciplina o art.6º, da Lei Federal nº 8.987/95, serviço adequado entende-se como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Por outro lado, a atualidade aqui é compreendida como a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

com seus objetos? A resposta é positiva sob a perspectiva formal e negativa à perspectiva material! Explico.

O art.7º, da Lei Federal nº8.987/95, assegura aos usuários do serviço público as prerrogativas de receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Pergunta-se: os usuários dos serviços públicos têm exercido tais prerrogativas modo geral para verem respeitados os fins que devem perseguir estes serviços sem qualquer espécie de corrupção? É fundamental esta questão porque um serviço público que conta com este plexo de direitos subjetivos do usuário, efetivamente lhe outorga condição maior do que mero consumidor passivo deste, mas lhe reconhece a condição de parte constitutiva e central de todo o serviço, início e fim de sua concepção e efetividade. Por isto, sua posição na relação contratual é fundacional e teleológica, na medida em que deve operar como parte contratante desta relação, legitimada para todas as fases de existência do serviço³⁶.

É de se salientar que todos os elementos constitutivos dos contratos administrativos viabilizadores de serviços públicos têm sempre como centro neural de preocupação os usuários, razão pela qual alguns dispositivos criam mecanismos explícitos à suas participações em todas as fases do serviço, a saber:

1. De plano, o modo, a forma e as condições de prestação do serviço devem ser objeto de deliberação pública, com a participação do usuário – ao menos de forma intercorrente, quando não previamente -, pois este é fonte e parte constitutiva do serviço e da relação contratual que o viabiliza, devendo ser ouvido sobre suas demandas neste setor e as melhores formas de satisfazê-las, ampliando o espaço público de interlocução social envolvendo interesses indisponíveis.
2. Quando estabelece que os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço devem estar previstos no pacto autorizador de sua prestação. Neste particular, não se pode olvidar que tal regra só tem sentido se conta com a efetiva contribuição do usuário do serviço, eis que primeiro e direto interessado nele, para previa e permanentemente ter condições de contribuir na definição do que precisa a este título.
3. As questões que envolvem o preço do serviço e os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas são matérias de alta indagação pública, que não podem igualmente ficar restritas aos arranjos e deliberações exclusivas

³⁶ Com tal postura, nos afastamos, pois, das teses que sustentam a impossibilidade de vislumbrar o usuário como parte constitutiva do serviço público e de seus instrumentos jurídicos veiculadores (contratos), como a de JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 295.

do Administrador Público, mas devem ser lançadas ao público, para fins de visibilidade plana e questionamento por parte de todos os atingidos com as medidas eventualmente decorrentes daí.

4. Tem-se ainda a definição contratual dos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço prestado. Neste particular, há que se criar formas efetivas de concretização desta previsão, tais como permitir periódicas e constantes avaliações sobre o serviço público prestado – em termos de oportunidade e conveniência, e sua qualificação³⁷.
5. Outra questão importante ligada diretamente aos usuários do serviço público é a que diz respeito à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como à indicação dos órgãos competentes para exercê-la, devendo-se prever aqui mecanismos e instrumentos no mínimo compartilhados entre o Estado e a Sociedade Civil, notadamente contando com associações de usuários e interessados legítimos neles, e isto porque a delimitação do estado da arte das instalações, equipamentos, métodos e práticas de execução do serviço, englobam todo o amplo círculo constitutivo destes, devendo sofrer a mais ampla cognição e deliberação de todos os atingidos ou interessados por eles.

Ou seja, há normas sob o ponto de vista formar criando condições e possibilidades de controle social daqueles que se beneficiam diretamente dos serviços públicos, todavia este controle não tem se mostrado efetivo.

Isto é tão paradoxal que, mesmo sem tradição mobilizatória dos usuários de serviços públicos no país à defesa do próprio serviço que utilizam, ainda assim a Câmara dos Deputados aprovou em outubro de 2015 (dia 15) projeto de lei que cria normas para atendimento de usuários de serviços públicos, o qual, dentre os principais pontos, estabelece que os usuários têm direito a acessibilidade, cortesia no atendimento e cria uma um Conselho de Usuários para avaliar o serviço prestado. O texto estabelece ainda que os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada observando os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia.

O projeto determina a criação de Conselhos de Usuários, que devem acompanhar a prestação de serviço no órgão, participar na avaliação, propor melhorias, contribuir na definição de diretrizes para adequar o atendimento e acompanhar o trabalho da ouvidoria, quando houver, sendo que qualquer usuário do serviço poderá fazer parte do conselho, sem remuneração de qualquer tipo. A escolha dos representantes será feita por um processo aberto ao público, garantindo diversidade e pluralidade, e cada órgão será responsável por criar regulamento específico de seu conselho.

³⁷ Imagina-se que isto implique a formatação de instrumentos de aferição de todos os elementos aqui demarcados à realização do serviço público, tais como: entrevistas, consulta de opinião, enquetes, entrevistas, etc.

A proposta aprovada determina também que os órgãos devem fazer auto avaliações para aferir a qualidade do serviço prestado, se foram cumpridos os prazos, quantas manifestações (sugestões, reclamações ou elogios) receberam de usuários, dentre outros itens. Ao menos uma vez ao ano, os órgãos devem fazer uma pesquisa de satisfação com os usuários e publicá-la no site da instituição. O projeto ainda deve passar pelo Senado para virar lei.³⁸

Este novo instrumento político e jurídico em gestação vem ao encontro, pois, de toda a arquitetura normativa nacional sobre a matéria, fomentando a participação cívica na constituição, execução, avaliação e controle da Administração Pública e do serviço público, mas reforço, desprovida de uma tradição de ação efetiva da cidadania e dos usuários envolvidos diretamente.

Por outro lado, dentre as cláusulas contratuais que necessariamente devem estar presentes em qualquer atividade pública vinculada à prestação de serviço, ainda é o próprio regime jurídico público referido (Lei Federal nº8.987/95) que destaca: (a) o objeto, a área e o prazo da concessão; (b) o modo, forma e condições de prestação do serviço; (c) os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; (d) o preço do serviço e os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; (e) os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; (f) os direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; (g) a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; (h) as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; (i) os casos de extinção da concessão; (j) os bens reversíveis; (l) os critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; (m) as condições para prorrogação do contrato; (n) a obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; (o) a exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e (p) o foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.³⁹

Novamente, este conjunto de exigências à efetivação dos serviços públicos estão indo ao encontro da ideia de criar mecanismos de regulação que propiciem o controle e o monitoramento executivo e avaliatório da prestação estatal – e de seus concessionários -, porque em todas estas fases processuais do contrato e da execução da demanda pública os

³⁸ Ver notícia no site <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/camara-aprova-codigo-de-protecao-usuarios-de-servico-publico-federal.html>, acesso em 05/01/2016. É preciso que se diga que, em julho de 2013, o Superior Tribunal Federal concedeu prazo de urgência de 120 dias para o Congresso avaliar este projeto de lei. Como o projeto foi modificado na Câmara, deve voltar para o Senado. Caso vire lei, a União, os estados, o Distrito Federal e municípios com mais de 500 mil habitantes têm um prazo de 360 dias para aplicar as novas regras. Municípios de 100 a 500 mil, tem 540 dias, e os municípios com menos de 100 mil, 720 dias.

³⁹ Nos termos do art. 23, da Lei Federal nº 8987/95.

riscos de corrupção e desvios são muito grandes. Só que, infelizmente, os níveis efetivação destas obrigações são muito baixos.

Ainda quando a concessão do serviço público for precedida de obra pública, faz-se mister (q) estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e (r) exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

O problema é que o explosivo processo de privatização de empresas e ativos estatais ocorrido ao longo do século XX em todo o Ocidente, gerando e aprofundando a quebra do paradigma monopolista da exploração destas atividades, tem contribuído à complexificação desta temática, sendo que neste período histórico, em onda global, viu-se explodir decisões políticas de outorga da exploração de serviços e utilidades públicas à iniciativa privada, venda de empresas estatais, supressão de monopólios ou exclusividade na exploração de atividades econômicas, extinção do regime público de exploração de algumas atividades, e tantas outras iniciativas, todas evidenciando processos de redução ou mesmo exclusão do envolvimento direto do Estado na ordem econômica⁴⁰, o que não significa, ao menos em meu juízo – conforme tentei demonstrar aqui –, o afastamento da necessária regulação estatal de interesses comunitários tão nodais ao cotidiano da população como os alcançados pelos serviços públicos.⁴¹

Ao contrário, é de suma importância a presença do Estado e da Sociedade Civil nesta relação processual de prestação de serviços públicos, sob pena de agravar-se ainda mais os danos causados não só pela deficiência do préstimo do serviço, mas pela violação de suas regras de constituição e funcionamento teleológico.

5. Referências

- AGUILAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2000.
- ALMOND, Gabriel. **The civic culture: political attitudes and democracy in five countries**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1991.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- ARENA, Gregorio. **Cittadini Attivi**. Roma: Laterza, 2006.

⁴⁰ Ver meu texto LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2013.

⁴¹ Por certo que, em face da abertura ao setor privado das iniciativas e competências públicas, teve igualmente o Estado e sua função reguladora/controladora de tais misteres que sofrer ajustes conjunturais, notadamente com o surgimento de um novo padrão de atuação regulatória onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa dada atividade. NETO, Floriano de Azevedo Marques. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-30, abr./jun. 2002. p.16.

ARENA, Gregorio. Introduzione all'amministrazione condivisa. **Studi parlamentari e di politica costituzionale**, Roma, n. 117-118, p. 29-65, giu./dic. 1997.

ARISTÓTELES. **Politica**. Nápoles: Einaudi, 2000.

AUCOC, Louis. **Conférences sur l'administration et le droit administrative**. Gallimard: Paris, 1998.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil: além da dicotomia Estado-Mercado. In AVRITZER, Leonardo (Org.). **Sociedade Civil e Democratização**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto. **Serviços Públicos: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BAGNARA, Sebastiano. Ergonomia e riqualificazione dello scambio nei servizi pubblici. **Rivista Italiana di Comunicazione Pubblica**, Torino, vol. 1, n. 1, p. 35-42, 1999.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal: legitimidade de atuação da iniciativa privada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 90, n. 786, abr. 2001.

BENVENUTI, Luigi. **Interpretazione e dogmática nel diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOHMAN, James. **Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy**. Boston: Madinson, 2002.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. vol. V, II. Coimbra: Almedina, 1991.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2002.

CARSELLI Antonio. Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione. **T.A.R.**, n. 1, 2000.

CASSESE, Sabino. As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XX. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, vol. 5, n. 24, p. 13-38, mar./abr. 2004.

CASSESE, Sabino. L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, vol. 7, n. 3, p. 601-650, lug./sep. 2001.

CERULLI IRELLI, Paolo. **Corso di Diritto Amministrativo**. Torino: Il Mulino, 2000.

CMAROTTI, Ilka; SPINK, Peter. **Parcerias e Pobreza: soluções locais na construção de relações sócio-econômicas**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

COOKE, Maeve. **Language and reason: a study of Habermas' s pragmatics**. Cambridge: MIT, 2000.

COSTA, Pietro. **Cittadinanza**. Roma: Laterza, 2006.

D'ALBERTI, Marco. Lo Stato e l'Economia in Giannini. **Revista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, vol. 6, n. 4, p. 1087-1100, ott./dic. 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

DUGATO, Martino. La disciplina dei servizi pubblici locali. **Giornale di Diritto Amministrativo**, Roma, n. 10, p. 1054-1058, 2004.

- DUGUIT, Leon. **Les Transformations du Droit Public**. Paris: La Memoire du Droit, 1999.
- DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. v. 2. Paris: Fontemoing, 1978.
- DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion**. New York: Alfred A. Knopf, 2003.
- FAULKNER, David. **Public Services, Citizenship and the State**. Oxford: Claredon, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FROMENT, Jean-Charles. **Le Service Public Local: des impératifs de la modernisation aux exigences de la démocratie**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2002.
- GALAMBOS, Louis. **The new American State: bureaucracies and policies since world war II**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987.
- GENRO, Tarso & SOUZA, Ubiratan de. **Orçamento Participativo: A experiência de Porto Alegre**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997.
- GENRO, Tarso. **21 Teses para a Criação de uma Política Democrática e Socialista**. Porto da Cidadania. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1997.
- GENRO, Tarso. **Esquerda em Processo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- GIL, José Luis Meilán. **Progreso Tecnológico y Servicios Públicos**. Madrid: Civitas & Thomson, 2006.
- GÓMEZ, Manuel Herrera; REQUENA, Antonio Trinidad. **Administración Pública y Estado de Bienestar**. Madrid: Civitas, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GREER, Patrícia. **Transforming Central Government: the next steps**. Philadelphia: Open University, 2004.
- GUGLIELMI, Gilles J. **Introduction au Droit des Services Publics**. Paris: LGDJ, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morality and law**. New York: State University of New York, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. **On the pragmatics of social interaction**. Cambridge: MIT, 2002.
- HAURIUO, Maurice. **Précis de droit administratif**. Paris: Dalloz, 1993.
- HOBBS, Thomas. **De Cive**. I, I, 3. Roma: Einaudi, 1990.
- HUNTINGTON, Samuel P. **Political Order in Changing Societies**. New Haven: Yale University Press, 2007.
- JÉZE, Gaston. **Principios Generales de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.
- LEAL, Rogério Gesta. **A função social da cidade e da propriedade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Livraria do Advogado, 2006.
- LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LIMA, RUY CIRNE. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 1933.

MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**. vol. II. Berlin: Vherlang, 1994.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O Contrato Administrativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 734, dez. 1996.

MENDIETA, Manuel Villoria. **La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia**. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas – MAP, 2004.

MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. New York: Verso, 2000.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-30, abr./jun. 2002.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço Público: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional. In: CUNHA, Tatiana Mendes (Coord.). **Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

RABUSKE, Mário. O Serviço Público no Brasil: apontamentos históricos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 90, 1989.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Il Contratto Sociale**. II, XI. Milano: Giuffrè, 2000.

SANCTIS, Francesco M. de. **Stato e Diritti**: elementi introduttivi per il corso di filosofia del diritto. Roma: Bulzoni, 2005.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCOTTI, Ernesto. **Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee**. Padova: Giuffrè, 2003.

SMITT, Adam. **The Theory of Moral Sentiments**. Princeton: Princeton University, 1995.

SOLER, Jorge. **Derecho, Filosofía y Lenguaje**. Buenos Aires: Astrea, 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VERNANT, Jean Paul. **Le Origini del Pensiero Greco**. Roma: Riuniti, 2001.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

VIVIEN, Lucian. **Etudes administratives**. Paris: Giuffrè, 1979.

SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER*

Sumário: 1. Apresentação do tema: uma escolha em homenagem a Romeu Felipe Bacellar Filho; 2. Do surgimento da noção de serviço público e sua vinculação à ideia de desenvolvimento econômico: o serviço público como atividade de implantação de infraestrutura; 3. Serviço Público vinculado à efetivação dos direitos fundamentais sociais: instrumento de distribuição de riqueza; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

1. Apresentação do tema: uma escolha em homenagem a Romeu Felipe Bacellar Filho

A história recente do Brasil, com destaque no cenário internacional, foi marcada por um avançado crescimento econômico. O acesso aos direitos que asseguram os patamares de dignidade humana aos cidadãos, no entanto, ainda é precário, colocando o país em 75^o lugar no ranking dos países em relação ao Índice de Desenvolvimento Humano. Tal condição demonstra, a partir dos altos índices de exclusão social que ainda persistem na realidade brasileira, a negação da efetividade dos direitos fundamentais, notadamente os de cunho social, à grande parcela da população.

A partir desta constatação, entende-se necessário que a dogmática do Direito Administrativo seja voltada à instrumentalização de seus institutos de maneira a concretizar os objetivos da República, previstos no art. 3^o, da Constituição Federal de 1988, colaborando com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de garantir o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Neste panorama, o objetivo do presente artigo é tratar o serviço público como mecanismo de desenvolvimento social, na perspectiva de uma constitucionalização adequada do

* Doutora, Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Administrativo do Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA na Graduação e no Mestrado em Direito e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo. Diretora Acadêmica do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogada e Consultora.

Direito Administrativo, voltada a assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais instrumentalizados por tal instituto.¹

Nessa dimensão, pretende-se demonstrar que o serviço público, tomado como instrumento de concretização de direitos fundamentais – ideia amplamente aceita pela doutrina publicista² – permite a sua otimização como elemento capaz de distribuir riqueza e de gerar desenvolvimento social, mediante a atuação necessária e proporcional do poder público.

A escolha do tema já é, em si, uma homenagem que se filia a todas as demais realizadas nessa obra ao caríssimo Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Amigo fiel, o Professor Romeu, antes de tudo, é um cidadão que não se conforma com qualquer tipo de injustiça e não fica tranquilo enquanto não vê felizes aqueles que o cercam. Exemplo de humildade! Citado em obras do mundo todo, sendo marco teórico de muitos pesquisadores no Brasil, orientador presente de tantos e tantos trabalhos monográficos, tendo sido homenageado tantas vezes, no Brasil, na América Latina, na América Central, na Europa, mas, mesmo assim, mantém-se como humilde Professor, dignificando o magistério dia a dia. Na advocacia, sua atuação é sinônimo de ética e retidão, sem nunca desistir de lutas valorosas, sempre acreditando que *por trás da letra fria da lei há sempre uma vida humana a ser considerada*. Daí porque, revisitar a noção do serviço público, este tema clássico do Direito Administrativo, construindo uma leitura a partir da qual tal mecanismo permita efetivar os direitos fundamentais é uma escolha que se enquadra no desiderato sempre buscado pelo Professor Romeu: o de garantir o bem e a dignidade aos cidadãos brasileiros.

¹ As ideias centrais do presente artigo representam a atualização do pensamento da autora em relação aos pressupostos firmados em SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público como direito fundamental: mecanismos de desenvolvimento social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 285-298.

² A vinculação direta do conceito de serviço público aos direitos fundamentais é feita, por exemplo, em BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2008. p. 603-608; p. 607; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 152; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 596; FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003. p. 143 e GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Serviço público e direitos fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 8, n. 33, p. 11-32, jul./set. 2008. p. 25; HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C. Revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte. vol. 14. n. 55, jan.mar., 2014. p. 123-58, p. 129; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 182; PIRES, LUIS Manuel Fonseca. *Op. cit.* p. 119; BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço público na constituição federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 59.

2. Do surgimento da noção de serviço público e sua vinculação à ideia de desenvolvimento econômico: o serviço público como atividade de implantação de infraestrutura

No presente estudo, o serviço público deve ser compreendido como atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público.³ Na leitura que aqui se adota, o serviço público é caracterizado pela sua instrumentalidade em relação à vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, como enuncia o artigo 1º, da Constituição Federal.⁴

Nesse diapasão, o serviço público constitui-se em uma das modalidades de atividades exercidas pelo Estado, impondo-se, dessa maneira, como um modo de intervenção do poder público na sociedade.⁵ Assume diferentes contornos de acordo com o modelo de Estado adotado e por isso discutir serviço público “representa enfrentar as questões mais nucleares da Política e do Direito. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado aos particulares.”⁶ Como afirma Dinorá Musetti Grotti, “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre o seu papel. É o país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.”⁷

Desde uma perspectiva interdisciplinar, é possível visualizar a gênese da noção de serviço público no Liberalismo Clássico.⁸ Nesse Estado, caracterizado pela intervenção mínima do poder público no âmbito socioeconômico, a burguesia interessada em consolidar as bases de um capitalismo nascente deferia uma parca atuação do poder público para garantir a liberdade de concorrência e para exercer atividades que, embora necessárias à sociedade,

³ A noção adotada é de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 689. Justifica-se a escolha porque, dentre os autores pátrios, o autor representa a principal referência teórica para a clássica compreensão do serviço público. Na doutrina estrangeira, pode ser referido, na linha aqui defendida, o conceito de SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

⁴ O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios à experiência brasileira. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, 2002. p. 17. No mesmo sentido, FREITAS, Juárez. O estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In: FREITAS, Juárez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 31-49 e JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 44.

⁵ Nesse sentido, SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría...* *Op. Cit.* p. 196. No cenário nacional, por todos, JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoría...* *Op. Cit.* p. 19. Em sentido contrário, Eros Roberto GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoría...* *Op. Cit.* p. 16.

⁷ GROTTI, Dinorá Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

⁸ Sobre o Liberalismo consultar GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito público moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

não apresentavam viabilidade lucrativa. O serviço público surge, assim, notadamente em áreas ligadas à implantação de infraestrutura.⁹

Interessante observar que esse traço irá explicar a vinculação da noção de desenvolvimento com a de serviço público, desde sua origem, pois tal instituto nasce com a finalidade de garantir os meios necessários para que a sociedade civil pudesse implementar suas atividades, principalmente as de cunho industrial.

Com base em tais considerações, verifica-se que pelo menos no contexto do seu surgimento, o serviço público não poderia ser tomado como mecanismo dirigido à diminuição das desigualdades sociais, funcionando, antes, como instrumento de gestão do poder público na implantação de serviços básicos para promover as condições de desenvolvimento do sistema econômico.

No Brasil, igualmente, o surgimento do serviço público foi marcado por tais características. Suas origens remontam, como se sabe, ao período colonial. Tais serviços, então, teriam sido implementados com o objetivo de construir, nas terras da colônia, uma estrutura que permitisse aos nobres portugueses viver com um mínimo de conforto e de benesses, traços que também refletem a relação do instituto com a noção de desenvolvimento econômico.¹⁰

De acordo com Alexandre dos Santos Aragão, “foi com a vinda da Corte de Dom João VI para o Brasil que se começou a pensar sobre os serviços públicos de infra-estrutura urbana”¹¹ porque “a nobreza portuguesa, não suportando o odor e a insalubridade do Rio de Janeiro, pressionou o Rei para que tomasse providências”.¹²

A preocupação com tais questões pode ser ilustrada, no período Imperial, a partir da obra do Visconde do Uruguay, que tratava o Direito Administrativo brasileiro como a disciplina da atuação do poder público para assegurar o interesse geral, e ao serviço público, em uma perspectiva ampla mas já relacionada à noção de dever, imputava tanto as medidas de “estabelecimentos de beneficência e socorros públicos” como atividades que “tendão a assegurar aos cidadãos os benefícios da ordem, segurança, e salubridade pública (...)”.¹³

Com o advento da República, norteada pelas ideias liberais clássicas francesas,¹⁴ o serviço público mantém-se como instrumento de viabilização de infraestrutura.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo... Op. Cit.* p. 55.

¹⁰ Sobre a história dos serviços públicos no Brasil, no prisma do Direito Administrativo, consulte-se a obra de ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 55-78, tomada como referência nos próximos parágrafos da tese.

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem*. p. 57.

¹² Assim, como sugere o autor, remonta a tal período a implantação de ferrovias e eletrificação urbana (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem*. p. 59).

¹³ URUGUAY, Visconde do. **O direito administrativo**. t. 1. Rio de Janeiro: B. L. Guarnier Livreiro, 1862. p. 10.

¹⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 557.

A concepção atribuída ao instituto do serviço público, nesse período, era decorrente da própria noção de desenvolvimento vigente. Nascido no berço das teorias econômicas, o conceito de desenvolvimento sempre foi marcado por um forte elemento ideológico.¹⁵ E isto porque, desde 1949, a partir do Discurso de posse do Presidente Truman, na Casa Branca, a noção de desenvolvimento foi eleita como o referencial para classificação dos Estados, que passaram a ser divididos em três categorias: países desenvolvidos, subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Para tanto, “os principais indicadores eram de natureza econômica. Desenvolver um país significava (...) basicamente, implantar uma economia de mercado que incluía, se não a totalidade, pelo menos a maior parte dos cidadãos.”¹⁶

De uma perspectiva marcadamente financeira, desenvolvidos, naquele momento, eram os países do norte, que já tinham alcançado elevados patamares de crescimento econômico. Por isso mesmo, cabia aos demais países buscar tal condição.¹⁷ Desenvolvido, então, era o país no qual houvesse um processo de enriquecimento das pessoas, um aumento da riqueza material.¹⁸ Por certo, durante muitos anos, a noção tradicional de desenvolvimento não incluiu a finalidade de distribuição da riqueza.¹⁹

Não se podia vislumbrar, neste período, um “conceito institucional abrangente e integrador de desenvolvimento, em suas acepções hoje familiares de desenvolvimento político, econômico, social, sustentável, humano, etc.”. Mesmo o esforço de industrialização “não fazia parte de um projeto de desenvolvimento integrado, que levasse em conta outras preocupações sociais, como educação, saúde, meio ambiente.”²⁰

E, por isso mesmo, a noção de serviço público estava voltada, quase que exclusivamente, à garantia de condições estruturais que permitissem ao país atingir melhores níveis de progresso econômico. Nesta seara, inserem-se os serviços de correio, energia elétrica, saneamento básico, gás canalizado e transportes, por exemplo.

No cenário nacional, desde a era do Estado Novo, este traço seria intensificado de maneira a assegurar o desenvolvimento do país, principalmente em áreas voltadas à

¹⁵ FOLLONI, André Parmo. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, Mestrado em Direito – UNIFIEO, ano 14, v. 41, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014. p. 67.

¹⁶ HEIDEMANN, Francisco G. HEIDEMANN, Francisco G.. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Orgs.). **Políticas públicas e desenvolvimento**. 2ª. ed., Brasília: UNB, 2010. p. 23-40, p. 26.

¹⁷ Nesta esteira de pensamento, “Estados Unidos e Europa assumem a condição ideológica de líderes do mundo e cuja liderança deve ser seguida por todos aqueles que almejam o desenvolvimento – e todos almejam, pois o desenvolvimento torna-se uma ideologia hegemônica, um mito, uma crença, um artigo de fé incontestável...”, conforme FOLLONI, André Parmo. *Op. cit.* p. 67.

¹⁸ FOLLONI, André Parmo. *Idem.* p. 75.

¹⁹ FOLLONI, André Parmo. *Idem. Ibidem.*

²⁰ HEIDEMANN, Francisco G.. *Op. cit.* p. 26.

segurança.²¹ Porém, neste período, já desponta na esfera pública a preocupação com o crescimento socioeconômico.²²

Comentando os famosos discursos de Getúlio Vargas, Alexandre Santos Aragão²³ afirma que já havia, nesse momento, ao lado da preocupação de que o serviço público deveria servir ao desenvolvimento – econômico -, também uma acentuada busca de igualdade social, reconhecendo-se, ao Estado, o dever de acudir o proletariado.

Por isso mesmo, desde o final da década de 1930, Ruy Cirne Lima confere ao serviço público o caráter de atividade administrativa vinculada ao atendimento dos interesses gerais.²⁴ Ressalta, com isso, o caráter essencial da noção. Caio Tácito, de igual forma, acentua o traço de vinculação de tal atividade às “emanações dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal”.²⁵

Mas é bem verdade que o regime político do país, e a noção marcadamente econômica que caracterizava a ideia de desenvolvimento, portanto, não permitiam a consolidação do serviço público como efetivo instrumento de concretização dos interesses coletivos.²⁶

3. Serviço público como instrumento de efetivação dos direitos na dimensão do desenvolvimento social

Enquanto a noção de desenvolvimento passa a abranger referenciais que não mais se limitam à verificação de índices econômicos, a noção de serviço público passa a ser novamente valorizada – tanto em nível nacional como na esfera internacional. Embora seja preciso reconhecer que a humanização do serviço público, a sua destinação ao atendimento de necessidades básicas dos cidadãos tem lugar mesmo antes da superação do conceito econômico de desenvolvimento. Isto porque, desde o período pós Primeira Guerra Mundial,

²¹ Ver, nesse sentido, DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. **Controle das empresas estatais**: uma proposta de mudança. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 29.

²² FAORO, Raymundo. *Op. cit.*, p. 802. Ver, também, SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 65.

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.* p. 67-68. Ver, sobre o tema, por todos, FAORO, Raymundo. *Op. cit.* p. 752 e ss.

²⁴ A primeira edição do seu livro é de 1939. Aqui, utiliza-se a 7ª edição, de 2007. CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 203.

²⁵ TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 639.

²⁶ Os objetivos almejados com a estatização dos serviços mediante a criação de tais entidades não foram atingidos. Com efeito, a descentralização facilitou a fuga do regime jurídico administrativo, em detrimento das garantias do interesse público. A contratação direta sem concurso público, a aquisição de bens e serviços sem licitação, a realização de empréstimos internacionais sem aprovação do Senado Federal constituíam-se nas políticas comuns dessas entidades, o que implicou um crescente movimento pela democratização da Administração Pública, que desembocaria na Constituição Federal de 1988. (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo**. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 21-56).

com o crescente intervencionismo do Estado na economia, o serviço público já aparece de maneira vinculada aos direitos sociais.²⁷

Parece certo afirmar, então, que é no contexto do Estado Social²⁸ que se amplia a prestação de tais serviços, atrelando-se a sua finalidade à promoção da dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais de tal modelo de Estado. Destarte, passa a ser tarefa do Estado intervir na sociedade para garantir a todos uma existência digna.²⁹ E o instrumento eleito para realizar tal intento é o serviço público.

Pode-se dizer que foi o enfraquecimento do modelo liberal que resultou na necessidade de se conceber uma nova forma de atuação do poder público na esfera da sociedade, proclamando-se um novo *ethos* político: “a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social.”³⁰

Por isso, tem-se que “o estado de Bem-estar Social é o Estado do Serviço Público. O serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas.”³¹

Altera-se, assim, o elenco de tais atividades. Destarte, enquanto no Estado Liberal traduziam-se basicamente em serviços necessários à implantação de infraestrutura, agora tais serviços vinculam-se diretamente à concretização dos direitos sociais.

Tal alteração no elemento teleológico do instituto do serviço público, vinculado, a partir daí, à perspectiva de concretização de direitos fundamentais, passa a refletir uma modificação na noção de desenvolvimento em perspectiva global. Em verdade, a noção de desenvolvimento foi sendo reconstruída nos últimos cinquenta anos e, ao lado do referencial econômico, desde então são eleitos outros índices que indicam o grau de desenvolvimento de um país.³² Tais referenciais buscam identificar a efetividade de um núcleo mínimo de direitos, vinculados diretamente às condições de dignidade dos cidadãos.³³

²⁷ JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 49.

²⁸ Não serão discutidas, no âmbito deste trabalho, as divergências doutrinárias sobre a nomenclatura atribuída ao Estado após a crise do Estado Liberal. Para tanto, remete-se o leitor à obra de Jorge Reis NOVAIS que, com maestria, discorre sobre as várias fórmulas que procuram identificar o Estado de cunho prestacional e democrático surgido, basicamente, a partir da promulgação da Constituição do México (1917) e de Weimar (1919). (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo... Op. Cit.* p. 188 e ss., principalmente).

²⁹ O que significa, na dicção de Jorge Reis NOVAIS, que o Estado “encara a esfera econômica como susceptível de ser moldada em função das exigências sociais e dos objectivos políticos por ele definidos.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Idem.* p. 193).

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Idem. Ibidem.*

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria... Op. Cit.* p. 23.

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

³³ Afinal, “hoje se pergunta: que desenvolvimento queremos? E é longa a lista dos adjetivos empregados para descrever o desenvolvimento desejado e desejável: político, econômico, social, tecnológico, sustentável, justo, inclusivo, humano, harmônico, cultural, material, etc.” HEIDEMANN, Francisco G. *Op. cit.* p. 27.

No cenário nacional, é a Constituição de 1988 que recepciona esta dimensão do desenvolvimento voltado ao objetivo de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, nos termos do seu art. 3º.³⁴ Admite-se, portanto, na perspectiva da Constituição Dirigente, o compromisso de atingir patamares de desenvolvimento, em todas as suas variáveis, noção que deve abranger, a um só tempo, a perspectiva de desenvolvimento humano, social e econômico³⁵. Por isso desenvolvimento, no Brasil, implica no dever imposto ao Poder Público de implantar políticas públicas voltadas a concretizar todos os direitos sociais, dirigidas à preservação do meio ambiente e que possam assegurar a cultura e a educação. Em suma, o direito ao desenvolvimento, lido a partir deste referencial proposto por tantos na doutrina nacional e estrangeira, é o que vai permitir a universalização dos direitos humanos na seara nacional³⁶. Significa, em apertada síntese, a elevação no padrão de vida de toda a sociedade.³⁷

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

Assim, segundo Amartya Sen, “o desenvolvimento requer se removam as principais fontes de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas, destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.³⁸

A concretização desta perspectiva de desenvolvimento demanda a prestação de serviços públicos adequados, conforme prevê a Constituição de 1988. Por isso mesmo, no seio de redemocratização do Estado Brasileiro, a previsão constitucional do serviço público propicia a leitura deste instituto como o conjunto de ofertas positivas assumidas pelo poder público por serem reputadas imprescindíveis e correspondentes a conveniências básicas da sociedade, diretamente vinculadas à efetivação da plêiade de direitos sociais consagrados no texto da Carta Magna.³⁹

³⁴ HEIDEMANN, Francisco G. *Idem*. p. 76.

³⁵ FOLLONI, André Parmo. *Op. cit.* p. 79.

³⁶ FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. São Paulo, 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

³⁷ NASCIMENTO NETO, José Osório; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. (In)eficiência e corrupção no processo de desenvolvimento: possíveis causas e mudanças necessárias para a administração pública brasileira. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder e SANTANO, Ana Cláudia (Orgs.). **Eficiência e Ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015. p. 163-175.

³⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 18.

³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder... *Op. Cit.* p. 17.

A constitucionalização dos direitos sociais, então, traz consigo o instituto do serviço público como o objeto de intervenção estatal pelo qual será assegurada a efetividade desses direitos, diretamente ligados à concretização da dignidade de todas as pessoas.⁴⁰ Essa concepção informa a Constituição Federal de 1988, que assegura direito fundamental ao serviço público adequado.⁴¹

4. Serviço Público vinculado à efetivação dos direitos fundamentais sociais: instrumento de distribuição de riqueza

Porém, é certo que antes de consolidar-se no Brasil uma prática que desse azo à plena realização dos direitos sociais mediante a implementação de políticas públicas e de serviços públicos, o país foi assolado pela crise do Estado Social. Nesse contexto, da esfera internacional emerge o neoliberalismo, que pretendia a reformulação do aparelho do Estado. De acordo com os seus postulados, a sobrevivência dos organismos políticos e a manutenção do sistema capitalista só seriam possíveis com a diminuição da estrutura estatal mediante políticas de privatizações de empresas públicas; subtração da máquina administrativa e retração na prestação de serviços públicos, cuja noção é revista de modo a permitir uma aproximação cada vez maior do regime das atividades prestadas pela iniciativa privada.⁴²

No âmbito da União Europeia, o ideário neoliberal imprimiu uma reformulação da noção de serviço público, quase inteiramente substituída pelos chamados serviços de interesse econômico geral e serviços universais.⁴³

⁴⁰ Como pontua Luis Manuel Fonseca Pires: “O Estado de Direito Social e Democrático – inequivocamente acolhido em nosso país por meio da Constituição Federal de 1988 -, é então a oportunidade histórica de rever e reconquistar, de reafirmar a liberdade e a igualdade, e pela primeira vez realmente se comprometer com a fraternidade. Neste cenário, o serviço público é concebido em uma representação singular. As atividades que diretamente se relacionam à promoção (...) de uma sociedade livre que se compromete com a igualdade, que quer ser fraterna, e deste modo assegurar a dignidade da pessoa humana, estas atividades são definidas como missões públicas, tarefas cuja titularidade é reservada ao Estado, são serviços públicos.” (PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Estado social e democrático, serviço público e fraternidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 118).

⁴¹ Sobre a noção de serviço público adequado, ver: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime constitucional do serviço público. In: CLÉVE, Clémerson Merlín. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: RT, 2014. p. 189-229.

⁴² A produção nacional e estrangeira sobre o tema do neoliberalismo é vastíssima. Assim, para traçar um panorama, citem-se, por exemplo, as obras de HAYEK, Friederich A. **Direito, legislação e liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. 2. A miragem da justiça social. São Paulo: Visão, 1985; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves de. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho; *et alii*. **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: Edibej, p. 115-136; REYES, Manuel Aragón; LIMA, Abilio Lázaro de Castro. **Globalização econômica, política e direito**. Porto Alegre: SAFE, 2002; BORON, Atilio A. Os “novos Leviatás” e a *polis* democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo II: que Estado para que democracia?** Petrópolis: Vozes, 1999. p. 7-67; SANTOS, Boaventura de Souza. **Globalización del derecho**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998; COMBLIN, José. **O neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século**. t. 1. Rio de Janeiro: Vozes, 1999; FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999; ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 9-23.

⁴³ A diferenciação, na doutrina, entre tais conceitos é feita de forma irretocável por Juan Martín Gonzáles MORAS: “la noción de ‘servicio universal’ debería ser vinculada directamente a la regulación de los servicios prestados a

No Brasil, com o avanço da globalização e do neoliberalismo, foram editadas na década de 1990 uma série de Emendas Constitucionais que pretendiam rever os valores modelados pelo constituinte originário no campo da Administração Pública. Verificou-se, então, certa ruptura no pensamento publicista nacional: de um lado os que permaneceram defendendo a necessidade de se implantar, na esfera administrativa, o modelo trazido originariamente pela CF/88; de outro, os adeptos da Reforma Administrativa que buscavam a acolhida integral dos postulados neoliberais, traduzidos no modelo de gestão gerencial.⁴⁴

A realidade socioeconômica brasileira, entretanto, não permite acolher tais ideias. Ao contrário, clama pela necessária defesa da fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, no qual o acesso ao serviço público adequado deverá ser entendido como direito fundamental. Daí a defesa de uma concepção compromissória e dirigente para a Constituição Federal de 1988, que busque a realização do projeto de sociedade por ela plasmado.⁴⁵ Destarte, no catálogo da CF/88, o serviço público apresenta-se como um direito materialmente fundamental - especificamente uma garantia fundamental -, dirigido a assegurar os bens consagrados nos direitos sociais aos cidadãos.

Verificou-se, entretanto, principalmente em face das reformas na seara administrativa, que atribuir ao serviço público a natureza de direito fundamental é insuficiente para a efetivação dos direitos sociais plasmados no texto da Carta Magna. Faz-se necessário que estas

través de 'redes transeuropeas' es decir, éstas definirían el ámbito infraestructural de regulación preponderantemente comunitaria (...) de manera a garantizar las posibilidades de acceso a ellas, y jurídicamente por la uniformidad regulatoria a través del derecho comunitario; la noción de 'servicio de interés general', por su parte, debería dejarse a una especificación preponderantemente local, que incorpore, por un lado, los 'mínimos' garantidos en la regulación del 'servicio universal', y por otro, las posibles modificaciones a los mismos o a las formas de organización de los servicios que localmente sean consideradas necesarias." (MORAS, Juan Martín Gonzáles. **Los servicios públicos en la unión europea y el principio de subsidiariedad**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 185).

⁴⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: 34, 1996.

⁴⁵ Sobre a Constituição, J.J. Gomes CANOTILHO indaga: "deve uma constituição conceber-se como 'estatuto organizatório', como simples 'instrumento de governo', definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefa, estabelece programas e fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um 'estatuto jurídico do político', um 'plano global normativo' do Estado e da sociedade?" (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 101). E o autor responde: a constituição dirigente "é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem posições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição... Op. Cit.* p. 104). Segundo Klaus STERN, "la Constitución en cuanto instrumento que dirige globalmente las fuerzas políticas y sociales merece asentimiento." (STERN, Klaus. **Derecho del estado de la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 234). Dentre os autores nacionais, cite-se, por todos, Clémerson Merlin Clève, que explica a constituição dirigente como aquela que "estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros. A atuação governamental, de todos os Poderes, não pode ser concretizada sem a prévia observância dos referidos objetivos. As políticas públicas devem atuar esses objetivos. (...) a Constituição representa também uma proposta para o futuro. E por isso é dirigente. Apresenta uma direção vinculante para a sociedade e para o Estado." (A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de. **Uma vida dedicada ao Direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 33-53; 47).

atividades sejam prestadas sob um regime jurídico especializado, o regime de direito público específico, previsto no art. 6º, da lei n.º 8.987/95.⁴⁶

Com essa perspectiva, é possível resgatar o conceito de serviço público como uma atividade prestada pelo Estado e financiada pela sociedade; logo um instrumento de distribuição de riqueza ou, na expressão de Jorge Salomoni, uma “técnica de garantía de los derechos humanos”.⁴⁷ Tais serviços funcionam como “técnica de igualación del disfrute de los bienes materiales y culturales producidos en una sociedad y para todos los individuos que la componem”⁴⁸ resultando em um mecanismo de integração social.

A ideia do serviço público como um instrumento capaz de redistribuição de riqueza não está ligada, propriamente, à noção de distribuição de renda. Tal instituto parece muito mais relacionado com a diminuição da exclusão social⁴⁹ na medida em que permite aos cidadãos o acesso aos bens que garantirão uma existência digna, tais como educação e saúde e níveis básico de infraestrutura.⁵⁰ É a noção de desenvolvimento calcada no desenvolvimento do ser humano, em todas as suas dimensões.⁵¹

Portanto, a devida prestação dos serviços públicos permite à sociedade alcançar níveis de desenvolvimento muito mais abrangentes do que a simples diminuição da pobreza. Representa, assim, a garantia de “níveis de bem-estar mais elevados”.⁵²

Mas, como se referiu na introdução deste artigo, o Brasil, mesmo com a melhoria de sua classificação nos últimos 5 anos, ainda demanda políticas públicas que permita o acesso, de toda a população, aos bens essenciais da vida.

Só a título de curiosidade, dentre os 188 países classificados em 2015, o Brasil ocupa a 75ª. posição, classificado dentre os países com desenvolvimento humano alto, atrás da Argentina, que ocupa a 40ª. posição, também nesse grupo de desenvolvimento humano alto, e ambas atrás da Espanha que se apresenta na vigésima sexta posição, dentre os países com índice desenvolvimento humano muito alto.⁵³

Diante de tais índices, e da realidade que desponta pelas ruas das cidades deste país continental, entende-se que a defesa do serviço público, prestado sob um regime adequado,

⁴⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime.... *Op. Cit.*

⁴⁷ SALOMONI, Jorge Luis. Teoria...*Op. Cit.* p. 325.

⁴⁸ SALOMONI, Jorge Luis. *Idem.* p. 326.

⁴⁹ A exclusão social, assim, “pode ser entendida como um mecanismo ou conjunto de mecanismos que fazem com que um indivíduo ou família, independentemente de seu esforço ou mérito, esteja limitado em sua possibilidade de ascensão social presente ou tenha artificialmente reduzida a probabilidade de ascensão futura”. SALOMONI, Jorge Luis. *Idem. Op. Cit.*

⁵⁰ REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo. **Brasil: O estado de uma nação.** Rio de Janeiro: IPEA, 2005. p. 87.

⁵¹ É o homem visto através da tríade mágica de que fala J. J. Gomes CANOTILHO: o homem enquanto sujeito, cidadão e trabalhador. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 347).

⁵² REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo. *Op. cit.* p. 87.

⁵³ <http://hdr.undp.org/sites/default/files/ranking.pdf>, consulta em 05 de janeiro de 2016.

erigido à categoria de garantia fundamental, pode contribuir para assegurar a redistribuição de bens essenciais à concretização da vida digna, permitindo a inclusão de todas as pessoas na esfera da cidadania plena.

5. Considerações Finais

Não se pretende defender, nos limites do presente trabalho, que o Direito, de forma isolada, possa fornecer soluções para o problema da cidadania no Brasil.⁵⁴ Entretanto, se é certo que o Direito não oferece soluções definitivas para a erradicação da pobreza e para a diminuição dos níveis absurdos de injustiça social no país, também não parece admissível que os juristas se abstenham de propor leituras, vinculadas aos seus objetos de estudo, de maneira a colaborar com a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme imposto na Constituição de 88.⁵⁵

Afinal, a Constituição de 1988, ao consagrar o interesse dos mais distintos grupos sociais, torna-se “o ponto de encontro que permitirá a função de unificação política diante dos quadros sociais cada vez mais plurais e complexos”⁵⁶ e possibilita, com seus diversos institutos, dentre eles o serviço público, a concretização dos valores nela plasmados. Tudo isso propicia a construção de uma cidadania social, que pressupõe uma leitura de democracia ligada à ideia de que os “cidadãos formam, testam, trocam, revisam e associam seus julgamentos interpretativo-constitucionais, somente o fazendo para obter, de tempos em tempos, os ‘acordos institucionais’ que um país precisa de modo a seguir em frente em uma conduta de vida toleravelmente ordenada”.⁵⁷

Daí porque se defende a ideia de que nos países emergentes a atuação positiva do Estado, em cumprimento específico das normas constitucionais, continua sendo para enorme parcela da população o único meio de acesso a um mínimo de bens essenciais, tais como: saúde, educação, água, energia elétrica, dentre outros.⁵⁸ Na realidade brasileira e na dos demais países latino-americanos, não há espaço para a defesa de um chamado Estado

⁵⁴ Com efeito, não se ignora que “a simples existência de normas constitucionais que consagrem direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios.” (REZENDE, Fernando; TAFNER. *Op. Cit.* p. 200).

⁵⁵ Parafraseando BOURDIEU, é preciso reconhecer que há, ainda, espaço para resistir, o que, nessa perspectiva, significa lutar contra os “profetas da infelicidade”, aqueles que, com base na pretensa ideologia única, querem fazer crer a todos que “o seu destino está nas mãos de potências transcendentais, independentes e indiferentes, como os ‘mercados financeiros’ ou os mecanismos da ‘mundialização’.” Impõe-se, logo, uma revalorização da democracia como espaço dos conflitos, das diferenças, da autonomia do sujeito, do pluralismo. (BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 92).

⁵⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 20, p. 145-166, 2005. p. 13.

⁵⁷ MICHELMANN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e Estado constitucional**. São Paulo: RT, 2009. p. 255-278; 278.

⁵⁸ Tais exemplos estão restritos à atuação na área dos serviços públicos. Seria possível, também, uma análise a partir dos programas assistencialistas do Estado.

Regulador, que se restrinja a estabelecer os parâmetros para que a sociedade exerça o dever de cuidar de suas necessidades básicas.

É certo que tais considerações devem ser lidas sob a égide do princípio da proporcionalidade, não se advogando, aqui, a tese de um Estado Máximo que, desbordando das canaletas da democracia, impeça a sociedade de exercer as atividades que lhe são pertinentes, dentro dos limites impostos pelos cânones do Estado Social e Democrático de Direito.

Ao contrário, adotando-se o posicionamento de Juarez Freitas pretende-se um “Estado essencial, sem significar um Estado reduzido”.⁵⁹ Nesses termos, “longe do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca ter o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais”.⁶⁰

Por isso, justifica-se a manutenção do rol dos serviços públicos, tomados como dever do poder público.⁶¹ Mais do que isso, entende-se que, para que seja eficiente a sua prestação, é imprescindível que tais funções sejam prestadas sob o regime típico de serviço público, pautado na universalidade, na modicidade de taxas e tarifas e na continuidade de sua prestação.

Afinal, é preciso buscar a transformação dos objetivos fundamentais da Carta Constitucional em “verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”.⁶² Como o serviço público é um instrumento que visa assegurar o alcance de direitos sociais de cunho prescricional, tem-se “a exigência de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (idéia de universalidade) implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário tratamento idêntico”.⁶³ Em complemento: “incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais).”⁶⁴

Conclui-se, com isso, que a releitura do serviço público como mecanismo de concretização de direitos fundamentais apresenta-se no contexto da reformulação dos papéis do

⁵⁹ FREITAS, Juarez. Estudos... *Op. Cit.* p. 33.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. *Idem. Ibidem.*

⁶¹ A preocupação com a prestação de serviços públicos vinculada à concretização dos direitos sociais, a partir da crise do Estado Social também se faz presente em Portugal, como ressalta Jorge Reis NOVAIS: “Mesmo quando assume o legado e os fins do Estado Social, cada vez mais o poder político sente, neste domínio, necessidade de repensar, alterar, reformar ou, mesmo, suprimir direitos ou prestações mais ou menos controversos, consolidado, adquiridos. O problema jurídico-constitucional que esta tendência convoca é evidente: em que medida e com que margem pode o poder político dispor, mais ou menos livremente, de direitos cuja realização, estando por natureza associada às disponibilidades financeiras do Estado e sendo, nesse sentido, mais permeável à pressão da conjuntura, não deixa de constituir realização-concretização de direitos fundamentais e, por conseguinte, de direitos cujo valor constitucional os deve manter subtraídos à livre disponibilidade dos titulares do poder público.” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 189).

⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 17-28, jul./dez. 2003. p. 18.

⁶³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem.* p. 23.

⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem.* p. 22.

Estado, em especial na realidade dos Estados emergentes, como uma condição de desenvolvimento democrático.⁶⁵ Manifesta-se como instrumento de realização efetiva dos direitos sociais para viabilizar a todos condições de dignidade.⁶⁶ Afinal, esse deve ser o critério a nortear a determinação do *status* de desenvolvimento de um país.

Por certo, como sempre lembra o querido homenageado da presente obra, Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, o Estado e as atividades por ele prestadas só se legitimam se tiverem por escopo um único e inexorável objetivo: o alcance do bem comum, que se traduz na aspiração de trazer felicidade para o povo destinatário de suas atitudes, como ressaltado por Aristóteles, em sua célebre obra *A Política*: “o governo perfeito que buscamos é precisamente, aquele que garanta ao campo social o maior grau de felicidade.”

6. Referências

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios à experiência brasileira. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, 2002.

_____. Serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2008.

BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço público na constituição federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BORON, Atilio A. Os “novos Levitãs” e a *polis* democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo II: que Estado para que democracia?** Petrópolis: Vozes, 1999, p. 7-67.

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

CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves de. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho; *et alii*. **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: Edibej, p. 115-136.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO coloca como condições de uma vivência democrática (i) a segurança de um padrão econômico-social acima da mera subsistência, (ii) “o efetivo acesso à educação e cultura (para alcançarem ao menos o nível de discernimento político traduzido em consciência real de cidadania) e (iii) a informação. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998. p. 61).

⁶⁶ Sustenta, desse modo, Cláudio Pereira de SOUZA NETO que “as diferenças sociais, quando se radicalizam a ponto de criar uma fronteira entre aqueles que têm o direito à vida e aqueles que não o têm...minam gravemente os próprios alicerces da estrutura básica de uma sociedade que se legitima ao afirmar que trata a todos como dignos de igual respeito.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58).

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 17-28, jul./dez. 2003.

_____. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de. **Uma vida dedicada ao Direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMBLIN, José. **O neoliberalismo**: ideologia dominante na virada do século. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

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

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

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

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003.

FOLLONI, André Parmo. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, Mestrado em Direito – UNIFIEO, ano 14, v. 41, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

FREITAS, Juarez. O estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In: FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Serviço público e direitos fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 8, n. 33, p. 11-32, jul./set. 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito público moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GROTTI, Dinorá Musseti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

_____. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C. Revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte. vol. 14. n. 55, jan.mar., 2014, pp. 123-58.

HAYEK, Friederich A. **Direito, legislação e liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. 2. A miragem da justiça social. São Paulo: Visão, 1985.

HEIDEMANN, Francisco G.. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G; SALM, José Francisco (Orgs.). **Políticas públicas e desenvolvimento**. 2ª. ed., Brasília: UNB, 2010, pp. 23-40.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998.

_____. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MICHELMANN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e Estado constitucional**. São Paulo: RT, 2009, p. 255-278.

MORAS, Juan Martín Gonzáles. **Los servicios públicos en la unión europea y el principio de subsidiariedad**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000.

NASCIMENTO NETO, José Osório; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. (In)eficiência e corrupção no processo de desenvolvimento: possíveis causas e mudanças necessárias para a administração pública brasileira. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder e SANTANO, Ana Cláudia (Orgs.). **Eficiência e Ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015. p. 163-175.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: 34, 1996.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Estado social e democrático, serviço público e fraternidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

REYES, Manuel Aragón; LIMA, Abili Lázaro de Castro. **Globalização econômica, política e direito**. Porto Alegre: SAFE, 2002.

REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo. **Brasil**: O estado de uma nação. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Globalización del derecho**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo**. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 21-56.

_____. Regime constitucional do serviço público. In: CLÈVE, Clémerson Merlin. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: RT, 2014. p. 189-229.

_____. Serviço público como direito fundamental: mecanismos de desenvolvimento social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 285-298.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 20, p. 145-166, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STERN, Klaus. **Derecho del estado de la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

URUGUAY, Visconde do. **O direito administrativo**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro, 1862.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

PARTE V

PROCESSO ADMINISTRATIVO: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS



PROCESSO ADMINISTRATIVO: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS*

ODETE MEDAUAR**

Sumário: 1. Introdução; 2. Síntese da evolução; 3. Processo ou procedimento; 4. O processo administrativo na legislação e na doutrina pátrias; 4.1. Legislação; 4.2. Doutrina. 5. O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal; 6. O princípio do contraditório; 7. O princípio da ampla defesa; 8. O princípio da razoável duração do processo; 9. O princípio da oficialidade; 10. O princípio da verdade material; 11. O princípio do formalismo moderado; 12. Conclusão; 13. Referências.

1. Introdução

Ao se cogitar de *transformações do Direito Administrativo* pode-se afirmar que o *processo administrativo* constitui relevante transformação deste ramo jurídico, nas últimas décadas.

Sem dúvida é um *novo tema* no Direito Público brasileiro, em especial no Direito Administrativo, e trouxe profunda repercussão nas relações entre a Administração Pública e particulares, em benefício dos direitos destes, sobretudo. A consulta a manuais, cursos e tratados vindos à luz há mais de vinte e cinco anos atrás mostra a quase ausência desta matéria. E a jurisprudência anterior a este período tratava apenas do processo administrativo disciplinar.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que se desencadeou amplo interesse, na teoria e na prática, do processo administrativo no direito brasileiro.

2. Síntese da evolução

Durante muito tempo o termo *processo* vinha associado exclusivamente à função jurisdicional. Não se cogitava de *processo* no âmbito da função administrativa.

* Em calorosa homenagem ao brilhante administrativista e docente, Romeu Felipe Bacellar Filho, querido amigo, que além das reconhecidas qualidades científicas, acadêmicas e advocatícias, mostra qualidades humanas ímpares. E sempre teve relevante papel na propagação do Direito Público, não só brasileiro, como latino-americano.

** Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente, Doutora, Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Geral de Ética do Estado de São Paulo.

Depois, principalmente a partir da década de 50, muitos estudiosos do Direito Administrativo e do Direito Processual foram convergindo para a idéia de *processo* associado ao exercício do poder estatal. Nessa nova linha, o processo exprime o aspecto dinâmico de um fenômeno que se vai concretizando em muitos pontos do tempo. Assim, processo existe no exercício da função jurisdicional, sobretudo, como sua figura arquetípica, e também na função legislativa e na função administrativa.

3. Processo ou procedimento

Aceita a existência do fenômeno processual no âmbito administrativo, surgem controvérsias a respeito de sua denominação, nesse âmbito: processo ou procedimento?

Nos países em que vigora o sistema de jurisdição dupla (o chamado contencioso administrativo), a doutrina, a legislação e a jurisprudência valem-se do termo *procedimento* para designar a processualidade administrativa, reservando a expressão *processo administrativo* para o âmbito da jurisdição administrativa; aí o termo *procedimento* visa a evitar confusão com o processo jurisdicional administrativo. É o que acontece na Itália, por exemplo, onde os estudos do processo administrativo se realizam sob a rubrica de *procedimento administrativo*.

Atentando à diferença entre os dois termos, sabe-se que ao longo do tempo surgiram vários critérios para fixá-la. Foge aos objetivos deste artigo o enunciado exaustivo desses critérios; serão mencionados apenas alguns, que são relevantes para a contemporânea percepção do processo administrativo.

Passo importante na caracterização de processo e procedimento foi dado por Benvenuti, no estudo intitulado *Funzione amministrativa, procedimento, processo*.¹ Benvenuti acentuou a colaboração dos sujeitos interessados como elemento peculiar do processo.

O processualista italiano Fazzalari, por sua vez, em 1966, viu no *contradittorio* o parâmetro da diferença entre processo e procedimento.² Segundo Fazzalari, para distinguir o processo não basta a colaboração dos muitos interessados; o que o diferencia é a estrutura dialética; quer dizer, no processo os poderes, as faculdades, os deveres, mediante os quais se realiza a colaboração, são distribuídos entre os participantes de maneira a haver uma efetiva correspondência entre as várias posições jurídicas.

Desse modo, o *procedimento* significa basicamente a sucessão encadeada de atos que prepara um ato final. *Processo*, de seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes na relação processual, para levar à decisão final. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório. No preciso conceito de Romeu Felipe Bacellar Filho “o processo administrativo

¹ BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, p. 118-145, 1952.

² Ver o verbete: FAZZALARI, Elio. *Processo: Teoria Generale*. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. XIII, 1966. Ver também sua obra *Istituzioni di Diritto Processuale*, de 1975.

é “qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento, (...) apto a interferir na esfera jurídica das pessoas”.³

Sem desmerecimento a quem utiliza a expressão *procedimento administrativo* no sentido apontado no parágrafo anterior, a autora deste artigo adota o termo *processo*.

4. O processo administrativo na legislação e doutrina pátrias

4.1 Legislação

A Constituição Federal de 1988 adota a expressão *processo administrativo*, o que implica, sobretudo, o reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública, como demonstram cinco dispositivos, em especial: 1) o inciso LV do art. 5º: “Aos litigantes, em *processo judicial* ou *administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; 2) o inciso LXXII do art. 5º: “Conceder-se-á *habeas data* ... b) para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por *processo* sigiloso judicial ou *administrativo*; 3) o inciso LXXVIII do art. 5º: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do *processo* e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; 4) inciso XXI do art. 37: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante *processo* de licitação pública...”; 5) o §º do art. 41: “O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante *processo administrativo* em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

Emprega o termo *processo*, a Lei federal nº 9.784, de 29.01.1999, que regula o *processo administrativo* no âmbito federal.

Outros diplomas legais usam a palavra *processo*, ao disciplinarem matéria específica, como por exemplo: a) o Decreto 2.181, de 20.03.1997, se refere a *processo administrativo* no tocante à aplicação de sanções previstas no Código do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11.09.1990, no âmbito da Administração Pública; b) a chamada Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605, de 12.02.1998, menciona sanções administrativas impostas mediante *processo administrativo* próprio, assegurados o direito de ampla defesa e o contraditório (at. 70, § 4º); c) na Lei nº 12.529, de 30.11.2011 – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Título VI se denomina “Das diversas espécies de *processo administrativo*”.

4.2 Doutrina

A partir da Constituição de 1988 desencadeou-se produção doutrinária ampla. Hoje quem pretende estudar processo administrativo dispõe de rica bibliografia brasileira, por

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49-50.

exemplo: Odete Medauar, *A processualidade no Direito Administrativo*, 2. ed. 2008;⁴ *Processo administrativo disciplinar*, 4. ed., 2013, de Romeu Felipe Bacellar Filho (cujo teor vai muito além desta espécie de processo administrativo);⁵ *As leis de processo administrativo*, 2001, sob coordenação de Carlos Ari Sunfeld e Guillermo Andrés Muñoz;⁶ *Processo administrativo*, 3. ed., 2012, de Adilson Dallari e Sérgio Ferraz;⁷ *Processo administrativo*, 4. ed., 2010, de Egon Bockmann Moreira;⁸ *Princípios constitucionais do processo administrativo*, 2. ed., de Marcelo Harger, 2008.⁹

Além de livros, inúmeros artigos se dedicam ao processo administrativo ou seus aspectos. O mesmo se pode dizer quanto a dissertações de mestrado e teses de doutorado.

5. O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal

O dispositivo nuclear em matéria de processo administrativo é o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Visualizado quanto à Administração Pública, o preceito assegura, aos litigantes em processo administrativo e aos acusados no âmbito administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ao prever a observância do contraditório nas situações que aponta, a Constituição está formulando exigência explícita de que a edição de atos naquelas situações se efetue mediante desenvolvimento de relação jurídica processual, quer dizer, mediante processo, no qual posições jurídicas correspondentes a direitos, faculdades, ônus existem tanto para a Administração quanto para os interessados.

Note-se que o citado preceito se encontra inserido no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, o que torna muito clara a sua relevância.

A palavra *litigantes* se aplica sobretudo no caso de particulares e servidores em situação de controvérsia com a Administração (por exemplo, na hipótese de licenciamento ambiental e de promoção na carreira, respectivamente; ou de controvérsias entre particulares perante a Administração (por exemplo, em licitações).

Na esfera administrativa o termo “acusados” designa as pessoas físicas ou jurídicas às quais a Administração atribui determinadas condutas, das quais decorrerão consequências punitivas. A hipótese compreende, por exemplo o exercício do poder disciplinar sobre servidores; a imposição de sanções decorrentes do poder de polícia, inclusive sanções de trânsito; as atuações disciplinares que, por delegação, cabem às ordens profissionais.

⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; MUNOZ, Guillermo Andrés (Orgs). **As leis de processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁹ HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

O inciso LV do art. 5º menciona os direitos ao contraditório e ampla defesa, que também são considerados princípios do processo administrativo. Breves considerações sobre os princípios do contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo, oficialidade, verdade material, formalismo moderado serão tecidas a seguir.

6. O princípio do contraditório

O contraditório propicia aos sujeitos a ciência de dados, fatos, documentos, argumentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentado, por seu lado, outros dados, fatos, documentos, argumentos. É a audiência bilateral. A garantia do contraditório para si próprio corresponde o ônus do contraditório, pois o sujeito, inclusive a Administração, é obrigado a aceitar a atuação de outros sujeitos com os mesmos direitos.

São decorrências mais imediatas do princípio do contraditório:

a) *Informação geral* - Consiste no direito, atribuído aos sujeitos e à própria Administração, de obter o conhecimento adequado dos fatos e elementos que estão na base da formação do processo e de todos os demais fatos e elementos que vierem à luz no curso do processo. Daí a exigência de comunicação, aos sujeitos, de todos os elementos do processo em todos os seus momentos.

Daí resulta a proibição do uso de dados ou elementos que não figuram no expediente formal, porque deles não tiveram ciência prévia os sujeitos envolvidos, tornando-se impossível eventual reação a tais dados ou elementos.

b) *Ouvida dos sujeitos* - Esse aspecto mescla-se com facilidade aos desdobramentos da ampla defesa. É a possibilidade de manifestar-se a respeito de dados, documentos ou fatos, expondo o próprio ponto de vista. Aí se inclui o direito a um prazo razoável para o preparo das observações a serem contrapostas.

c) *Motivação* - A oportunidade de reagir ante a informação seria ineficaz se não existisse fórmulas de verificar se a autoridade administrativa efetivamente tomou ciência e sopesou as manifestações dos sujeitos. A tal fim responde a exigência de motivação das decisões administrativas. Pela motivação se percebe como e quanto determinado fato ou determinada alegação influíram sobre a decisão final.

7. O princípio da ampla defesa

Consiste no direito à adequada resistência a pretensões opostas ou a condutas, argumentos e interpretações que possam acarretar prejuízos físicos, materiais ou morais. É defesa de seus interesses; não só defesa ante acusação.

A Constituição Federal de 1988, no inciso LV do art. 5º alude a *ampla defesa*, expressão que implica reforço do direito de defesa, o que impede, em tese, lhe atribuir entendimento restritivo.

Alguns aspectos do princípio da ampla defesa no processo administrativo podem ser salientados.

a) *Caráter prévio da defesa*- Isto significa a anterioridade da defesa em relação à decisão. A anterioridade da defesa recebe forte matiz nos processos administrativos sancionadores, pois os mesmos podem culminar em punições aos implicados.

No concernente ao exercício do poder disciplinar, a garantia constitucional da ampla defesa veda a imposição sumária de penas, sem a intermediação de processo (que pode ser simples). Com isso não se há de aceitar a punição pelo critério da “verdade sabida”, em virtude do qual se conferia à autoridade o poder de aplicar, de imediato, penas leves quando tivesse conhecimento direto de falta cometida.

b) *Defesa técnica* - A defesa técnica é a defesa realizada por advogado. Várias justificativas surgem para justificar a defesa técnica: necessidade de haver equilíbrio entre os sujeitos ou paridade de armas, associado à plenitude do contraditório; presença do advogado evita que o implicado se deixe nortear por emoções de momento, às vezes exacerbadas.

A respeito, vigora no ordenamento brasileiro a Súmula Vinculante 5, do Supremo Tribunal Federal, nesta linha: “a falta de defesa técnica por advogado no processo disciplinar não ofende a Constituição”. No entanto, melhor parece exigi-la em processos administrativos cujos resultados repercutam gravemente sobre direitos e atividades dos sujeitos, em especial relacionados à subsistência, como por exemplo demissão, cassação de aposentadoria, cessação do exercício profissional.

c) Outros *elementos da ampla defesa* (em boa parte mesclados ao direito ao contraditório):

c.1) Direito de ser notificado do início do processo, com indicação dos fatos pertinentes à questão.

c.2) Direito de ser cientificado, com antecedência, das medidas e atos referentes à produção das provas.

c.3) Direito de ser cientificado da juntada de documentos.

c.4) Direito de acesso aos elementos do processo (vista, cópias, certidão, p.ex).

c.5) Direito de solicitar a produção de provas, de vê-las realizadas e consideradas - Tais direitos já se encontram consagrados na doutrina e jurisprudência brasileiras quanto aos processos disciplinares, devendo aplicar-se aos demais. Isso não significa, entretanto, o seu exercício abusivo, como o pedido de depoimento de número excessivo de testemunhas, o pedido de provas irrelevantes ou tumultuárias.

Além do mais, aplica-se ao processo administrativo a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (Constituição Federal, art.5º, inciso LVI).

c.6) Direito de interpor recurso administrativo - Independe de previsão explícita em lei, pois tem respaldo no direito de petição, previsto no art. 5º, inciso XXXIV, “a” da Constituição Federal, e no princípio da ampla defesa.

8. O princípio da razoável duração do processo

Tal princípio, como inciso LXXVIII, foi acrescentado ao art. 5º pela Emenda Constitucional 45/2004 – Reforma do Judiciário. Como emerge do próprio nome, visa a tramitação sem delongas do processo administrativo, sem extensos períodos de paralisação, para que a decisão seja tomada no menor prazo possível ou para que sejam cumpridos os prazos fixados.

9. O princípio da oficialidade

O princípio da oficialidade vem referido na doutrina também sob os nomes de princípio do impulso oficial ou princípio da impulsão de ofício. Ante esse princípio, cabe à Administração tomar todas as providências necessárias ao trâmite contínuo para que se chegue, sem delongas, à decisão final.

Tal significado não elide a participação dos sujeitos, garantida pelo contraditório e ampla defesa, dotados, portanto, de faculdades e direitos quanto à iniciativa do processo, à realização de provas, à junção de documentos, etc. Diz respeito, sobretudo, à responsabilidade da Administração pelo andamento regular e contínuo do processo, independentemente de provocação dos sujeitos, com vistas à realização de atos e providências, inclusive quanto à instrução, no sentido de determinar a coleta de todos os elementos necessários ao esclarecimento de fatos pertinentes ao assunto tratado.

Algumas decorrências desse princípio vêm comumente apontadas pela doutrina:

a) A atuação da Administração no processo tem caráter abrangente, não se limitando às medidas ou aspectos suscitados pelos sujeitos.

b) Além dos pedidos dos sujeitos, a obtenção de provas e de dados para o esclarecimento de fatos e situações deve também ser efetuada de ofício.

c) A inércia dos sujeitos (particulares, servidores e órgãos públicos interessados) não acarreta a paralisação do processo, salvo o caso de providências pedidas pelo particular e que dependam de documentos que deve juntar e não foi juntado, ultrapassado o prazo concedido.

10. O princípio da verdade material

O princípio da verdade material ou verdade real, que tangencia o princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos, nem

“olvidando” a realidade. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações e documentos atinentes à matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.

11. O princípio do formalismo moderado

Na doutrina é citado também com o nome de princípio do informalismo. Porém, este último termo parece inadequado, porque dá a entender que não há ritos e formas no processo administrativo. Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas. Tem por objetivo impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação administrativa.

Exemplo de formalismo exacerbado, destoante desse princípio, encontra-se no processo licitatório, ao se inabilitar ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos em diligências.

12. Conclusão

O processo administrativo representa garantia de direitos, seja no atinente às pessoas físicas ou jurídicas consideradas isoladamente, seja sob o prisma dos direitos coletivos e difusos. Além do mais, associa-se à concepção de Estado democrático de direito e aos princípios constitucionais da Administração, como corolário e veículo de sua expressão. Propicia Justiça no âmbito da Administração e tal valor há de informar as atuações de todos os poderes do Estado. Promove a aproximação entre cidadãos e Administração, quebrando antigas muralhas.

Indubitável a inserção do tema entre as transformações do Direito Administrativo advindas nos últimos vinte e cinco anos, sobretudo nas relações jurídicas entre particulares e Administração.

O processo administrativo há de ser visto como ponto de uma evolução, mas não seu ponto final. Seu desafio mais expressivo se encontra na crescente e firme concretização, no ordenamento pátrio, de todas as suas decorrências.

13. Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, p. 118-145, 1952.

FAZZALARI, Elio. Processo: Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, Torino, v. XIII, 1966.

- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao direito administrativo processual**. São Paulo: Ed. RT, 1971.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Garantias do contraditório e ampla defesa. **Jornal do Advogado**, São Paulo, nov. 1990, p. 9.
- _____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ISAAC, Guy. **La procedure administrative non-contentieuse**. Paris: LGDJ, 1968.
- MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A Importância do Procedimento Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari; MUNOZ, Guillermo Andrés (Orgs). **As leis de processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

O SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI*

Sumário: 1. Introdução: importância do tema; 2. A idéia do silêncio na Constituição Federal de 1988; 3. O silêncio da Administração Pública; 3.1. Ato ou fato administrativo; 3.2. Efeitos possíveis; 3.3. Controle jurisdicional do silêncio da Administração Pública; 4. Referências.

1. Introdução: importância do tema

Refletir sobre o silêncio e seu significado para o direito é tarefa que seduz e encanta, em que pese a dificuldade encontrada para desmistificá-lo e compreendê-lo.

Para a psicanálise o silêncio sempre guarda um sentimento, uma imagem, uma verdade e compete ao terapeuta quebrá-lo, racionalizá-lo, para, no afã de diagnosticá-lo, poder orientar seu paciente.

Heidegger, com contribuição inovadora para a filosofia e para o direito, permite vislumbrar que algo falta para chegar a entender o silêncio como um não-ser, como algo inalcançável que remete, inclusive, ao caráter de incompletude da própria linguagem, na medida em que se torna condição de possibilidade da compreensão, ou seja, condição de possibilidade do conhecimento, pois não há conhecimento sem linguagem.¹

Assim, considera que o silêncio é um modo de falar, ou seja, no dizer de Alberto M. Sanchez, é o outro lado da palavra.²

Compreender, entender o significado do silêncio significa interpretá-lo, mas esta interpretação pode não ser unívoca, pois, a cada leitura, pode levar a uma nova compreensão.³

* Professora de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná. Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora Geral e Professora do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procuradora aposentada da Universidade Federal do Paraná. Advogada.

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 181-240.

² HEIDEGGER, Martin. **El ser y El tiempo**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 186; SÁNCHEZ, Alberto M. **La palabra y La promesa**. San Juan, Argentina: Ateneo Cruz Del Sur, 1997. (Série Biblioteca de Autores Sanjuaninos). p. 7.

³ HARTMANN, Helen. **O silêncio do arguido no direito processual penal brasileiro**. Curitiba, 2010. 169. f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. f. 76.

Deste modo, se, em um momento, o silêncio pode fazer heróis, em outro pode caracterizar covardia; se em certas situações traduz honestidade, em outras revela depreciável cumplicidade; se, por vezes, adquire a forma de solene respeito, em outras pode ser verdadeiramente ofensivo.⁴

O ditado popular diz que quem cala consente, ou seja, reconhece que o silêncio possui um valor positivo, no sentido de aceitar, aprovar, concordar, porém, pode ser entendido, também, como negar, reprovar, discordar.

Algumas vezes o silêncio é indiferente para o direito, mas, em outras, caracteriza um direito fundamental individual, como acontece com a possibilidade do imputado guardar silêncio. Do mesmo modo pode caracterizar um direito coletivo, na hipótese de matéria ambiental, e, ainda, constituir um verdadeiro dever jurídico, como, por exemplo: o segredo profissional, o dever de sigilo dos servidores públicos.

Esta forma de entendimento revela uma instabilidade, na medida em que toma significado a partir de valores, como é o caso do valor justiça e segurança jurídica, o que pode ser tido como uma fórmula que decorre de um consenso social. Porém, como se sabe, se precisarmos decidir sobre um conflito entre valores, não há nenhuma regra abstrata de validade genérica.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, “os valores não são entidades independentes, que permitem uma expressão unívoca”, podem sofrer mutações, em razão das suas condições de realizabilidade ou pelo aparecimento de outros valores, o que propicia uma instabilidade. Ora, se o valor básico da vida jurídica é a justiça, ela implica, de um lado, um problema de ajustamento a um estado de coisas, às instituições fundamentais que constituem a base da vida social cotidiana; de outro, porém, pode significar a ânsia de superação dessa circunstância.⁵

Para o direito o que se mantém em foro íntimo não vale, pois a vontade pura, como ato psíquico, existe apenas na consciência do indivíduo e só pode produzir efeitos religiosos e morais.

O direito tem por objetivo regular a convivência humana, as relações sociais, o convívio em sociedade e, principalmente, garantir a sua segurança, o que o faz ter em foco a vontade manifestada, para, assim, poder extrair consequências jurídicas.

É dentro deste universo que surge a pergunta: o silêncio pode configurar um ato jurídico? O silêncio pode ter efeitos jurídicos.?

O silêncio e a omissão do Poder Público decorrem de uma inércia, de um não agir, mas, nem sempre têm o mesmo significado e extensão, mesmo porque a noção de omissão não coincide com a de inação. A omissão estatal, por exemplo, pode advir da inércia na

⁴ LISA, Frederico José. El silencio de La administración em el procedimiento administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, vol. 11, n. 44, p. 41-58, abr./jun. 2011. p. 44-45.

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 120-121.

defesa de direitos, no atendimento de seus deveres e obrigações, do não cumprimento de tarefas que lhe são impostas pela Constituição. “Deste modo, omitir ‘não é só um não atuar, mas um ‘não atuar como se espera’ [...] Só se omite algo em um contexto em que é relevante uma situação determinada”⁶.

A omissão significa não fazer algo que se pode ou deve fazer, revela uma projeção da vontade, inclusive no que tange à possibilidade de reparação de dano, já, no silêncio, isto não se identifica. Tanto um como o outro são a não exteriorização de uma manifestação da vontade, mas, enquanto a omissão pode ser valorada juridicamente, o silêncio é o nada.

No mundo natural pode ser considerado como uma forma de comportamento, já, juridicamente, não revela nenhuma negação ou aceitação.

Em regra, o silêncio não tem valor jurídico, todavia, pode comportar exceções, na medida em que pode ter o sentido reconhecido pela lei e, também, vir a ser convencionado pelas partes em um contrato, quando, pode ganhar relevância jurídica e produzir efeitos nesta seara, vale dizer: para que tenha valor jurídico é necessário que a lei lhe atribua sentido ou que as partes o estabeleçam em contrato.

A Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece que o desrespeito às suas normas tanto podem advir de uma ação estatal que esteja em desacordo com aquilo que dispõe como, também, quando para ser efetiva, o Poder Público não age e não cumpre o que lhe é constitucionalmente imposto.

“Desse *non facere* ou *não praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”⁷.

Embora a realização dos fins e objetivos da Constituição dependa da luta política, o seu não cumprimento é um comportamento em desacordo com o que determina e para a caracterização de uma omissão, deve ser geral, mas relacionada com uma norma individualizada, isto é, o resultado da violação de um determinado preceito, o qual não deixa de ser exequível em virtude de uma omissão do Poder Público.

É preciso registrar que não se identificam como omissão as determinações dirigidas a deixar de fazer algo a que o Poder Público pode estar obrigado, pois, só será assim considerada, quando lhe falte exteriorização formal de vontade ou a manifestação não possua capacidade para exteriorizá-la.

O silêncio, mesmo nas hipóteses de previsão legal ou convencional, quando assume uma forma de exteriorização de vontade, continua a ser nada, pois dele não se extraem efeitos jurídicos.

⁶ SILVA, Carlos Báez. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad em México. **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, vol. 35, n. 105, p. 741-796, sep./dic. 2002. p. 755-756.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Formas de controle de constitucionalidade e tipos de inconstitucionalidade. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012. p. 786-787.

Cabral de Moncada considera que apesar de logicamente ser considerado como nada, em hipóteses excepcionais, admitidas na lei ou no contrato, pode ter valor positivo e interessar e ter consequências jurídicas. Quando a lei lhe confere valor jurídico, este ainda não traduz manifestação de vontade psicológica, mas, é a própria lei que confere efeito jurídico ao silêncio. “Não são esses casos – digamos em outras palavras – casos de silêncio propriamente dito, como meio indirecto e tácito de manifestação da vontade, mas sim casos ou de manifestação expressa, ou duma simples presunção legal, suprimindo a falta de manifestação psicológica e criando, antes, em seu lugar, uma fictícia vontade jurídica”⁸.

O silêncio surge da ausência de uma decisão, de uma concessão, de uma resposta às solicitações, pedidos, reclamações e é possível explicitar esta diferença, ou seja, quando o Estado deixa de vacinar a população para prevenir a gripe A, se identifica uma inatividade ou inércia material, isto é uma omissão. Porém, quando existe um silêncio, uma inércia formal, o Poder Público não atende a um pedido da Diretora de uma determinada escola para vacinar os seus alunos.

Fala-se, então, em efeitos tácitos e implícitos e em procedimentos negativos. O Direito admite, ao lado das declarações expressas, isto é, daquelas que manifestam de modo claro e formal uma vontade, as declarações tácitas, ou seja, as que por si só não exteriorizam uma vontade, mas que permitem presumi-las.

Conforme Renato Alessi esta constatação não coincide com a diferença que se estabelece entre as declarações explícitas e implícitas, pois, em que pese às explícitas serem sempre expressas, não é menos correto admitir declarações implícitas expressas, ou seja, quando deduzidas implicitamente de outras declarações expressas.⁹

Alessi considera no que concerne às omissões, que é necessário indicar que dela estão excluídas as determinações volitivas dirigidas a omitir algo à que a Administração possa estar, de alguma forma, obrigada, e constituam o conteúdo de uma expressa decisão formal.¹⁰

Tratam-se de manifestações tácitas de determinações volitivas, quando, não existindo a necessidade de uma declaração expressa, possuem pleno e inequívoco reconhecimento exterior, de modo a que se presuma a vontade do agente, nesta ou naquela direção.

Portanto se o silêncio, em alguns momentos, é indiferente para o direito, em outros pode consistir no cumprimento de uma norma e mais, em uma infração ao ordenamento jurídico.

2. A idéia do silêncio na Constituição Federal de 1988

Nossa Lei Fundamental, em diversos momentos, confere sentido ao silêncio, porém, nem sempre com o mesmo significado. É com este interesse, mas sem pretender ser exaustiva, que se registra alguma das suas hipóteses.

⁸ MONCADA, Luis Cabral de. **Lições de direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p.565.

⁹ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. t. I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970. p. 256.

¹⁰ ALESSI, Renato. *Idem*. p. 257.

(a) O artigo 5º, ao declarar um rol de direitos e garantias fundamentais, prevê, por exemplo:

(a.i) Inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”;

(a.ii) Inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado”.

(a.i) A previsão contida no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal, constitui um dos princípios que vem dar conteúdo ao direito à segurança das pessoas contra o arbítrio que pode advir do silêncio do legislador, na medida em que exige a observância do princípio da reserva legal, isto é, para que uma ação humana possa caracterizar crime, há de corresponder a uma conduta tida como lesiva a um bem jurídico, descrita tipicamente em lei anterior e definida como fato típico de uma infração penal, antes de sua ocorrência concreta.

Não se admite que, lei *post facto*, possa ser aplicada antes da sua existência. O silêncio legal não autoriza o reconhecimento de uma infração penal, antes de criada pelo Congresso Nacional, segundo procedimento constitucionalmente estabelecido.¹¹

Do mesmo modo, “não há pena sem prévia cominação legal”, o que significa dizer que a atribuição da pena não pode sobrevir do silêncio legal, mas de um fato definido como delituoso pela lei penal.

(a.ii) O inciso LXIII, do artigo 5º da Constituição Federal ao prever o direito de ficar calado, inclusive diante do juiz, considera que o silêncio do preso, do réu, é direito e garantia individual, integra o direito à ampla defesa, porque ninguém pode ser obrigado, por uma habilidade técnica, a falar, na medida em que suas palavras poderão ser utilizadas contra ele e em favor de sua condenação.

Neste caso, o silêncio não pode ser mal-compreendido pela sociedade, pelo senso jurídico comum. Não pode ser entendido como um consentimento, para significar que quem cala consente, nem, tão pouco, como a pretensão de esconder algum conhecimento que lhe implique culpa. O direito processual brasileiro garante a presunção de inocência e o direito à ampla defesa, portanto, quando o réu invoca o direito de permanecer calado, não se pode presumir uma confissão tácita

Na hipótese o silêncio deve ser compreendido como o que não é passível de ser traduzido pela linguagem e não como uma confissão de culpa ou um indício de prova. Quando o acusado silencia a respeito de fatos, se nega a produzir provas contra si e se vale do direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, está exercendo sua autodefesa, assegurada constitucionalmente. Portanto, o exercício do direito ao silêncio não pode ser interpretado em desfavor do acusado ou indiciado, com o sentido de uma confissão, mas, como autêntica invocação do princípio da presunção da inocência.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 138.

O direito a ficar calado consiste em um meio de defesa do cidadão. Garante-se a defesa e, em seu bojo, o direito ao silêncio frente à possibilidade de abuso de poder por parte do Poder Público.

(b) O artigo 62, parágrafo 3º da Constituição Federal, reza que as medidas provisórias perderão eficácia, desde sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. Porém, reza o parágrafo 11, do citado artigo 62, que se não editado o decreto legislativo, até sessenta dias após a rejeição ou perda da eficácia da medida provisória, as relações constituídas durante sua vigência conservar-se-ão por elas regidas.

A medida provisória é uma espécie normativa de natureza transitória, é este o sentido que se desprende da disciplina do artigo 62 da Constituição Federal. Expirado o prazo de sua vigência sem apreciação pelo Congresso Nacional, perde, por decurso de prazo, sua eficácia do mesmo modo de quando por ele rejeitada, atingindo-a desde sua edição.

É esta, também, a opinião do Prof. Clèmerson Mérlin Clève, pois considera que “não ultimada a deliberação no prazo de cento e vinte dias, a medida perderá eficácia e a pauta da Casa Legislativa será retomada. O sobrestamento, em tese, não obriga a deliberação sobre a MP. Assim, consideramos que continua possível a perda de eficácia da medida provisória por decurso de prazo”¹².

Portanto, se aqui o silêncio do legislador têm o sentido de rejeição, de não aceitação da MP, de perda da sua eficácia, surge o problema concernente à disciplina das relações constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência, pois, nossa Lei Fundamental admite que o silêncio do Legislador, tem valor positivo, pois cristaliza a disciplina prevista na medida provisória e prevê que a deve continuar regendo.

Na mesma toada o art. 11, parágrafo 2, da Resolução 01/2002 do Congresso Nacional, determina: “Não editado o decreto legislativo até 60 (sessenta dias) após a rejeição ou perda de eficácia de Medida Provisória, as relações constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

(c) Por sua vez, o parágrafo 1º, do artigo 64 da Constituição Federal admite ao Presidente da República solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, mas, seu parágrafo 2º, determina que se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre sua proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. Neste caso, o silêncio do Legislador não terá sentido positivo ou negativo no que tange à aprovação ou não do projeto de iniciativa do Presidente da República com pedido de urgência, mas o sentido positivo de sobrestar todas as demais deliberações legislativas, até que se ultime a votação.

¹² CLÈVE, Clèmerson Mérlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217, nota 223.

(d) Como se sabe, a sanção significa a adesão, aquiescência do chefe do Poder Executivo ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo, contudo, a Constituição Federal admite que ela possa ser expressa ou tácita, isto é, será expressa se o Presidente emite o ato sancionatório, a *contrário* sensu será tácita, quando recebido o projeto para a sanção, o presidente silencia durante os 15 dias subseqüentes. O silêncio presidencial equivale a uma sanção e, com isto, o projeto se converte em lei.

O maior inconveniente dessa tal possibilidade, é a permissão para que o governo possa impor regras que, talvez, não viessem a ser aprovadas em deliberação normal.

A lei ordinária é o nosso ato legislativo típico e sua elaboração, no direito brasileiro um ato complexo, na medida em que pede a conjugação da vontade oriunda da participação do Legislativo e do Executivo, tendente a um mesmo fim, ou seja, aprovado o projeto de Lei pelo Parlamento, segue para o Executivo que deverá sancioná-lo ou vetá-lo, total ou parcialmente.

A sanção tácita, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “foi prevista em nosso direito para evitar o ‘engavetamento’ de projetos pelo Presidente. Transformou-se, todavia, em instrumento de covardia política, em modo de querer, fingindo não querer. Serve para sancionar aquilo que não se quer vetar, mas que não se tem coragem de aprovar publicamente, por temor à impopularidade”. Este comentário do autor foi proferido em 1968, no império da Constituição Federal de 1967, porém, não perdeu seu conteúdo, nem o valor positivo do silêncio presidencial no que tange ao aperfeiçoamento do projeto de lei já aprovado no Legislativo.¹³

(e) Vale registrar, no que tange ao silêncio constitucional, o que se considera como “silêncio eloqüente”.

Karl de Loewenstein anota a possibilidade de existirem lacunas na Constituição, as quais devem ser integradas para evitar um entorpecimento no processo político.

Reconhece que podem ser ocultas e descobertas. A lacuna é descoberta quando o constituinte foi consciente acerca da necessidade de uma regulação jurídico-constitucional, mas, por determinadas razões, omitiu em fazê-las. Por outro lado, a oculta é produzida quando, no momento de criar a Constituição, não existiu ou não foi possível prever a necessidade de regular normativamente uma situação determinada.¹⁴

O silêncio eloqüente é identificado na hipótese da lacuna descoberta, ou seja, quando o constituinte, consciente da necessidade de uma regulação, resolveu omiti-la, o que significa dizer que, efetivamente, pretendeu retirar do universo da norma constitucional a regulação da matéria. A partir desta consideração, se pode entender que Constituinte, no inciso I, alínea “a”, do artigo 102, quis retirar da Constituição Federal, a possibilidade de apreciação, em tese, da lei municipal frente ao seus disciplinamento, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 177.

¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl de. **Teoria de la Constitucion**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. p.170-171.

A Corte Constitucional brasileira considera que no silêncio eloqüente existe uma manifestação de vontade, por exclusão, vale dizer, se o citado artigo não previu que a inconstitucionalidade da lei municipal, em face da Constituição Federal, pode ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal, como parte de suas competências originárias, por via da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade, é porque, efetivamente, esta foi a sua intenção, levando em consideração o grande número de municípios existentes na Federação brasileira e a possibilidade do legislador municipal vir violar a Constituição Federal, o que acarretaria um grande número de processos a serem analisados e decididos pela Suprema Corte.

O Ministro Moreira Alves na condição de Relator o Recurso Extraordinário 130552/SP, ao interpretar o artigo 114 da Constituição Federal afirmou:

Distinção entre lacuna da lei e 'silêncio eloqüente' desta. Ao não se referir o art. 114, da Constituição, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção ou acordos coletivos, utilizou-se ele do silêncio eloqüente, pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar à lei ordinária estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente¹⁵.

Do mesmo modo, só para trazer alguns exemplos, o Supremo Tribunal Federal, também, se pronunciou sobre o silêncio eloqüente: no RE 130554/91-SP, 1ª. Turma, DJ 28.06.91, p. 8907; RE 137941/92-DF, 1ª. Turma, DJ 16.10.1992, p. 18045.

3. O silêncio da Administração Pública

A atividade administrativa encontra limite insuperável na lei e isto tanto no que diz respeito às finalidades a serem alcançadas, como aos meios e formas que deve seguir.

Renato Alessi afirma que a função da Administração vai além da mera execução da lei, pois, em determinadas situações, pode estabelecer as linhas gerais da atuação administrativa, sem precisar os detalhes de tal atividade, quando identifica o que chama de discricionariedade administrativa.¹⁶

O Estado, enquanto pessoa jurídica ideal e abstrata, não pode atuar senão por meio das pessoas física. Só estas podem lhe dar vida, ou seja, “ o ente público vive e atua por meio de pessoas físicas que se encontram a ele ligadas por uma especial relação”, tal ente é uma criação do direito e não um organismo natural com vida real e sua vontade e pensamento são a dos sujeitos físicos que o formam, de tal modo que podem ser a ele imputadas

¹⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RTJ 136-03. 1ª. Turma, unânime. **Rel. Ministro Moreira Alves**, Julgamento em 4/06/1991.p. 1240.

¹⁶ ALESSI, Renato. *Op. Cit.* p.13-14.

as manifestações expressas das pessoas físicas que o compõe, em razão de um fenômeno estritamente jurídico.¹⁷

Portanto, um órgão administrativo estatal, nada mais é do que um conjunto de individualidades físicas, investidas de funções estatais, ou seja, de autoridade para emitir uma manifestação de vontade que nada mais é do que um dever/poder dirigido a um fim determinado pelo direito. Este dever/poder não decorre de sua natureza puramente material, mas de um poder de natureza jurídica, dirigido à realização de um interesse público primário da Administração.¹⁸

Esta revelação pode advir de qualquer comportamento da autoridade administrativa, o qual pode ser negativo, tácito ou implícito, desde que, autorizado por lei, possa exteriorizar, de modo claro e preciso, a vontade da Administração. Isto porque, em um Estado de Direito, a inatividade administrativa material pode ser considerada como a falta de cumprimento de seus fins.

A Constituição Federal brasileira determina, no artigo 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e, ao estatuir os seus fundamentos, prevê, como uma das formas de respeito aos direitos e garantias fundamentais, a observância dos princípios da Administração Pública.

Conforme o caput de artigo 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 eficácia”.

Pelo princípio da legalidade a atuação de autoridade administrativa deve estar sempre de acordo com o direito, e isto, para agir ou não, conforme define.

Em que pese não haver na Constituição Federal de 1988 disciplina expressa sobre o silêncio da Administração, ao declarar os fundamentos do Estado Brasileiro, demonstra que o repele, que não o aceita, pois, depois de determinou: no inciso XXXIV, de seu artigo 5º: “são a todos assegurados independente do pagamento de taxas: a) o direito de petição ao Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”, disciplina, no inciso XXXIII, do mesmo artigo: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e ao Estado”.

Celso Antônio Bandeira de Mello registra que se a Constituição Federal consagra o direito de petição, presume a necessidade de resposta. “Logo, se o administrado tem o direito de que o Poder Público se pronuncie em relação a suas petições, a Administração tem o dever de fazê-lo. Se se omite, viola o Direito. Donde, o agente que silencia indevidamente

¹⁷ ALESSI, Renato. *Idem*. p. 75.

¹⁸ ALESSI, Renato. *Idem*. p. 81.

comporta-se com negligência, viola o dever funcional de ‘exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo’ (art. 116, I, da Lei 8.112, de 11/12/1990 – Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e de ‘observar as normas legais e regulamentares’ (inciso III do mesmo artigo), expondo-se às sanções administrativas permanentes”.

Do mesmo modo, alude ao artigo 48 da Lei 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”¹⁹.

Como se pode ver, os dispositivos constitucionais e legais determinam o universo de nosso estudo, ou seja, caracterizam que o não cumprimento do dever de atendimento pode, também, advir do aqui denominado “silêncio da Administração Pública”, o que ocorre, principalmente, pela falta de resposta a um requerimento ou pedido do particular, o que se identifica como uma inatividade formal.

Isto que parece tão simples, infelizmente não nos dá esta visão, porque, nem sempre a Administração se pronuncia quando deve fazê-lo, mesmo em face de uma provocação do administrado ou até para fins de controle de sua atuação.

Assim, o silêncio tem sido estudado como parte de formação da vontade administrativa, elemento essencial do ato administrativo e como instrumento processual, ao permitir entender o esgotamento desta via, para fundamentar uma petição judicial. Ademais é importante distinguir entre o que se considera como inatividade material e formal da Administração. A primeira caracteriza a omissão no cumprimento de suas competências gerais. A segunda surge do não cumprimento ou observância de um determinado procedimento administrativo, particularmente considerado.²⁰

Aqui não nos vão interessar os motivos que propiciaram o silêncio da Administração em face de uma imposição legal, pois, tanto faz que possua número insuficiente de servidores para atender à demanda, como que não estejam preparados tecnicamente para responder ou, ainda, se o pedido não vem a ser solucionado por vontade consciente do agente público. A realidade é que o administrado, alheio a estas circunstâncias, não obteve respostas e que tem o direito de não ser prejudicado pela falta de decisão ou pronunciamento, à sua demanda.

À luz do Direito brasileiro é dever da Administração e não há discricionariedade que autorize ao administrador se calar, silenciar, em face de uma dada pretensão que lhe foi submetida.

Os parâmetros do Estado Democrático do Direito implicam no submetimento da Administração ao ordenamento jurídico, o silêncio poderá importar em sanção por desídia e

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 419.

²⁰ ANDREAU, Mirta G. Sotelo de. **El silencio da La Administración**. Trabalho apresentado nas Jornadas Nacionales sobre Procedimiento Administrativo. Organizadas por La Universidad Austral Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de La Administracion, División Estudios Administrativos, 1998. p. 48-49.

responsabilidade do Estado pelos danos e prejuízos que acarretar ao administrado, com a devida de ação de regresso contra o agente, por dolo ou culpa. (art. 37, parágrafo 6, da CF).

Para evitar o vazio provocado pelo silêncio, o ordenamento jurídico pode até prever uma solução útil, para os casos em que a Administração permaneça silente e não responda à petição do administrado. É o que acontece quando substitui a vontade da Administração e reconhece, para sua inação, um efeito positivo ou negativo.

3.1 Ato ou fato administrativo

Guillermo Andres Muñoz pondera que os particulares só questionam decisões que lhes são desfavoráveis e que a partir de uma conveniente e cômoda linguagem, se equipara o silêncio com a denegação. Nesta toada, parte da doutrina passa a identificá-lo como um ato administrativo negativo.²¹

Ao prever o direito de petição, nossa Lei Fundamental exige que a Administração expresse, por escrito, em um prazo razoável, o porquê de seus atos, isto é, não basta que exista um motivo para atuar, é necessário que expresse sua motivação, sob pena de cerceamento de defesa do administrado, além de tornar impossível o controle de seus atos.

Para considerar um ato jurídico como ato administrativo, é preciso que contenha uma declaração ou manifestação de vontade do Estado, de quem esteja investido de prerrogativas estatais, que, por sua vez, produza efeitos de direito.

Ora, o silêncio nada diz, nada manifesta, nada declara, daí por que não permite identificá-lo como um ato jurídico. Tal inércia caracteriza um fato jurídico administrativo, que não tem sua natureza alterada pelo fato da lei lhe atribuir certo efeito jurídico.

É oportuno, mais uma vez, registrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello quando diz: “Não há ato sem extroversão”, vale dizer, se o efeito surge da lei, se é a consequência nela prevista, não existe extroversão administrativa, os agentes públicos não proferiram nenhuma manifestação própria de vontade, houve apenas o cumprimento da previsão legalmente imposta.

Pondera o Autor que o silêncio não tem forma, nem apresenta motivação, portanto, entendê-lo como ato desprovido de forma e motivação, frustra a garantia da segurança e certeza jurídica que cabe ao administrado, na medida em que lhe impede “saber as razões pelas quais a Administração se decide perante dado caso”²².

Do mesmo modo que o previsto no parágrafo único, do artigo 2, inciso VII, da Lei 9.874/99, o art. 50 determina que os atos administrativos deverão ser motivados com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que lhe deram azo, o que impõe aceitar que sua ausência conduz à invalidação do ato e do processo administrativo como um todo.

²¹ MUÑOZ, Guillermo Andres. **Silencio de La Administración y plazos de caducidad**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982. p. 26-27.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 419.

Porém, é preciso perguntar: e na hipótese da lei não determinar um prazo para atuação?

A Lei Federal 9784/99, Lei de Processo Administrativo Federal, disciplina, no artigo 49, o prazo para a Administração se pronunciar quando concluída a instrução do processo, isto é, 30 dias prorrogáveis, motivadamente, por mais 30. Porém, se não existir lei disciplinando a matéria, é preciso que seja observado um prazo razoável.

A Emenda Constitucional 45/2004 inseriu, como direito fundamental no inciso LXXVIII, do artigo 5 da Constituição Federal, o princípio da duração razoável do processo, ou seja, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração tramitação”. Nestes termos, a prestação intempestiva constitui verdadeira negação de justiça e desrespeito aos direitos fundamentais, previstos constitucionalmente.

Para Paulo Hoffman, “um processo adequado e justo deve demorar o tempo necessário para a sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade entre as partes, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização das provas úteis e eventuais imprevistos, fato comum a toda atividade”. Portanto, qualquer processo, judicial ou administrativo, que ultrapasse um dia da sua razoável duração, terá sido moroso e não observará o dispositivo constitucional, previsto no inciso LXXVIII, do art. 5 da Constituição Federal.²³

É possível aceitar que o prazo razoável para a manifestação da autoridade pública, em um processo administrativo, possa ser de até 120 dias, isto porque, o Mandado de Segurança, medida processual constitucionalmente prevista para proteção de direito líquido e certo do indivíduo, desde que não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, na hipótese do responsável pela ilegalidade ou abuso de poder ser autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, o prazo para sua propositura, conforme o artigo 18, da Lei 1.533, de 1951, será de cento e vinte dias, contados a partir do momento em que o silêncio se tornou apto a produzir lesões ao administrado, se outro não for o prazo legalmente estabelecido.

Sergio Ferraz e Adilson Dallari salientam que é “De lastimar, contudo, tenham sido até criados alguns mecanismos de contrariedade frontal à realização do propósito da duração razoável do processo. Nesse sentido, para exemplificar: a) nada se prevê, em termos de prosseguimento do processo, quando um parecer, embora obrigatório e de efeito vinculante, requerido a um órgão consultivo, na seja emitido (art. 42, parágrafo1); b) o mesmo praticamente ocorrerá se, reiterada e sucessivamente, diversos órgãos administrativos se esquivarem à produção de laudo técnico, requerido pela autoridade processante (art. 43); c) tampouco ousou o legislador enfrentar aberta e frontalmente a questão da consequência processual na hipótese de omissão do dever de decidir dentro dos prazos consignados no diploma (art. 49 e 59)”²⁴.

²³ HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 61-62.

²⁴ Os artigos referidos pelos autores pertencem à Lei 9.784/99. FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 41.

Vencido o prazo razoável ou aquele determinado por lei, abre-se o direito para propositura de um recurso hierárquico e, uma vez vencida sem resposta toda esfera administrativa, o prejudicado poderá ir ao Judiciário para obter, em caso de atividade legalmente vinculada, a resolução do pedido e, na hipótese de discricionariedade, a pronuncia para, a partir daí, encetar nova lide.

3.2 Efeitos possíveis do silêncio da administração pública

O Brasil não tem uma regra geral sobre os efeitos legais do silêncio administrativo, em alguns momentos a ele reconhece efeitos positivos, em outros efeitos negativos, porém, o art. 48 da Lei 9.874/99, impõe: “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”

Tanto um como o outro, efeito positivo ou negativo, podem ser providos por atribuição legal, quando, expressa ou implicitamente, a lei denega ou aprova o peticionado, o requerido ou solicitado, na hipótese de, decorrido o prazo para que a autoridade se pronuncie, esta permaneça em silêncio.

André Saddy pontua a forte carga processual do silêncio negativo, pois, tal efeito, será imprescindível para que possa se valer do recurso administrativo. “Apesar de importante para minimizar a insegurança jurídica, a atribuição de tal silêncio pode originar abusos por parte da Administração que, diante da situação em que se imponha a denegação do pedido, solicitação, reclamação, pode se sentir tentada a silenciar-se, forçando a produção de efeitos, subtraindo assim ao administrado o direito de resposta devidamente motivada”²⁵.

Ora, se existem casos onde é a própria lei que determina os efeitos do silêncio da Administração, em outros a lei é silente e o administrado ficará desamparado se a doutrina ou a jurisprudência não fixarem, a partir de uma interpretação jurídica sistemática, as consequências possíveis. Mas, se não há conhecimento sem linguagem, se o silêncio é o nada que impede uma compreensão, então não é possível, na falta de previsão legal que lhe conceda sentido, entendê-lo como uma negação ou aceitação do pedido.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que, neste caso, o prejudicado poderá formular, judicialmente, dois tipos de pedidos: 1- que seja suprida a manifestação administrativa e deferido o pedido, nas hipóteses em o ato omitido seja vinculado; 2- que seja determinado um prazo para que a Administração se manifeste, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, para hipótese do ato ser daqueles que têm conteúdo discricionário, embasado no direito do particular à uma manifestação motivada.²⁶

²⁵ SADDY, André. Efeitos Jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.20, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-20-outubro-2009-andre-saddy.pdf>>.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Op. Cit.* p. 420.

Mas, é preciso reconhecer que se, em determinadas hipóteses, os efeitos produzidos pela norma podem ser de natureza positiva ou negativa, em alguns momentos esta diferença não parece bem clara, em que pese não ser possível admitir efeitos, sem a devida previsão legislativa.

O Tribunal Regional Federal da 3ª. Região se pronunciou no sentido de que o silêncio da Administração só produz efeito quando assim expressamente determinar a lei. (REOMS – Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança , 189199. Proc. 199903990380792/SP, Sexta Turma, Rel. Des. Miguel Di Pierro. DJU 02/06/2006).

Não é possível ignorar que o admitir um efeito legal ao silêncio da Administração, propicia a segurança jurídica do administrado, mas, como não retrata nenhuma manifestação de vontade, a ausência de uma previsão legal que lhe reconheça efeitos positivos ou negativos, não propicia entendê-lo com o sentido de assentimento ou negação do pedido.

Entretanto, os efeitos do silêncio na hipótese em que não tenham sido legalmente autorizados, não podem ultrapassar os limites do requerido, isto é, a solicitação não deve permitir dúvida quanto ao que se pede, pois, os efeitos podem ser diferentes em razão do conteúdo do pedido, isto é, não pode ser a mesma a penalidade do silêncio que inviabiliza o exercício de um direito constitucionalmente previsto, daquele que se limita a garantir, ao interessado, informações sobre o andamento de um processo.

Estudando o silêncio da administração e registrando a tendência que o aceita em sentido negativo, o Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho defende que não pode implicar em aquiescência se o cidadão não possui direito subjetivo. Para ele é diferente quando existe e o ato administrativo só tem o condão de declará-lo.

Isto porque, como a Administração está sujeita ao princípio da legalidade, ao direito subjetivo corresponderá um ato administrativo vinculado e, nesta hipótese, o silêncio deve ter sentido positivo e implicar em concordância, na medida em que não há alternativa para o Poder Público, a não ser praticar o ato nos moldes da lei, sem a possibilidade de exame discricionário.²⁷

Paulo Hoffman ressalta que os efeitos do silêncio encontram problema no que tange a sua comprovação, já que a provocação do Judiciário exige demonstrar o interesse de agir e o administrado terá dificuldade de comprová-lo documentalmente. Não existe o ato que esgota a via administrativa, mas surge para o particular o interesse para demandar em juízo.²⁸

Tratando-se de efeitos, positivos ou negativos, do silêncio administrativo, é preciso ponderar, com base nos termos do artigo 53, da Lei 9.784/99, que a Administração pode, até que se produza o tempo ali determinado, invalidá-los por ilegalidade ou revogá-los por interesse público

²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 138.

²⁸ HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartir Latin, 2006. p. 61-62.

Segundo o citado artigo 53, “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de ilegalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Esta é uma garantia do Estado de Direito, “por sujeitar também aquele a quem compete o exercício das potestades estatais o respeito à lei”²⁹.

Existem atos administrativos discricionários e vinculados em face da lei, ou seja, se em alguns momentos não cabe, ao administrador, alternativa senão observar a lei, sem nenhuma margem de liberdade nela concedida, em outros, o próprio dispositivo legal confere e limita uma margem de liberdade.

O artigo 54, da Lei 9.874/99 disciplina que “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé”.

Não se vai analisar se o artigo 54 trata da prescrição ou decadência, mesmo porque ao considerar que a decadência se embasa no fato da perda do próprio direito e, por via oblíqua, da ação, a prescrição atinge o direito de agir e, indiretamente o próprio direito material.

Aqui é importante a diferença no que diz respeito a identificar o silêncio como ato ou fato administrativo, isto porque, se o silêncio nada diz, nada manifesta, nada declara, não permite sua identificação como um ato administrativo. Mas, *a contrário sensu*, tal inércia pode caracterizar um fato jurídico administrativo, isto é, simplesmente seus efeitos ocorrem e esta identificação não tem sua natureza alterada pelo fato da lei lhe atribuir determinada consequência. .

A partir do que se denomina de autotutela administrativa, cabe perguntar: os efeitos, positivos ou negativos, do silêncio estão sujeitos à possibilidade de revogação ou, nos termos dos artigos 53 e 54 da Lei 9.874/99, a Administração pode invalidar ou revogar os seus efeitos, como se estivesse frente a um ato efetivamente praticado.

A Administração tem a prerrogativa de revogar ou invalidar seus atos a qualquer momento, portanto, em regra, também poderá mudar o efeito negativo ou positivo de eventual silêncio..

No entanto, existem algumas situações jurídicas que não ensejam revogação, por exemplo: os atos que exauriram seus efeitos, os que derivam de situações vinculativas e os atos que já geraram direitos adquiridos.

É preciso ponderar que se as consequências jurídicas estão previstas, de modo vinculado, na lei, não cabe à Administração outra postura senão aceitar o que lhe é legalmente imposto. Já, no que tange à possível discricionariedade, quando a lei lhe autoriza margem de liberdade para escolher entre o agir e o silenciar e determinar qual o seu sentido, só se pode aceitar que possa revê-lo, a qualquer momento, antes de esgotado o prazo legal determinado

²⁹ FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo administrativo**: comentários à Lei n. 9.784/1999. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 175.

para agir, ou até que se esgote o razoavelmente determinado. Poderá, portanto, alterar o efeito do silêncio e até mesmo decidir ou responder para cumprir com o seu dever.

Isto não significa que não esteja sujeita aos limites previstos no artigo 54, da Lei 9.874/99, o que lhe impõe respeitar os direitos adquiridos e os efeitos favoráveis para os destinatários. É o caso previsto no art. 20, da Lei Estadual 2.869/97 e no art. 10, da Lei Estadual 2.752/97 do Estado do Rio de Janeiro, quando autorizam a prática da proposta que não tenha sido apreciada pelo órgão competente, até que o mesmo decida de outra forma, operando-se as compensações necessárias, no prazo que lhes for determinado.

Ressalte-se, ainda, o parágrafo 4º, do art. 150, da Lei Federal 5.172/66, quando prevê que o silêncio da Administração acarreta a impossibilidade do fisco rever os procedimentos efetuados pelo sujeito passivo da relação.

3.3 Controle jurisdicional do silêncio da Administração Pública

Não pode ser esquecido o inciso XXXV, do artigo 5, da Constituição Federal, quando garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ora, no Brasil vigora a jurisdição única, pois nossa atual Lei Fundamental não prevê o contencioso administrativo, ou seja, o ato administrativo pode ser controlado pelo Poder Judiciário, e sua decisão administrativa só será efetivamente definitiva, quando analisada pelo Judiciário, adquire a qualidade de transitado em julgado.

O silêncio positivo ou negativo da Administração pode ser apreciado judicialmente e o administrado não está obrigado a esgotar os recursos administrativos para, só então, recorrer a juízo. Poderá fazê-lo quando indeferido o pedido ou, no caso do silêncio administrativo, quando esgotado o prazo que a lei lhe impôs ou aquele razoável para a manifestação da Administração.

Nesta hipótese não haverá ingerência do Judiciário nos atos de órgão de outro Poder. A Súmula 429 do STF admite o uso genérico do Mandado de Segurança contra a omissão da autoridade, prevendo o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que seja impetrado junto ao juízo competente, nos termos em lei que o regula.

Conforme anotado no curso deste estudo, Celso Antônio Bandeira de Mello, depois de afirmar que decorrido o prazo, legal ou razoável, para a manifestação, o administrado poderá, demandar judicialmente, para: “a) que o juiz supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora postulado”, quando houver o direito do administrado ao que pediu, isto é, “se a Administração estava *vinculada quanto ao conteúdo do ato* e era obrigatório o deferimento da postulação”; b) para que o juiz fixe prazo para que a Administração se manifeste se ela dispunha de descrição, sob a cominação de multa diária, “pois o administrado fazia jus a um pronunciamento motivado”³⁰.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 420.

Observe-se que, havendo silêncio, a discricionariedade habilita o administrado a ir ao Judiciário, para, primeiramente, obter a pronuncia e a partir do resultado obtido, encetar nova lide judicial.

Mesmo com a participação do Judiciário, a tutela se traduz na responsabilidade do Estado, o que significa que em alguma medida mal não está sendo corrigido e que, ainda, paira a expectativa do administrado em face da obrigação da Administração atender o seu dever constitucional e legalmente imposto.

Em conformidade com os princípios previstos no caput do art. 37, da Constituição Federal, a atividade da Administração Pública necessita ser eficiente, ou seja, que cumpra a uma boa atuação, embasada no respeito aos direitos fundamentais e no atendimento do interesse público, o que representa uma barreira à ação dos Poderes Públicos, entendida como diretriz irrenunciável para o governo, para a ação administrativa.

Assim, não é possível compreender o silêncio da Administração e identificar o perigo que está imerso em seu universo, sem lembrar o Ministro Carlos Ayres Brito, que, como poeta, pondera: “Acho que o silêncio joga xadrez consigo próprio. E mesmo sem mover nenhuma peça. Apenas contemplando, contemplando. Ganha todas.”

4. Referências

- ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. t. I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970.
- ANDREAU, Mirta G. Sotelo de. **El silencio da La Administración**. Trabalho apresentado nas Jornadas Nacionales sobre Procedimiento Administrativo. Organizadas por La Universidad Austral Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de La Administracion, División Estudios Administrativos, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CLÈVE, Clèmerson Mérlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1968.
- FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo administrativo: comentários à Lei n. 9.784/1999**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- HARTMANN, Helen. **O silêncio do arguido no direito processual penal brasileiro**. Curitiba, 2010. 169. f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.
- HEIDEGGER, Martin. **El ser y El tiempo**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartir Latin, 2006.
- LISA, Frederico José. El silencio de La administración em el procedimiento administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, vol. 11, n. 44, p. 41-58, abr./jun. 2011.
- LOEWENSTEIN, Karl de. **Teoria de la Constitucion**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formas de controle de constitucionalidade e tipos de inconstitucionalidade. In: SARLET, Ingo; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONCADA, Luis Cabral de. **Lições de direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MUÑOZ, Guillermo Andres. **Silencio de La Administración y plazos de caducidad**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.

SADDY, André. Efeitos Jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.20, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-20-outubro-2009-andre-saddy.pdf>>.

SÁNCHEZ, Alberto M. **La palabra y La promesa**. (Série Biblioteca de Autores Sanjuaninos). San Juan (Argentina): Ateneo Cruz Del Sur, 1997.

SILVA, Carlos Báez. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad em México. **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, vol. 35, n. 105, p. 741-796, sep./dic. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O DIREITO HUMANO À COMUNICAÇÃO PRÉVIA E PORMENORIZADA DAS ACUSAÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: O DESPREZO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*

DANIEL WUNDER HACHEM**

ELOI PETHECHUST***

Sumário: 1. Introdução; 2. Os direitos humanos como elementos integrantes do bloco de constitucionalidade e a hierarquia dos tratados internacionais no Direito brasileiro; 3. A descrição prévia e pormenorizada das condutas do acusado no processo administrativo disciplinar como desdobramento dos direitos ao contraditório e à ampla defesa: entre o silêncio da Lei nº 8.112/90 e a previsão expressa do Pacto de San José da Costa Rica; 4. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o dever de especificação das condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar; 5. A aplicação das garantias do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica aos processos administrativos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 6. Conclusão: a necessidade de adequação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Administração Pública brasileira ao art. 8º, n.

* Versão atualizada do artigo de mesmo título originalmente publicado na **Revista de Direito Internacional**, Brasília, UniCeub, v. 12, n. 2, jul./dez. 2015.

** Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Diretor Acadêmico do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR (www.ninc.com.br). Vice-Líder do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Membro do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, da Asociación de Derecho Público del Mercosur e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado. Site: www.danielhachem.com

*** Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, bolsista da CAPES/PROSUP. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro dos grupos de pesquisa “Direito e Economia” e “Regulação Econômica e Atuação Empresarial” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro da Comissão dos Advogados Iniciantes da OAB/PR. Advogado.

2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, ao art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 7. Referências.

1. Introdução

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ)¹ consolidou nos últimos anos entendimento segundo o qual os atos administrativos de instauração dos processos administrativos disciplinares regidos pela Lei nº 8.112/90 não demandam uma descrição minudente e detalhada dos fatos imputados ao acusado.² Ou seja: de acordo com a posição atual pacificada pela Corte, baseada exclusivamente na interpretação da legislação nacional, o acusado em processos administrativos de cunho sancionador não precisa receber, antes do exercício do seu direito ao contraditório e à ampla defesa, uma comunicação prévia e pormenorizada das acusações que lhe são assacadas.

Tal posição contraria frontalmente as lições do homenageado desta obra, o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. De acordo com o autor:

*Faz-se imperiosa a individualização dos comportamentos tidos como ilícitos, para que cada acusado possa refutar diretamente as acusações que lhe forem dirigidas, bem como produzir as provas e contraprovas necessárias para destruir a credibilidade das alegações que lhe forem impingidas. Sem que haja essa especificação das condutas, torna-se impossível ao acusado identificar quais ações ou omissões suas foram consideradas como irregulares, obstaculizando-se assim o exercício do contraditório e fragilizando sobremaneira a sua defesa.*³

Na linha do que sustenta o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, a interpretação das normas legais não pode ser feita de forma isolada. Ela deve ser realizada de forma sistemática,⁴ levando em consideração também as previsões estabelecidas na Constituição e nos tratados internacionais. Entre os direitos e garantias albergados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, encontra-se textualmente previsto em seu art. 8º, n. 2, “b” o direito do acusado à *prévia e pormenorizada* descrição dos fatos relativos à acusação que lhe foi dirigida. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, tem proferido importantes decisões a respeito do conteúdo jurídico do mencionado direito e

¹ É importante observar que na organização judiciária brasileira o Superior Tribunal de Justiça possui como principal função (além de outras) a de uniformizar a jurisprudência dos tribunais brasileiros a respeito da interpretação das leis federais. Suas competências estão estabelecidas no art. 105 da Constituição Federal. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem como função primordial – além de outras incumbências – a guarda da Constituição, atuando como Corte Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade e como revisor das decisões de outros tribunais que ofendam a Constituição ou interpretem-na da forma inadequada. Suas atribuições estão definidas no art. 102 da Constituição Federal.

² Algumas das diversas decisões do Tribunal representativas desse posicionamento serão analisadas no tópico “4. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o dever de especificação das condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar”.

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 309.

⁴ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 4, n. 8, p. 13-35, 2002.

da sua incidência nos processos administrativos,⁵ as quais, em princípio, parecem estar em desacordo com o posicionamento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

O problema jurídico que surge, nessa conjuntura, é o seguinte: as “garantias judiciais” do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica (e entre elas o direito do art. 8º, n. 2, “b”) são aplicáveis também aos processos extrajudiciais, como é o caso dos processos administrativos sancionadores? Em caso positivo, a hierarquia de tais tratados, superior à da legislação ordinária, obriga a Administração Pública a respeitá-los mesmo nos casos em que a lei em sentido formal dispuser um procedimento que lhes seja contrário? Levando em conta tais considerações, não estaria o Superior Tribunal de Justiça supervalorizando a legislação ordinária nacional em detrimento de previsões mais protetivas inscritas em um tratado internacional de direitos humanos? Qual é a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do assunto e qual deve ser o seu impacto na jurisprudência dos Tribunais Superiores nacionais?

Em suma, a questão essencial por trás da discussão ora iniciada consiste na relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, seja no plano *normativo*, relativo aos impactos dos tratados sobre a legislação nacional, seja no plano *jurisprudencial*, referente à influência (ou ausência dela) das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as posições dos tribunais brasileiros.⁶

Nesse contexto, com o intuito de responder as indagações acima apresentadas, o presente artigo se propõe a investigar: (i) a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira; (ii) a compatibilidade das disposições normativas pertinentes ao processo administrativo disciplinar regido pela Lei nº 8.112/90 com o art. 8º, n. 2, “b” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (iii) o atual posicionamento do STJ quanto à necessidade de constar, no ato que inaugura o processo disciplinar, a minuciosa descrição dos fatos a serem apurados; (iv) a possibilidade de aplicação das garantias do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos aos processos administrativos (e não apenas aos processos judiciais); e, por fim, (v) questionar o entendimento exarado pelo STJ no que tange à (in)aplicabilidade do art. 8º, n. 2, “b” da Convenção Americana de Direitos Humanos aos processos administrativos, verificando se a jurisprudência do Tribunal se encontra ou não alinhada ao referido tratado internacional e ao entendimento manifestado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. Os direitos humanos como elementos integrantes do bloco de constitucionalidade e a hierarquia dos tratados internacionais no Direito brasileiro

A noção de *bloco de constitucionalidade* surge no Direito francês na década de 1970, em decisão do Conselho Constitucional que admitiu a normatividade do Preâmbulo da Constituição de 1958 e das demais fontes jurídicas às quais ele se reporta. Desde então,

⁵ A análise de tais decisões será empreendida no tópico “5. A aplicação das garantias do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica aos processos administrativos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

⁶ Sobre a atualidade dessa inter-relação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a jurisdição nacional, ver: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>.

as disposições de todos os documentos normativos referidos no Preâmbulo constitucional francês passaram a ser consideradas como normas integrantes da Constituição, tão juridicamente aplicáveis quanto as que efetivamente constam do seu corpo. A expressão “bloco de constitucionalidade”, no entanto, jamais foi empregada pela jurisprudência constitucional, tendo aparecido somente no meio doutrinário a partir de um trabalho de Louis Favoreu.⁷

O autor inspirou-se na locução “bloco de legalidade”, habitualmente utilizada no Direito Administrativo por autores como Maurice Hauriou para aludir ao plexo de normas que não decorriam da lei formal, mas que eram igualmente de observância obrigatória para a Administração Pública (tais como os regulamentos⁸ e os então chamados “princípios gerais do Direito”).⁹ A partir da doutrina de Maurice Hauriou, Louis Favoreu transportou a ideia de “bloco” para a seara constitucional e criou a expressão “*bloc de constitutionnalité*”, designando o grupo de normas que, juntamente com a Constituição positivada de um Estado, formam um bloco normativo de nível hierárquico constitucional.¹⁰

Na jurisprudência francesa, a existência de um “bloco de constitucionalidade” – ainda que sem referência a essa expressão – foi pela primeira vez reconhecida em 1971, em decisão do Conselho Constitucional, ao se admitir que no sistema jurídico francês o conjunto de normas composto pela Constituição de 1958, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios e direitos fundamentais reconhecidos pelas Leis da República compunham um bloco de princípios e regras que possuíam caráter normativo dotado de nível hierárquico constitucional. Na decisão, o Conselho francês reconheceu, com base no Preâmbulo da Constituição de 1958 e nas fontes jurídicas nele referidas, a liberdade de associação como um princípio fundamental presente nas Leis da República, possuindo, portanto, valor constitucional, ainda que não fosse um direito codificado no corpo da Constituição em vigor.

Atualmente, o termo “bloco de constitucionalidade” designa, no Direito francês, o conjunto de elementos normativos aos quais se reconhece hierarquia constitucional, ainda que não se encontrem formalmente escritos no texto da Constituição de 1958. Esse complexo de normas funciona como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis, exercido pelo Conselho Constitucional. Seus componentes são múltiplos e hodiernamente compreendem, além do próprio texto da Constituição de 1958 (inclusive seu Preâmbulo), o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

⁷ FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: **Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann**. Paris: Cujas, 1975. p. 33.

⁸ A respeito do tema, assim se manifestou Maurice Hauriou: “Se a violação de um regulamento orgânico enseja indenizações reparatórias de danos, se ela enseja nulidade de decisões administrativas ou reforma de julgamentos que aplicaram mal o regulamento, assim como se houvessem aplicado mal a lei, percebe-se que o regulamento orgânico penetra no *bloco da legalidade* por todas as vias que conduzem a isso. O regulamento orgânico se converteu, pela jurisprudência, um elemento da legalidade”. HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits**: publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 49.

⁹ FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45-68, ene./abr. 1990. p. 46-47.

¹⁰ FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45-68, ene./abr. 1990. p. 47.

de 1789, os ditos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”,¹¹ outros princípios e objetivos de valor constitucional identificados pelo *Conseil Constitutionnel*,¹² bem como a Carta do Meio-Ambiente incorporada ao Preâmbulo da Constituição vigente em 2005. Todas essas parcelas do bloco situam-se no mesmo patamar hierárquico-normativo – isto é: em nível constitucional – inexistindo relação de superioridade/inferioridade entre elas.

Essa ideia construída pioneiramente na França foi incorporada com sentido similar – ainda que adquirindo especificidades e contornos próprios – aos sistemas jurídicos de diversos Estados, tais como Espanha,¹³ Itália,¹⁴ México,¹⁵ Peru,¹⁶ Colômbia,¹⁷ Argentina,¹⁸

¹¹ VEDEL, Georges. La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité. In: CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence**: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France, 1989. p. 52.

¹² Mencione-se como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana, não inscrito no texto constitucional francês, mas guindado à condição de “princípio de valor constitucional” pelo *Conseil Constitutionnel* ao analisar as leis de bioética na decisão nº 94-343/344 DC de 27 de julho de 1994. Ampliar em: GIMENO-CABRERA, Véronique. **Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espagnol**. Paris: LGDJ, 2004.

¹³ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad**: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981; RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 27, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 9-38, sep./dic. 1989; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. **Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto**, vol. 54, nº 1, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 61-98, ene./jun. 2006; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Reflexiones en torno al concepto del bloque de la constitucionalidad. In: MORODO LEONCIO, Raúl; VEGA GARCÍA, Pedro de (Coords.). **Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú**. v. 4. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 2001. p. 2609-2622.

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 123.

¹⁵ ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del. De la supremacía constitucional a la supremacía de convencionalidad. La nueva conformación del bloque de constitucionalidad en México. **Quid Iuris**, año 8, vol. 22, Chihuahua, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, p. 93-118, sep./nov. 2013; DÍAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemí. El debido proceso en instrumentos internacionales y el nuevo bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. **Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia**, nº 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 167-194, jul./dic. 2012; MORALES MORALES, Alejandra Virginia. ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. **Revista Prolegómenos: Derechos y Valores de la Facultad de Derecho**, vol. 14, nº 27, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, p. 135-146, ene./jun. 2011.

¹⁶ HAKANSSON NIETO, Carlos. El reconocimiento judicial del bloque de constitucionalidad. Un estudio con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IV. México: UNAM/Marcial Pons, 2008. p. 763-780.

¹⁷ REINA GARCÍA, Óscar M. Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. **Revista Derecho del Estado**, nº 29, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 175-214, jul./dic. 2012; REY CANTOR, Ernesto. El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 4, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 299-334, jul./dic. 2006; OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 1, nº 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 231-242, ene./dic. 2005; RAMELLI, Alejandro. Sistema de fuentes de derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia. **Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, nº 11, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 157-175, jul./dic. 2004.

¹⁸ MANILI, Pablo Luis. **El bloque de constitucionalidad**: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino. Buenos Aires: La Ley, 2003; CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana. Impacto

Uruguai,¹⁹ Panamá,²⁰ República Dominicana,²¹ entre outros. Na América Latina, grande parte das Constituições aderiu às cláusulas constitucionais abertas, permitindo a “integração entre a ordem constitucional e internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade.”²²

No sistema normativo brasileiro vigente, a teoria do bloco de constitucionalidade foi incorporada pela via do §2º, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, no qual se estabelece que os direitos e garantias expressos na 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.”

Através da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi acrescido o §3º ao art. 5º da Constituição, o qual pode ser considerado uma norma interpretativa do disposto no §2º, ao estabelecer 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.” E isso porque o novo dispositivo surgiu com o objetivo de esclarecer qual seria o patamar hierárquico no qual se encontram situadas as normas veiculadas por tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A partir desses dispositivos constitucionais, pode-se afirmar que no sistema normativo pátrio os direitos e garantias fundamentais não se encontram apenas positivados textualmente no corpo da Constituição e no catálogo do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), sendo também assegurados em normas que decorrem do regime democrático e dos princípios constitucionais, bem como naquelas sediadas em tratados

del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común: La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 10, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 193-230, jul./dic. 2012; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 239-250, abr./jun. 2010. p. 241; CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010.

¹⁹ FORMENTO, Augusto, DELPIAZZO, José Miguel. Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. **Revista de Derecho**, nº 18, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 101-113, jul./dic. 2010; BARBAGELATA, Héctor-Hugo. La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. **Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales**, nº 237, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 141-155, ene./mar. 2010.

²⁰ HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nº 75, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 785-807, sep./dic. 1992.

²¹ REPÚBLICA DOMINICANA. El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso. Extracto de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana, 13 de noviembre de 2003. **Diálogo Jurisprudencial**, nº 3, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 27-50, jul./dic. 2007.

²² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 139.

internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário. Por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal, consideram-se direitos *materialmente* fundamentais: (i) os expressamente positivados na enumeração do Título II da CF; (ii) os implícitos e subentendidos nos enunciados normativos desse mesmo apartado da Constituição; (iii) os proclamados explicitamente em outras partes do texto constitucional que se assemelhem àqueles inscritos no rol do Título II em termos de conteúdo e importância; (iv) os previstos nos tratados internacionais de direitos humanos; (v) os que não estejam anunciados em texto normativo algum, mas que decorram dos princípios e do regime constitucionalmente adotados.

Portanto, a noção de bloco de constitucionalidade é evidentemente vigente na ordem jurídica nacional, eis que a própria Constituição de 1988 permitiu expressamente a entrada no plano constitucional de normas não inscritas expressamente em seu texto. Essa abertura da normatividade constitucional é amplamente reconhecida na doutrina nacional, como se denota nos trabalhos de Ana Maria D'Ávila Lopes²³, Celso Lafer²⁴, Flávia Piovesan²⁵, Ingo Wolfgang Sarlet²⁶, Valerio de Oliveira Mazzuoli,²⁷ dentre outros.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – em reiteradas decisões – atesta a existência, no Direito brasileiro, de um bloco normativo composto por preceitos que, embora sediados em outras fontes jurídicas que não o texto da Constituição, também integram o elenco de direitos constitucionalmente consagrados.²⁸

²³ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Seqüência: Publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, nº 59, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 43-60, jul./dez. 2009. p. 48-49.

²⁴ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005. p. 15 e ss.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 113 e ss.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2010. p. 78 e ss.

²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 694-695.

²⁸ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 595/ES, Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 18.02.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=595&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 514/PI. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 24.03.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=514&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4222 AgR/DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 01.08.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6631759>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91361. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.09.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87585. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 03.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

Resta evidente que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao sistema normativo nacional por meio do procedimento estabelecido no §3º do art. 5º da Constituição Federal – similar ao procedimento de aprovação de emendas constitucionais – gozam de hierarquia constitucional. Sobre esse ponto parece não haver qualquer dúvida ou controvérsia, diante da literalidade do citado dispositivo constitucional. Entretanto, não se pode dizer o mesmo em relação às normas de Direito Internacional que versem sobre direitos humanos e que foram incorporadas ao ordenamento pátrio antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 (que acrescentou o §3º ao art. 5º da CF) através do procedimento legislativo simplificado, não submetidos às regras do processo de internalização delimitadas pelo §3º do art. 5º da CF/88. Nestes casos, a doutrina e jurisprudência divergem.

Dentre as duas posições mais expressivas, de um lado encontram-se os que defendem que: *a)* os tratados internacionais de direitos humanos não incorporados pelos trâmites do §3º do art. 5º da CF são normas *materialmente* constitucionais, por força do art. 5º, §2º que já estava inserido na redação original da Constituição, possuindo o mesmo patamar hierárquico-normativo das demais normas constitucionais;²⁹ e, do outro lado, aqueles que sustentam que: *b)* as normas internacionais de direitos humanos incorporadas pelo Direito interno sem observância das peculiaridades procedimentais do §3º, do art. 5º, da CF possuem status infraconstitucional (encontram-se abaixo da Constituição), mas supralegal (estão acima da legislação ordinária).³⁰

Apesar do §3º do art. 5º da Constituição Federal ter gerado essas divergências interpretativas, o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) concluiu que: *a)* os tratados de direitos humanos aprovados nos termos do §3º do art. 5º da CF detêm hierarquia constitucional; *b)* os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento sem observar o rito fixado no §3º do art. 5º da CF situam-se em um patamar inferior à Constituição (infraconstitucional), não podendo alterá-la, mas superior às leis (supralegal), revogando as disposições legais que lhe forem contrárias ou incompatíveis. Assim se manifestou o STF, entendendo que “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.”³¹

²⁹ É a posição defendida por PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126-130.

³⁰ É o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 597.285. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 18.05.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=597285&classe=RE&codigoClasse=0&origem=-JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

Parte da doutrina, no entanto, defende posição diversa da Suprema Corte Federal. Sustentam tais autores, como é o caso de Flávia Piovesan, que todos os tratados de direitos humanos aos quais o Estado brasileiro aderiu, independentemente de terem observado ou não os trâmites legislativos descritos no art. 5º, §3º, da CF, desfrutam, por força do §2º do art. 5º da CF, de hierarquia de normas *materialmente* constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade, ao passo que os tratados de direitos humanos internalizados com base no trâmite do §3º de art. 5º da CF, além de serem *materialmente* também são *formalmente* constitucionais, fato que lhes atribui as prerrogativas inerentes às emendas constitucionais.³²

Assim, “enquanto os tratados *materialmente* constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia ‘(ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado)’, os tratados *material e formalmente* constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados”³³, pois equiparam-se às emendas à Constituição, que possuem processo legislativo mais rigoroso para alterações e impossibilidade de exclusão no caso de veicularem direitos fundamentais, já que esses são arrolados como cláusulas pétreas pelo texto constitucional brasileiro (art. 60, §4º, IV, CF).

Discordando-se da solução a que chegou a Suprema Corte brasileira, o presente estudo acolhe o entendimento manifestado por Flávia Piovesan de que ambas as espécies de tratados internacionais – os incorporados antes e os internalizados depois da EC nº 45/2004 – veiculam direitos considerados *materialmente* fundamentais, motivo pelo qual todos eles integram o chamado “bloco de constitucionalidade” e posicionam-se no mesmo patamar hierárquico das normas constitucionais.

Logo, conclui-se que, existindo conflito entre as normas internacionais de direitos humanos e qualquer disciplina normativa infraconstitucional, deve prevalecer a disposição estabelecida no ato normativo internacional. Esse entendimento se baseia não apenas na construção teórica tecida até o momento, mas também nos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda* no Direito Internacional,³⁴ no caráter *jus cogens* inerente a significativa parcela das normas previstas nos tratados de direitos humanos, bem como no que dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (“Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”).³⁵

³² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65-67; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2010. p. 129.

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

³⁴ Nesse sentido dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 1969 e ratificada pelo Brasil em 2009, em seu art. 26, que assim estabelece “*Pacta sunt servanda* - Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 122.

3. A descrição prévia e pormenorizada das condutas do acusado no processo administrativo disciplinar como desdobramento dos direitos ao contraditório e à ampla defesa: entre o silêncio da Lei nº 8.112/90 e a previsão expressa do Pacto de San José da Costa Rica

A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, dentre suas disposições normativas disciplina o processo para apuração de condutas ilícitas praticadas pelos servidores públicos no exercício de suas funções ou em razão delas.

A lei em questão estabelece em seu art. 143 que “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado *ampla defesa*”. Em ambos os casos, sindicância ou processo disciplinar, a instauração se dá por meio de portaria inaugural, ato que dá início ao processo de averiguação das denúncias.

Ocorre que a Lei nº 8.112/90 não estabelece quais requisitos devem estar presentes no instrumento inaugural. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 também não possui qualquer referência explícita nesse sentido, assegurando apenas em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Contudo, em ambos os casos, tanto o art. 143 da Lei nº 8.112/90 quanto a art. 5º, LV da CF asseguram ao servidor público o direito a uma “*ampla defesa*”, e, especificamente na Constituição, a norma refere-se a uma ampla defesa com “*todos os meios e recursos a ela inerentes*”. O art. 2º da Lei nº 9.784/99, que rege os processos administrativos no âmbito federal, também submete a Administração Pública aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 2º, *caput*) e ao dever de respeitar a “*garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio*” (art. 2º, parágrafo único, X).³⁶

O direito à *ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes* apresenta conteúdo jurídico bastante abrangente e possui uma série de desdobramentos, os quais encontram-se previstos explícita e implicitamente na Constituição, na legislação ordinária e em tratados internacionais de direitos humanos.³⁷ Exemplificativamente, pode-se citar alguns desses desdobramentos do direito de defesa: (i) o dever de individualização e

³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014. p. 113.

³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 39, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010. p. 36.

especificação das condutas no ato de instauração do processo; (ii) o caráter prévio da defesa³⁸; (iii) o direito de oferecer e produzir provas³⁹; (iv) o direito à autodefesa⁴⁰; (v) o direito à defesa técnica por advogado⁴¹; (vi) a concessão ao acusado do tempo adequado para a preparação da sua defesa.⁴²

Do rol apresentado verifica-se que nenhuma dessas especificações inerentes à ampla defesa consta de forma expressa, nesses exatos termos, no texto da Constituição. Contudo, podem ser deduzidas tacitamente do disposto na parte final do art. 5º, LV (“com todos os meios e recursos a ela inerentes”), mediante uma interpretação teleológica e sistemática da ordem constitucional, bem como, em alguns casos, por estarem explicitamente positivadas em convenções internacionais de direitos humanos incorporadas ao Direito brasileiro.⁴³

Alguns desses desdobramentos do direito de defesa foram contemplados textualmente no rol de direitos humanos consagrados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica. A Convenção Americana, formada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 1969, na cidade de San José da Costa Rica. O instrumento internacional foi ratificado pelo Brasil em 1992, sendo, desde então, parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro. Cabe acrescentar que o Brasil, ao aderir ao Pacto Internacional não subscreveu qualquer reserva em relação ao conteúdo do seu art. 8º.⁴⁴ Logo, seu conteúdo integral encontra-se vigente no Direito pátrio.

Dentre os direitos e garantias albergados pelo aludido tratado internacional, encontra-se expressamente descrito em seu art. 8º, n. 2, “b”, o direito do acusado à prévia e pormenorizada descrição dos fatos na acusação que lhe foi dirigida. Observe-se o que dispõe o mencionado dispositivo: “Art. 8º. (...) n. 2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) b) *comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*”.

³⁸ PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1216-1217.

³⁹ PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1220.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1219.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1221.

⁴² PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1218-1219.

⁴³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 309.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 174

Constata-se que o art. 8º, n. 2, “b” da Convenção especifica sem rodeios que toda pessoa possui, como garantia mínima, o direito de ser notificado/informado sobre os fatos da denúncia de forma *pormenorizada, detalhada, específica e prévia*. Não se trata, pois, de qualquer notificação: o tratado exige a descrição pormenorizada de qual ou quais condutas estão sendo imputadas ao agente, bem como o seu enquadramento legal.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos, no Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentenciado em 2005, ao interpretar o art. 8º, n. 2, “b” da Convenção Americana, entendeu que *“la descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan”*.⁴⁵

A descrição prévia e pormenorizada da natureza e da causa da acusação, bem como o seu respectivo enquadramento em um tipo infracional estabelecido em lei, permitem ao acusado defender-se com a precisão necessária, seja em relação ao marco fático apresentado ou à subsunção normativa da conduta. O conhecimento prévio e detalhado da acusação consiste em um pressuposto lógico do direito de defesa, afinal, ninguém pode defender-se de algo que não conhece.⁴⁶ Caso o acusado não tome conhecimento prévio dos fatos materiais e de sua classificação legal, não poderá inquirir testemunhas ou produzir provas documentais e periciais que robusteçam sua defesa, já que não saberá especificamente quais provas lhe serão úteis.

Nesse sentido, merece destaque a doutrina de Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono, ao assinalar que *“lo esencial es que quien se ve afectado por la actividad persecutoria del Estado conozca oportunamente el motivo, el significado y las posibles repercusiones de esa actividad, porque sólo así puede enfrentarla adecuadamente”*. E conclui o autor que *“sólo resulta posible preparar adecuadamente la defensa si se conoce la acusación”*.⁴⁷

Por fim, cabe ressaltar que o Pacto Internacional sobre Derechos Civiles e Políticos, também ratificado pelo Brasil em 1992, igualmente prevê em seu art. 14, item 3, letra “a”, o direito de todo acusado de ser informado de forma minuciosa dos motivos da acusação contra ele formulada. O dispositivo define que *“Toda persona acusada de un delito terá derecho, en plena igualdad, a, pelo menos, as seguintes garantías: a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos*

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005, pars. 67 e 68. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁴⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 183.

⁴⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 183.

motivos da acusação contra ela formulada”. A norma em questão reforça o disposto no art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José, demonstrando a preocupação no âmbito internacional de que sejam asseguradas garantias mínimas ao cidadão acusado de ter praticado uma infração.

À luz de tudo o que foi dito, infere-se que no processo administrativo disciplinar disposto na Lei nº 8.112/90 deve ser observado o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, com todos os desdobramentos que lhe são inerentes, entre eles a descrição prévia e pormenorizada das condutas do acusado, conforme prevê o art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁸ e o art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

4. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o dever de especificação das condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar

Conforme enfatizado no início do tópico antecedente, a Lei nº 8.112/90 prevê que a instauração da sindicância ou processo disciplinar se dá por meio de portaria inaugural, ato que dá início ao processo de averiguação das denúncias. No entanto, tal diploma legal não estabelece quais requisitos devem estar presentes no instrumento inaugural, indicando apenas que deve ser assegurado o direito à ampla defesa.

Diante do silêncio da Lei nº 8.112/90, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro interpretou que para a instauração dos processos administrativos disciplinares basta a descrição, em linhas gerais, das bases fáticas que dão suporte à denúncia, não sendo necessária sequer a indicação do embasamento jurídico que dá ensejo à acusação. Segundo o STJ, é dispensável inclusive a indicação do ilícito na portaria vestibular.⁴⁹

Cumprir lembrar que o processo administrativo disciplinar na esfera federal brasileira se desenvolve, nos termos da Lei nº 8.112/90, em três fases: (i) instauração; (ii) inquérito; e (iii) julgamento. A segunda fase – (ii) inquérito – compreende (ii.i) instrução; (ii.ii) defesa; (ii.iii) relatório (art. 151, II). Desse modo, se o acusado for esperar o final do inquérito para saber com precisão quais ilicitudes lhe estão sendo imputadas, jamais poderá inquirir testemunhas ou produzir provas documentais e periciais que robusteçam sua defesa, porque a oportunidade para fazê-lo já terá precluído. É mais do que evidente que o servidor só saberá quais provas lhe serão úteis quando tiver plena ciência do que está sendo acusado. De que adianta conhecer com detalhes a acusação que lhe está sendo

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Fermin Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005, pars. 67 y 68. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.361/MG. Rel. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 07.02.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1207937&num_registro=201202273227&data=20130219&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

assacada somente no indiciamento, se em tal momento já não é mais possível produzir novas provas? Mas para o STJ isso não interessa: vale mais a ordem das etapas fixada na lei do que a determinação do tratado de direitos humanos

O entendimento do Tribunal se baseia em uma interpretação equivocada dos dispositivos da Lei nº 8.112/90. Segundo o STJ, o art. 161 da Lei nº 8.112/90 institui que no momento do indiciamento será necessária a especificação dos fatos imputados ao servidor. Tal dispositivo prevê que “Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.”. A interpretação realizada considera que diante da previsão do art. 161, a especificação das peculiaridades fáticas não se faz necessária em momento anterior ao indiciamento, isto é, nem na portaria de instauração, muito menos nos momentos subsequentes, sendo imprescindível somente ao final do processo investigativo.

Ou seja: o entendimento da Corte é o de que somente após o encerramento da fase de instrução probatória – quando todas as testemunhas já tiverem sido ouvidas e todas as provas documentais e periciais já houverem sido produzidas – é que será necessária a confecção de um termo de indiciamento, indicando as condutas, o ilícito e o enquadramento legal que estão sendo imputados ao servidor acusado. Tal fato torna a leitura do STJ bastante conflitante com a garantia do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça conta com múltiplos e retirados julgados nesse sentido. Apenas para fins exemplificativos, cabe citar algumas decisões da Corte. No ano de 2010, por exemplo, no julgamento do Mandado de Segurança nº 13.518/DF, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, restou consignado no voto condutor do julgamento que “não se exige que a Portaria instauradora do Processo Disciplinar contenha a minuciosa descrição dos fatos que serão apurados pela Comissão Processante, exigível apenas quando do indiciamento do servidor”.⁵⁰

Em outra oportunidade, o STJ entendeu que apenas a indicação das condutas imputadas ao agente, sem descrição detalhada das condições materiais, natureza, causa e enquadramento jurídico das acusações, era suficiente para dar validade jurídica a portaria de instauração de processo administrativo. Assim restou consignado no aresto em questão: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que os atos administrativos de instauração dos processos administrativos disciplinares não

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13.518/DF. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 19.12.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846320&num_registro=200800875154&data=20081219&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015. Com idêntica argumentação: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.578/DF. Rel. Ministro Og Fernandes. Julgado em 25.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=961788&num_registro=200901609418&data=20100922&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun 2015.

demandam uma descrição minudente e detalhada, requerente somente a presença dos elementos necessários para o exercício regular da ampla defesa e do contraditório”.⁵¹

Sob essa mesma perspectiva, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento do Embargos de Declaração em sede de Recurso Especial nº 1096274/RJ, defendeu que a portaria inicial de instauração do processo administrativo disciplinar serve apenas para dar publicidade à constituição da Comissão Processante, nada além. De acordo com a Ministra, “considerando que a portaria inaugural do processo disciplinar tem o objetivo de conferir publicidade à constituição da Comissão Processante, apenas quando do indiciamento do servidor, posteriormente à fase instrutória do processo administrativo disciplinar, deve haver a descrição detalhada dos fatos”.⁵²

Nessa mesma esteira, o STJ em reiteradas decisões frisa que apenas referências genéricas aos fatos imputados ao servidor são suficientes para validar a portaria de instauração do processo disciplinar, pontuando que “a portaria de instauração do processo disciplinar que faz referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, deixando de expô-los minuciosamente, não enseja sua nulidade, tendo em vista que tal exigência deve ser observada apenas na fase de indiciamento, após a instrução”.⁵³

Ainda, em outro julgado sobre a matéria, o Tribunal endossou que na portaria inaugural não se faz necessário sequer constar a capitulação legal da conduta praticada pelo servidor. Sustentou-se no acórdão que “a jurisprudência do STJ está assentada em considerar que não é necessária a descrição minuciosa dos fatos, tampouco de eventual capitulação legal na portaria de instauração e, logo, sua ausência não viola a amplitude de defesa”.⁵⁴

Conforme se observa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é reiterada e pacífica sobre a matéria, o que se pode concluir pela enxurrada de julgados uníssonos sobre o tema: MS 15.786/DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 13.4.2011; MS 15.787/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 09.05.2012; MS 16.815/DF, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 11.04.2012; MS 9.201/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 08.09.2004; MS 16.192/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.361/MG. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 07.02.2013.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1096274/RJ. Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 25.09.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181577&num_registro=200802170819&data=20130205&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 23.775/PR. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 28.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1173623&num_registro=200700516360&data=20120906&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 35.208/DF. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 16.02.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1122970&num_registro=201101909232&data=20120227&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

10.04.2013; MS 17.472/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 13.06.2012; RMS 23.974/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01.06.2011; RMS 24.138/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 03.11.2009; MS 13.518/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19.12.2008; MS 12.369/DF, Rel. Ministro Feliz Fischer, julgado em 10.09.2007.

Essa posição do Superior Tribunal de Justiça é costumeiramente seguida pela Administração Pública brasileira no âmbito dos processos administrativos disciplinares na esfera federal. Pelo que se denota de tais decisões, a Administração Pública e os tribunais brasileiros insistem em ignorar solenemente o art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, o art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e – como se verá a seguir – a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5. A aplicação das garantias do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica aos processos administrativos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O texto do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica gerou muitas polêmicas em relação ao âmbito de abrangência do dispositivo. Isso porque sua própria redação previa que se tratavam de “garantias judiciais”. Nesse caso, uma interpretação literal do tratado poderia conduzir à equivocada conclusão de que a norma não se aplicaria a outras modalidades de processo, tal como o processo administrativo. Vale dizer, a hermenêutica da convenção poderia levar ao entendimento de que o elenco de garantias ali expressas incidiria apenas na esfera dos processos judiciais.⁵⁵

Entretanto, felizmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se manifestar sobre o alcance das garantias previstas no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em suas decisões restou firmado o posicionamento de que a proteção conferida pelo dispositivo deve ser aplicar a todas as relações jurídicas processuais, sejam ela judiciais ou administrativas, desde que o ato emanado do Estado possa afetar – criando ou restringindo – direitos e obrigações ao acusado.⁵⁶

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, sentença de 28 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁵⁶ Em recente julgado da Corte Interamericana restou resumido seu o posicionamento atual no seguinte trecho: “*El aspecto esencial de lo que contiene el artículo 8º, por ello, no reside, pues, en la naturaleza de la autoridad dentro del ordenamiento constitucional del país, sino en lo que el procedimiento busca determinar y resolver en cuanto a garantías a favor de la persona. Si el sentido de la norma es el de ofrecer ciertas garantías básicas en la determinación de derechos u obligaciones de la persona, parece claro que el aspecto medular y trascendente es éste, y no el de la naturaleza de la autoridad. Este parece ser, pues, el criterio central para establecer que es obligatorio atenderse a las exigencias del artículo 8º en lo que sea pertinente a espacios extrajudiciales. En otras palabras, es claro que la Convención tiene establecido que deben garantizarse los derechos de la persona tanto en las esferas no judiciales como en las judiciales teniendo en cuenta lo que sea aplicable a un procedimiento no judicial*”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, sentença de 13 de outubro

O primeiro argumento favorável a esse entendimento reside nos próprios antecedentes históricos da criação e formulação do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica. A redação da norma foi objeto de debates e discussões durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, a qual deu origem à Convenção Americana. Inicialmente, o dispositivo estendia seu alcance às obrigações cíveis. Após diversas sugestões dos membros integrantes da Comissão, o raio de alcance da redação da norma passou a englobar as obrigações cíveis, laborais e fiscais. Ocorre que, ainda assim, havia uma preocupação dos membros da Comissão com possíveis restrições do âmbito de incidência da norma. Por esse motivo, ao final foi proposta pelo representante do México a inserção, ao final do enunciado normativo, do termo “ou de qualquer outra natureza”.⁵⁷ Percebe-se que a preocupação dos redatores do Pacto foi sempre no sentido de ampliar ao máximo o campo de incidência da norma ora discutida. Logo, em uma interpretação histórica e teleológica, pode-se concluir que a intenção dos redatores foi a de que a abrangência da norma fosse a mais ampla possível, incluindo, nesse caso, os processos administrativos.

O segundo embasamento à posição defendida encontra arrimo na interpretação sistemática da Convenção Americana. Por meio de uma leitura harmônica dos art. 1º, 2º e 29 da Convenção Americana, considera-se que a intenção mínima – o piso – do art. 8º é assegurar garantias no âmbito judicial, porém sua esfera de incidência abrange todas as modalidades de processo. Essa interpretação se coaduna com o estabelecido no art. 29, c), da Convenção, ao prever que “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de; (...) c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo”. Dito de outro modo: a alusão a “garantias judiciais” não pode ser lida como exclusão da tutela de direitos dos cidadãos frente a outras modalidades de processos, tal como o processo no âmbito administrativo. Nesse sentido expressa-se a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁵⁸

Outro ponto favorável ao entendimento esposado reside na interpretação evolutiva do preceito. A abordagem evolutiva considera tanto o texto escrito da norma quanto a finalidade da sua criação. Nos primórdios da criação do Pacto o desafio americano era assegurar as garantias do art. 8º ao menos na arena judicial. Todavia, à medida que a Convenção passou a ser aplicada, percebeu-se que as práticas estatais questionáveis não

de 2011, par. 15. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁵⁷ A referência aos debates no momento de elaboração da redação do Pacto é feita por: GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 58, nota nº 92.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Guatemala*, sentença de 24 de janeiro de 1998, par. 96. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

provinham apenas de atividades judiciais, mas também de outras ações ou omissões no campo administrativo. Portanto, com o passar do tempo, vencido o desafio de aplicação das garantias do art. 8º no âmbito judicial, o próximo passo tornou-se ampliar seu alcance de proteção a todos os órgãos que desenvolvem funções públicas. É essa a posição acolhida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao entender que a norma do art. 8º do Pacto de San José não permanece estática e que a sua imperatividade jurídica, à luz de uma interpretação evolutiva, aplica-se a novos espaços de atuação estatal nos quais a sua proteção passa a ser requerida, sendo a Administração Pública um dos principais.⁵⁹

Nesse sentido, merece destaque o seguinte trecho da sentença do caso *Comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: “*En otras oportunidades, tanto este Tribunal, como la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*”.⁶⁰

Também cabe acrescentar, como mais um fundamento para a ampliação do espectro de incidência das garantias previstas no art. 8º da Convenção Americana, o princípio “*pro homine*”, também denominado de “*pro persona*”⁶¹. Esse postulado anuncia que sempre deve prevalecer a aplicação da norma mais benéfica à pessoa humana. Assim, deve o intérprete sempre buscar aplicar a norma que em cada caso resulte mais favorável e mais protetiva ao ser humano, à sua liberdade e aos seus direitos.⁶² Logo, compete aos tribunais

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentença de 8 de julho de 2004, par. 165. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015; CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, sentença de 31 de agosto de 2001, par. 146. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, sentença de 19 de novembro de 1999, par. 193. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso *Tyrer vs. The United Kingdom*, julgado em 25 de abril de 1978, par. 31. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57587>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentença de 17 de julho de 2005, par. 125. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁶¹ Segundo Flávia Piovesan, no sistema global de proteção dos direitos humanos pode-se encontrar tal princípio em várias convenções, tais como “art. 23 da Convenção sobre Eliminação da Discriminação contra Mulher, o art. 41 da Convenção sobre Direito da Criança, o art. 16, parágrafo 2º, da Convenção contra Tortura e o art. 4º, parágrafo 4º, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 172.

⁶² MUÑOZ (h), Ricardo Alberto. La tutela administrativa efectiva. **La Ley**, Tomo 2012-B, Buenos Aires, p. 1-6, mar. 2012. p. 5. Para uma leitura completa do tema ver: BIDART CAMPOS, Germán. Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio “pro homine”. In: BIDART CAMPOS, Germán; GIL DOMINGUEZ, Andrés (coord.). **El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2000. p. 11 e ss.

alargarem o campo de incidência do art. 8º do Pacto de San José para a esfera administrativa, uma vez que tal postura conduz a uma aplicação mais favorável e protetiva à pessoa.

Em suma, o que se conclui, nas palavras de Agustín Gordillo, é que *“en cualquier caso, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso. En ningún caso será legítimo prescindir de su observancia y cumplimiento”*.⁶³

Ainda, mostra-se inaplicável na situação em apreço a tese de convalidação dos atos administrativos nulos por meio de revisão judicial, segundo a qual os vícios relativos ao devido processo não justificam a anulação do processo administrativo pelo fato de que eles podem ser posteriormente corrigidos pelo Poder Judiciário. No caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que todos os atos que dão suporte à decisão estão integrados, guardando relação cronológica, lógica e teleológica, e que portanto, diante de um vício grave no processo administrativo, não se mostra possível convalidar a violação do direito em sede administrativa através do controle judicial. Vale dizer: o devido processo legal, quando não atendido na via administrativa, não pode simplesmente ser postergado para ser corrigido pela via judicial. Deve, de plano, o ato administrativo ser declarado nulo e repetidos todos os seus passos precedentes.⁶⁴ Por consequência, no Direito brasileiro o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF) não pode ser invocado para sustentar a validade do processo disciplinar maculado por não observar as diretrizes do art. 8º do Pacto de San José.

Por fim, é oportuno destacar que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos endossa em reiterados julgados o posicionamento aqui defendido. Acerca do entendimento da Corte, mostra-se pertinente o seguinte trecho da sentença do caso Ruch Ivcher Bronstein vs. Peru, cujo julgamento foi presidido pelo jurista Antônio A. Cançado

⁶³ GORDILLO, Agustín. **Procedimiento Administrativo**. 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. p. 43.

⁶⁴ Nesse sentido se posicionou a Corte Interamericana: *“Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquéllos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada.”* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentença de 30 de maio de 1999, par. 218. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015. Essa mesma postura pode ser observada no julgado do Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, no qual a Corte consignou que *“Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a Derecho.”* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentença de 17 de julho de 2005, par.125. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

Trindade: “*la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana*”.⁶⁵ No mesmo sentido, manifestou-se a Corte no caso Corte Constitucional vs. Peru.⁶⁶

Um dos casos paradigmáticos da jurisprudência da Corte Interamericana, por defender especificamente a extensão das garantias do art. 8º, n. 2, “b” da Convenção Americana ao processo administrativo sancionador, é o caso Baena Ricardo e Outros vs. Panamá (270 Trabajadores vs. Panamá).⁶⁷ Na oportunidade, a Corte afirmou que: “*Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [a] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*”.⁶⁸

À luz do exposto, conclui-se que as garantias do art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica incidem no âmbito dos processos administrativos,⁶⁹ pois o raio de alcance da norma compreende os atos emanados de qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, desde que o ato estatal imponha obrigações ou restrinja direitos dos cidadãos.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Ruch Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentença de 06 de fevereiro de 2001, par.104. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *The Constitutional Court vs. Perú*, sentença de 31 de janeiro de 2001, par. 69. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁶⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>. p. 109.

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, sentença de 28 de novembro de 2003, par. 124. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁶⁹ Posição defendida também por: ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 43.

6. Conclusão: a necessidade de adequação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Administração Pública brasileira ao art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, ao art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Conforme se viu anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, sem o menor constrangimento, consolidou uma avalanche de decisões que afirmam que “no ato que inaugura o processo disciplinar é desnecessária a minuciosa descrição dos fatos a serem apurados”.⁷⁰ Ou seja, entende a Corte que não é preciso, no ato de instauração do processo administrativo disciplinar, oferecer ao cidadão uma *comunicação prévia e pormenorizada* das acusações que lhe são dirigidas, sendo suficiente apenas indicar os membros da Comissão Processante e apontar acusações genéricas.

Essa posição do STJ, que é seguida pela Administração Pública brasileira, revela-se francamente contrária aos direitos humanos ao contraditório e à ampla defesa, e, portanto, claramente inconstitucional e inconvençãoal, uma vez que:

(i) ofende o art. 5º, LV da Constituição Federal, que assegura ao cidadão, nos processos administrativos, os direitos ao contraditório e à ampla defesa “*com todos os meios e recursos a ela inerentes*”, visto que no momento em que o acusado receber a comunicação com a descrição detalhada das condutas fáticas e do enquadramento legal da suposta infração cometida a fase de instrução probatória já terá ocorrido e ele não poderá mais produzir provas, elemento indispensável dos direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa;

(ii) infringe frontalmente o direito humano a uma “*comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*”, inscrito no art. 8º, n. 2, “b” da Convenção Americana de Direitos Humanos – diploma que, segundo o Supremo Tribunal Federal, desfruta de hierarquia suprallegal no ordenamento jurídico nacional⁷¹ e, portanto, se sobrepõe a qualquer previsão de leis ordinárias;

(iii) afronta o art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que assim como o Pacto de San José da Costa Rica estabelece como direito humano a garantia de “ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 29.595/MS. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 16.08.2012. DJe 27.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1170368&num_registro=200901006464&data=20120827&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada” e também goza de hierarquia supralegal no Direito brasileiro;

(iv) contraria diretamente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que em reiterados julgados consolidou o entendimento de que as “Garantias Judiciais” do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica – entre elas o direito à “*comunicación prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*” – se aplicam também aos processos administrativos (e não somente aos processos judiciais);

(v) por consequência da transgressão da Convenção Americana e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, agride também o art. 5º, §2º da Constituição Federal, segundo o qual os direitos previstos no texto constitucional não excluem outros, decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, ignorando a existência de um “bloco de constitucionalidade” que ultrapassa as previsões expressas do texto constitucional e vincula todos os Poderes Públicos à sua observância e cumprimento.

Para que haja verdadeiro *respeito* aos direitos humanos e fundamentais estabelecidos nos tratados internacionais e nos dispositivos constitucionais acima referidos, a Administração Pública brasileira encontra-se *proibida* de instaurar processos disciplinares sem *pormenorizar*, já no ato inaugural, as condutas supostamente ilícitas que estão sendo imputadas ao servidor público, sob pena de incorrer em violação de direitos humanos e acarretar responsabilização internacional do Estado brasileiro.⁷²

Ao ratificar tratados de direitos humanos, o Estado Brasileiro não está apenas assumindo uma obrigação com os demais Estados que se submeteram a essa ordem normativa, mas está também adotando um compromisso com os seus próprios cidadãos.⁷³ Logo, ignorar as convenções internacionais significa, em última análise, deslealdade com o próprio povo brasileiro e com os demais Estados signatários dos pactos.

O descumprimento da normativa internacional por parte da Administração Pública e dos juízes e tribunais brasileiros, enquanto partes integrantes do aparato do Estado, poderá implicar a responsabilização do Brasil no plano internacional. A respeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano e Outros vs. Chile* declarou que “*El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley*

⁷² Acerca do tema, ver: RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁷³ A esse respeito, segue trecho da opinião consultiva n.º OC-2/82 de 24 de setembro de 1982 da Corte Interamericana, denominada “*El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana (artículos 74 y 75)*”, que assim dispôs “*los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*” (par. 29).

violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana".⁷⁴

Ademais, ressalta-se que o compromisso do Brasil na esfera internacional não se submete apenas à aplicação mecânica dos dispositivos previstos nos pactos dos quais é signatário. Para além da letra fria das normas internacionais, o Estado tem a obrigação de aplicar a jurisprudência da Corte Interamericana, responsável pela interpretação em última instância da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁷⁵ O Poder Judiciário brasileiro está submetido ao império dos tratados internacionais internalizados pelo Estado e da jurisprudência que os interpretar (no caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos). Cabe à justiça brasileira *"tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"*.⁷⁶

Portanto, cabe aos juízes e tribunais brasileiros, bem como à Administração Pública, assegurar a implementação da normativa internacional de proteção dos direitos humanos no seu âmbito interno. Não apenas a incorporação, mas sobretudo a aplicação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos pelo Brasil constitui alta prioridade nos dias atuais. O próprio futuro da proteção internacional dos direitos humanos dependente em grande parte da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação desses direitos no âmbito interno dos países signatários.⁷⁷

A Constituição de 1988 representa um marco no tocante à concretização dos direitos humanos, pois promove uma abertura à conjugação do Direito interno e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, permitindo a entrada na ordem constitucional, com paridade hierárquica, das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, formando o chamado "bloco de constitucionalidade". Cabe agora aos operadores do Direito incorporar os novos valores constitucionais, propagando essa nova ordem em todas as

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 25 de jun. 2015.

⁷⁵ SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>. p. 31.

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, julgado em 20 de novembro de 2007, par. 78. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun 2015.

⁷⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 46, v. 182, p. 27-84, jul./dez. 1993.

esferas estatais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciárias, impedindo que se perpetuem os antigos valores do regime autoritário.⁷⁸

Pelo exposto, conclui-se que faz-se necessário, em caráter emergencial, a adequação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Administração Pública brasileira (i) ao teor do disposto no art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica; (ii) ao conteúdo do art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e (iii) à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo a aplicar as garantias mínimas expressas nos referidos dispositivos aos processos administrativos disciplinares que tramitam sob o regime da Lei nº 8.112/90, em especial o direito à descrição prévia e pormenorizada das condutas imputadas ao acusado.

7. Referências

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 39, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. **Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales**, nº 237, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 141-155, ene./mar. 2010.

BIDART CAMPOS, Germán. Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio “pro homine”. In: BIDART CAMPOS, Germán; GIL DOMINGUEZ, Andrés (coord.). **El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 23.775/PR. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 28.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1173623&num_registro=200700516360&data=20120906&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 29.595/MS. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 16.08.2012. DJe 27.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1170368&num_registro=200901006464&data=20120827&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1096274/RJ. Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 25.09.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181577&num_registro=200802170819&data=20130205&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13.518/DF. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 19.12.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846320&num_registro=200800875154&data=20081219&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº MS 14.578/DF. Rel. Ministro Og Fernandes. Julgado em 25.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=961788&num_registro=200901609418&data=20100922&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 35.208/DF. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 16.02.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1122970&num_registro=201101909232&data=20120227&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.361/MG. Rel. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 07.02.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1207937&num_registro=201202273227&data=20130219&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4222 Agr/DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 01.08.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6631759>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 514/Pl. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 24.03.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=514&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 595/ES , Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 18.02.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=595&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87585. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91361. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.09.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 03.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 597.285. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 18.05.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=597285&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 46, v. 182, p. 27-84, jul./dez. 1993.

CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010.

CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana. Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común: La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 10, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 193-230, jul./dic. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 25 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, sentença de 28 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, sentença de 13 de outubro de 2011, par. 15. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Blake vs. Guatemala*, sentença de 24 de janeiro de 1998, par. 96. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, julgado em 20 de novembro de 2007, par. 78. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentença de 30 de maio de 1999, par. 218. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentença de 17 de julho de 2005, par. 125. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, sentença de 31 de agosto de 2001, par. 146. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Fermin Ramirez vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junho de 2005, pars. 67 e 68. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentença de 8 de julho de 2004, par. 165. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentença de 19 de novembro de 1999, par. 193. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Ruch Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentença de 06 de fevereiro de 2001, par.104. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *The Constitutional Court vs. Perú*, sentença de 31 de janeiro de 2001, par. 69. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

DÍAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemi. El debido proceso en instrumentos internacionales y el nuevo bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. **Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia**, nº 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 167-194, jul./dic. 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso *Tyrer vs. The United Kingdom*, julgado em 25 de abril de 1978, par. 31. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57587>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: **Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann**. Paris: Cujas, 1975.

FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45-68, ene./abr. 1990.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad**: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 4, n. 8, p. 13-35, 2002.

FORMENTO, Augusto, DELPIAZZO, José Miguel. Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. **Revista de Derecho**, nº 18, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 101-113, jul./dic. 2010.

GIMENO-CABRERA, Véronique. **Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espagnol**. Paris: LGDJ, 2004.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. **Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto**, vol. 54, nº 1, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 61-98, ene./jun. 2006.

GORDILLO, Agustín. **Procedimiento Administrativo**. 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 239-250, abr./jun. 2010.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

HAKANSSON NIETO, Carlos. El reconocimiento judicial del bloque de constitucionalidad. Un estudio con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.) **La ciencia del derecho procesal constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IV. México: UNAM/Marcial Pons, 2008.

HAURIUO, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits**: publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.

HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nº 75, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 785-807, sep./dic. 1992.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Baerueri: Manole, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos derechos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba**, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e principios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Seqüência: Publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, nº 59, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 43-60, jul./dez. 2009.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Reflexiones en torno al concepto del bloque de la constitucionalidad. In: MORODO LEONCIO, Raúl; VEGA GARCÍA, Pedro de (Coords.). **Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú**. v. 4. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 2001.

MANILI, Pablo Luis. **El bloque de constitucionalidad**: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino. Buenos Aires: La Ley, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORALES MORALES, Alejandra Virginia; ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. **Revista Prolegómenos: Derechos y Valores de la Facultad de Derecho**, vol. 14, nº 27, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, p. 135-146, ene./jun. 2011.

MUÑOZ (h), Ricardo Alberto. La tutela administrativa efectiva. **La Ley**, Tomo 2012-B, Buenos Aires, p. 1-6, mar. 2012.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 1, nº 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 231-242, ene./dic. 2005.

PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMELLI, Alejandro. Sistema de fuentes de derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia. **Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, nº 11, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 157-175, jul./dic. 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REINA GARCÍA, Óscar M. Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. **Revista Derecho del Estado**, nº 29, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 175-214, jul./dic. 2012.

REPÚBLICA DOMINICANA. El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso. Extracto de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana, 13 de noviembre de 2003. **Diálogo Jurisprudencial**, nº 3, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 27-50, jul./dic. 2007.

REY CANTOR, Ernesto. El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 4, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 299-334, jul./dic. 2006.

ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del. De la supremacía constitucional a la supremacía de convencionalidad. La nueva conformación del bloque de constitucionalidad en México. **Quid iuris**, año 8, vol. 22, Chihuahua, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, p. 93-118, sep./nov. 2013.

RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 27, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 9-38, sep./dic. 1989.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legislante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2010.

VEDEL, Georges. La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité. In: CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence**: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988.

A PROCESSUALIZAÇÃO DA COMPETENCIA DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANA CLÁUDIA FINGER*

Sumário: 1. A configuração constitucional do processo administrativo; 2. O exercício constitucional do poder disciplinar da Administração Pública; 3. Elementos garantidores do devido processo legal no processo administrativo disciplinar; 4. Conclusões; 5. Referências.

1. A configuração constitucional do processo administrativo

A característica peculiar do Estado Democrático de Direito é a sua submissão a um quadro normativo impositivo para todos, isto é, Estado e indivíduos estão submissos aos parâmetros do princípio da legalidade.¹ Nestes termos, a atividade administrativa é uma atividade essencialmente infralegal, ou seja, a Administração Pública não pode agir sem autorização legal, pautando sempre a sua conduta nos estritos limites da previsão normativa.

A rápida e substancial ampliação da gama de serviços públicos, a complexidade da vida moderna e o extraordinário avanço científico ensejaram o agigantamento do Estado contemporâneo, caracterizado pela multiplicação das finalidades que lhe foram reconhecidas como próprias e pela intensificação dos seus poderes, havendo um significativo aumento da intervenção estatal na vida privada dos indivíduos.²

* Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito Contemporâneo pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora de Direito Administrativo do Curso de Graduação em Direito da Universidade Positivo, Professora do Curso de Pós-Graduação Direito Administrativo e Administração Pública da Universidade Positivo, Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito e Saúde da Universidade Positivo, do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, do Curso de Pós-Graduação em Processo Administrativo da Escola Superior de Polícia Civil do Paraná e Professora Colaboradora do Núcleo de Concursos da Universidade Federal do Paraná. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo e do Instituto dos Advogados do Paraná. Editora Acadêmica da Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C. Advogada militante na área de Direito Administrativo.

¹ Anota Romeu Felipe Bacellar Filho: “O Estado Democrático de Direito é aquele que é, a um só tempo, criador e súdito da norma.” Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

² SILVA, Almiro do Couto e. Os Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, vol. 9, n. 24, 1979. p. 17.

Nesse quadro político e constitucional, marcado pela tônica intervencionista do Estado, impõe-se a necessidade de instrumentos aptos a fazer frente à aplicação automática e mecânica de normas, sobretudo aquelas tendencialmente abertas, que oferecem espaço à discricionariedade administrativa. O processo administrativo aparece ligado à reafirmação de um conceito de legalidade-razionalidade-proporcionalidade, que acompanha o inteiro processo de determinação da premissa e dos objetivos concretos do agir administrativo,³ configurando um importante instrumento de equilíbrio entre as prerrogativas do Poder Público e a proteção dos particulares contra o arbítrio.

Isto significa que a proteção dos indivíduos não resulta apenas da prévia estipulação legal acerca dos fins a serem perseguidos pelo Estado, mas, especialmente, na prefixação dos meios, formas e condições para alcançá-los. Impõe-se, portanto, o respeito às formas pré-estabelecidas como requisito de legitimidade inerente à conduta administrativa.⁴

Vislumbra-se, assim, o processo como instrumento de democratização do poder. Cármen Lucia Antunes Rocha assevera que o processo é uma necessidade da civilização, na medida em que se revela um instrumento utilizado para a reivindicação e efetividade de direitos, indicando ao Homem que a justiça com as próprias mãos não precisa ser feita. E, nesse sentido, conclui a administrativista que o processo administrativo é, pois, uma garantia (e consequência) inafastável da Democracia.⁵

Daí reconhecer-se que o cidadão, no Estado de Direito, não está garantido apenas pela certeza de que a Administração Pública só pode agir segundo os fins previamente assinalados em lei, mas, sobretudo, pela segurança de que só poderá fazê-lo conforme os meios adremente estabelecidos.⁶

Esse também é o pensamento de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem:

a procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura,

³ O trinômio legalidade-razionalidade-proporcionalidade, formulado por Stefano Cognetti, é enfatizado por Romeu Felipe Bacellar Filho como instrumento necessário ao controle da ação administrativa, de modo a impedir uma aplicação irresponsável da lei. (Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 174-177).

⁴ Segundo Niklas Luhmann “quem tem o poder detém condições de motivar outros a adotar as suas decisões; deve-se partir da hipótese de que no processo se criem razões adicionais para aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder origina decisão e a torna legítima; visto desta forma o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução da complexidade com a ajuda da criação do poder legítimo de decisão.” (Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980. p. 27.)

⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997. p. 190.

⁶ Perceba-se a evidente imbricação do princípio da segurança jurídica, na medida em que, dentro dessas balizas, o princípio da legalidade oferece certa dose de previsibilidade aos atos estatais, de modo a evitar que o cidadão seja surpreendido pela intervenção do Estado na sua vida privada. Sobre essa relação entre legalidade e segurança jurídica. (Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Segurança Jurídica e as Alterações no Regime Jurídico do Servidor Público*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.)

*assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.*⁷

Reconhecidamente uma das formas de instrumentalização do exercício de poder pela Administração Pública, o processo administrativo implica o estabelecimento de “uma principiologia democrática informadora do processo sem o que tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio.”⁸ Também nessa direção apontam Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, assinalando que

*somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando e onde possa o administrado participar da feitura do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração Pública, com a mesma coorte de garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional.*⁹

É dentro desse contexto que surge a noção de processo administrativo: como contraface ao autoritarismo da Administração Pública. Com efeito, acostumada ao monopólio da decisão administrativa, a Administração Pública sempre se considerou senhora do processo administrativo, decidindo quando e como instaurá-lo, seu *iter*, sua publicidade, sua reserva e, também, quando decidi-lo. Com isso, o que se tinha eram verdadeiras arbitrariedades, seja pela não concessão de vista dos autos, seja pela inobservância de prazos (de um lado, excessivamente exíguos e, de outro, absurdamente longos, conforme a conveniência da Administração Pública), seja pela recusa frequente das repartições públicas em receber petições ou recursos, fazendo com que o particular sempre fosse obrigado a recorrer ao Poder Judiciário (via mais dificultosa), para fazer valer seus direitos.

O equilíbrio nas relações entre a Administração Pública e os particulares é buscado através da garantia da participação do indivíduo no circuito formativo das decisões que virão afetar a sua vida, pois, como bem pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, “a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do ‘modus procedendi’ da Administração.”¹⁰

Na medida em que constitui um meio pelo qual se garante a participação do cidadão no circuito formativo das decisões administrativas que irão afetá-lo, o processo administrativo é expediente de controle da vontade estatal, revelando-se, assim, um instrumento de defesa do cidadão perante as prerrogativas da Administração Pública. Com efeito, a

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997. p. 191-192.

⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-22.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

garantia da participação do indivíduo no circuito formativo das decisões estatais que virão afetá-lo possibilita controles mais eficazes do agir administrativo, estabelecendo limites entre as prerrogativas administrativas e o seu exercício arbitrário.¹¹

E o ponto de partida para a concepção do processo administrativo como um instrumento de defesa do cidadão perante as prerrogativas da Administração Pública (de um lado, apresenta-se como limite ao exercício dos poderes administrativos e, de outro, garantidor de direitos), é a Constituição Federal de 1988. Com efeito, estabelecendo um núcleo mínimo processual assentado na dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 revelou um Direito Administrativo muito diferente daquele que se preconizava até então: calcado nas premissas da unilateralidade, da imperatividade e da supremacia de um ‘interesse público’ ditado pela própria Administração Pública, vale dizer, pelo “governante de plantão”. A partir dela, seja pela previsão dos princípios constitucionais da Administração Pública como elementos de legitimação dos seus deveres-poderes¹², seja pela inserção do processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais, operou-se uma evolução para um Direito Administrativo marcado pela ascensão do cidadão como sujeito (não objeto) dos cuidados da Administração Pública e um Direito Administrativo funcionalizado para a concretização dos direitos fundamentais.¹³

Surge, assim, um Direito Administrativo assentado em novas premissas: (i) democratização do exercício da atividade administrativa mediante o asseguramento da participação dos cidadãos no processo decisório; (ii) deslocamento do eixo do ato administrativo para o procedimento, o que implica uma mitigação do exercício unilateral e autoritário do poder.¹⁴

Nessa ordem, a Constituição Federal de 1988 fez espargir, um núcleo mínimo processual comum, de modo que apenas dentro dessa principiologia é que o processo administrativo, concebido como uma das formas de instrumentalização do exercício de poder da Administração Pública, se presta a atingir o seu fim: a concretização de direitos.¹⁵

¹¹ Romeu Felipe Bacellar Filho que concebe processo administrativo como um importante instrumento de concordância prática entre as prerrogativas da Administração Pública e os direitos dos administrados utilizado para definir arsenais de controle mais eficazes, separando o que é discricionário do que é arbitrário. Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello entende as prerrogativas da Administração Pública como “deveres-poderes”. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹³ Como refere Romeu Felipe Bacellar Filho, inaugurando uma nova era do relacionamento entre a Administração Pública e os administrados, suplantando um Direito Administrativo marcado pelo viés autoritário, a Constituição Federal de 1988 se coloca “em sintonia com as expectativas da comunidade destinatária de seus comandos”. Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁴ FERRAZ, Luciano. Apontamentos sobre parcerias público-privadas. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, abr. 2005. p. 429.

¹⁵ É a lição que se extrai da obra *Processo Administrativo Disciplinar*, de Romeu Felipe Bacellar Filho, notadamente nos Capítulos 5, 6 e 7. BACELLAR Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Com a Constituição Federal de 1988, não só o processo judicial, mas também o processo administrativo foi elevado à categoria de direito fundamental. Direito fundamental não a qualquer processo, mas ao devido processo legal. Mas ao devido processo legal, que assegura o contraponto para o cidadão, frente ao exercício dos poderes da Administração Pública.

Consagrando uma concepção ampla de processualidade, já que não se resume à função jurisdicional, a Carta Magna estabelece que o devido processo legal compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores de direitos fundamentais quando lesados, ameaçados ou simplesmente questionados, tendo como desdobramentos: contraditório, ampla defesa, juízo objetivo, motivado e previamente identificado. Implica, assim, a observância de garantias formais e materiais, não apenas o cumprimento de normas jurídicas.¹⁶

Assim, a proteção dos indivíduos resulta não apenas da prévia estipulação legal dos fins a serem perseguidos pelo Estado, mas, especialmente, na pré-fixação dos meios, formas e condições para alcançá-los. É o estabelecimento do “como” atingir os fins estatais. É o controle “desde dentro”, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁷

O processo administrativo é, assim, uma garantia fundamental que se revela como instrumento seguro de prevenção ao arbítrio e à tirania, revelando-se um meio apto a controlar o iter da formação da vontade estatal. É, enfim, um instrumento de defesa dos cidadãos em face das prerrogativas estatais, mormente porque, inserido dentro de um núcleo mínimo processual comum de observância inarredável e obrigatória, o processo cumpre com sua função de evitar o arbítrio e assegurar a concretização de direitos.

Pode-se, assim, identificar um duplo objetivo do processo administrativo: a) garantia dos administrados: resguarda os cidadãos, através da possibilidade que lhes é assegurada, de manifestarem-se antes da decisão administrativa que irá afetá-los, trazendo um equilíbrio na relação de verticalidade que caracteriza as relações travadas com a Administração Pública; b) eficácia da atuação Administração Pública: concorre para uma decisão mais bem informada, coerente e responsável, enfim, para a melhor solução dos interesses públicos postos em jogo.

De fato, por intermédio do regular processo administrativo obtém-se, simultaneamente, a eficácia da atuação da Administração Pública e a garantia de direitos dos administrados.¹⁸

Assim, inserido dentro do núcleo processual comum que lhe é conferido pela Constituição Federal de 1988, o devido processo legal administrativo condiciona o exercício dos poderes a que se acha submetida a Administração Pública, impondo-se uma atuação

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁸ A respeito, Sérgio Ferraz leciona que “não há direito administrativo sem instrumentos de defesa do administrado perante a administração pública”. Cf. FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 165, p. 11-22, jul./set. 1986.

administrativa processualizada da sua competência disciplinar, sob pena de deslegitimá-lo e agir administrativo, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção de Estado Democrático de Direito.

2. O exercício constitucional do poder disciplinar da Administração Pública

A Administração Pública no desenvolvimento de seus elevados misteres tem o poder-dever de apurar as irregularidades relacionadas com o exercício de suas atividades, investigando todo e qualquer acontecimento que possa retratar uma conduta reprovável de seus agentes. Trata-se do exercício do poder disciplinar que, como adverte Odete Medauar, apresenta-se como “um dever”¹⁹ da autoridade administrativa de apurar e punir as condutas dos servidores públicos contrárias à realização das atividades funcionais.

Essa apuração consiste na averiguação do ilícito, na fixação dos limites da responsabilidade do agente que tenha praticado a irregularidade e, se for o caso, a imposição de sanção.

Entretanto, essa missão que a Administração Pública tem de apurar as falhas administrativas, não lhe impõe a obrigação de tentar achar um culpado e penalizá-lo, simplesmente para satisfazer os interesses de quem denuncia a falta ou, ainda, por perseguição e motivos de vendeta.

Através desse poder sancionatório, que somente será legítimo, se realizado num panorama onde restem asseguradas as garantias constitucionais do devido processo legal administrativo, a Administração Pública busca manter a ordem e a disciplina, punindo, dentro de limites juridicamente estabelecidos, o indivíduo que tiver praticado conduta reprovável.

Daí o dever do Estado de velar pela intangibilidade do direito de defesa, que é inviolável e de observância ampla e inarredável, notadamente nas situações em que se encontra em jogo a honra e a dignidade funcional do servidor público.

Reconhecendo o processo administrativo como um instrumento garantidor de direitos, notadamente no exercício das prerrogativas disciplinares da Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal já assentou:

É certo que o Estado, em tema de punições de índole disciplinar ou de caráter político-administrativo, não pode exercer sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade censória, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético jurídica de qualquer sanção punitiva imposta pelo Poder Público exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal, consoante adverte autorizado magistério doutrinário.²⁰

¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 365.

²⁰ STF, MS no 24458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.02.3003, DJU 21.02.2003.

Isso significa que a servidor algum pode ser aplicada sanção sem que lhe seja assegurado participar ativa e criticamente do processo administrativo em que a Administração Pública investigue a conduta funcional. Exige-se, portanto, como condição de legitimidade da decisão administrativa que concluir pela responsabilização – ou não – do servidor público, uma atuação processualizada, assegurando-se ao investigado as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal.

Nesse sentido, aliás, firme é a posição da doutrina e da jurisprudência pátrias, tendo o Supremo Tribunal Federal pacificado que a apuração de fatos reprováveis de servidores públicos deverá ser precedida do contraditório e da ampla defesa.²¹

Assim, a aplicação de qualquer sanção a servidor, seja estatutário ou empregado público, só pode ocorrer em virtude de procedimento administrativo-disciplinar em que lhe seja assegurada ampla defesa (CF, art. 41, § 1º). A inobservância do *due process of law* e o cerceamento do direito de defesa geram - pela extrema gravidade de que se reveste esse procedimento ilícito da Administração Pública - a nulidade do procedimento e, em consequência, do ato punitivo.

Trata-se, aqui, de prerrogativa constitucional destinada a resguardar, de um lado, o servidor que tem assegurado o direito fundamental ao processo administrativo em caso de acusação que sobre ele pese (artigo 5º, inciso LV, da CF), e, de outro, estabelecer limites ao poder conferido ao Estado na imposição de sanções administrativas.

Dada a configuração constitucional do processo administrativo (art. 5º, inc. LV), é de se concluir que a Constituição de 1988 não restringiu a acusação à esfera penal, protegendo o acusado não só perante o Estado-Juiz mas também perante o Estado-Administrador, pois, “da aceitação de que o processo representa instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais, resulta a formação de núcleo constitucional comum de processualidade ao lado do diferenciado”²², favorecendo “a aproximação entre processo administrativo e judicial, para que aquele aproveite a construção doutrinária processual fixada na concepção do processo como garantia constitucional.”²³

A processualização da atividade administrativa garante não apenas a previsibilidade das ações administrativas, assegurando que a Administração Pública seguirá um procedimento cujos atos são previamente normatizados, mas, especialmente, que esse procedimento será informado pelo contraditório e pela ampla defesa.²⁴

Fixadas as premissas da atuação processualizada da Administração Pública, verticalizando especificamente para o exercício do seu poder disciplinar, mais uma vez, da

²¹ Nesse sentido, vale conferir o voto do Min. Maurício Correa no MS 21.705/SC. (STF, Rel. Min. Maurício Correa, MS nº 21.705/SC, Pleno, DJ de 14.04.1999).

²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 53.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 54.

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 300.

valiosa lição de Bacellar Filho que, investigando a fundo o regime disciplinar do servidor público, alerta que:

Se um dos pilares do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, com a Constituição Federal de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Ao lado desses princípios figuram outros – de modo explícito – e não menos significativo: da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), do juiz natural (art. 5º, inc. LIII), do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV). Implicitamente extraem-se da Constituição os princípios da lealdade e da boa-fé, da segurança das relações jurídicas, da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros. (...)

A interpretação das leis brasileiras (...) não pode descurar de submeter-se ao vetor de nossa ordem constitucional (dignidade da pessoa humana) e nem à existência de um núcleo mínimo processual dela emanado, que se revela na plena submissão às garantias da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.²⁵

Nos processos administrativos disciplinares evidencia-se, de plano, uma desigualdade jurídica entre as partes. Nessas relações a Administração Pública é parte e julgadora ao mesmo tempo. Ela determina a apuração de fatos com vistas à responsabilização disciplinar do servidor público (acusa), conduz a fase probatória de ofício e julga.²⁶

Em razão disso, o reconhecimento da atuação processualizada da Administração Pública no exercício da sua competência disciplinar, a partir do núcleo constitucional comum de processualidade, notadamente as garantias do contraditório e da ampla defesa, implica uma garantia de atuação equilibrada entre as partes. Nesses termos, Administração Pública e servidor identificam-se como sujeitos processuais, portanto, dotados da capacidade de participar ativa e criticamente do processo, dentro de uma estrutura dialógica que permite ao servidor acusado, contrapor-se, com paridade de armas e em condições de exercer plenamente a ampla defesa de seus direitos, ao exercício da

²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 7, n. 30, p. 11-27, out./dez. 2007.

²⁶ Isto sem falar nas situações em que a autoridade administrativa no exercício da prerrogativa disciplinar, institui comissão disciplinar na grande maioria dos casos após a ocorrência do fato, em absoluto confronto com o princípio do juiz natural, também uma garantia decorrente do devido processo legal. Para Romeu Felipe Bacellar Filho, o princípio do Juiz Natural no processo administrativo disciplinar é instrumento que garante a plenitude do direito de defesa, especialmente para se evitarem desvios e abusos no exercício do poder punitivo da Administração Pública. Nessa linha de pensamento, adverte o administrativista que o princípio do juiz natural é uma garantia essencial e, portanto, de observância inarredável sob pena de se incorrer em desvios graves, quer no sentido de se atuar corporativamente, formalizando um simulacro de processo, a fim de se impedir que a investigação cumpra o seu objetivo, constituindo uma hipótese de não aplicação do Direito, quer no sentido oposto, atuando-se discriminatoriamente, para previamente imputar a alguém a prática de uma conduta, independentemente do que se venha a produzir como provas no processo, hipótese de total exclusão do Direito. Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 323-377.

competência disciplinar da Administração Pública, em observância ao conteúdo jurídico do devido processo legal.²⁷

3. Elementos garantidores do devido processo legal no processo administrativo disciplinar

Considerando-se que o devido processo legal condiciona e, assim, é fator de legitimação da competência punitiva da Administração Pública, impõe-se reconhecer que a responsabilização do servidor público, somente será legítima resultar de um processo administrativo crismado dessa garantia fundamental, sobranceiramente consagrada na Constituição Federal (art. 5º, incisos LIV e LV, CF).

Enfeixando um conjunto de noções que traduzem aquilo que é imparcial, reto e justo, o devido processo legal compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores de direitos tendo como desdobramentos o contraditório, a ampla defesa, um juízo objetivo, motivado e proporcional, especialmente tendo em conta o seu aspecto punitivo, conseqüentemente, restritivo de direitos.

Ressalte-se, todavia, que, os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias que não se limitam apenas à concessão de vista dos autos para apresentação de defesa. Ainda que se tratem de princípios que apresentem íntima relação, imbricando-se mutuamente, contraditório e ampla defesa têm conteúdos distintos. Enquanto o contraditório implica o estabelecimento de uma relação que se desenvolva numa estrutura dialógica, o que implica a bilateralidade, com asseguramento da participação ativa e crítica do servidor, a ampla defesa se identifica com a possibilidade de uma adequada e suficiente reação à pretensão que lhe é dirigida.

Nos processos administrativos disciplinares, as garantias do contraditório e da ampla defesa, como desdobramentos do devido processo legal, têm um conteúdo que não se resume à simples apresentação de defesa e produção de provas, tendo como desdobramentos: (i) o direito de audiência do acusado^{28,29}, (ii) o caráter prévio e técnico da defesa³⁰; (iii) o direito de solicitar a produção de provas e de vê-las realizadas, consideradas e sopesadas na decisão administrativa^{31,32}, (iv) a exigência de tipicidade administrativa³³

²⁷ Nesse sentido: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239-245.

²⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 294-295.

³⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 312-318.

³³ A doutrina brasileira chancela a incidência do princípio da tipicidade no direito administrativo punitivo, como desdobramento do princípio da legalidade e da segurança das relações jurídicas. Trata-se de um pressuposto inafastável para a legitimidade das sanções implicadas nas infrações administrativas, pois, a tipicidade atua não apenas como forma de limitação do exercício arbitrário das prerrogativas estatais, mas, também, como um mecanismo seguro

; (v) o direito à ciência adequada e oportuna de todos os atos processuais, notadamente aquele que desencadeia o processo administrativo disciplinar; (vi) a observância da proporcionalidade nas decisões administrativas e, por fim, (vii) o direito de recorrer e, especialmente, ver os seus argumentos devidamente enfrentados e sopesados na decisão.

Sem a pretensão de esgotar o tema, registre-se, desde logo, que o presente ensaio limitar-se-á a identificar a configuração do devido processo legal no exercício da competência disciplinar da Administração Pública especificamente (i) no tocante à exigência de motivação do ato instaurador dos processos administrativos disciplinares e (ii) quanto à proporcionalidade das sanções disciplinares.

A motivação é requisito de observância obrigatória e indispensável à perfeição e validade dos atos restritivos de direitos e daqueles que impõem sanções administrativas. É a justificativa do ato administrativo e um dever inescusável da autoridade que está obrigada a expor não apenas o dispositivo legal que fundamenta o ato, mas também os fatos e as circunstâncias sobre os quais se apoia.

Nesse sentido é a posição de Carmén Lúcia Antunes Rocha, para quem:

*a fundamentação do ato decisório emitido no processo há que ser suficiente, quer dizer, que ela seja clara e que o seu enunciado contenha os elementos que demonstrem a correlação lógico-jurídica necessária entre os fatos apurados e a decisão proferida. Remissão a lei ou a cláusula ou a dispositivo de norma jurídica sem a explicitação da relação lógico-normativa com os fatos que conduzem à aplicação não cumpre o princípio da motivação suficiente. Referência a lei não é motivação, menos ainda suficiente.*³⁴

de garantia de direitos, configurando, assim, um instrumento de concretização do devido processo legal. Nesse sentido: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012; OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2000. p. 10; MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais do Direito Administrativos Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 135; JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 621-622; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

³⁴ ANTUNES ROCHA, Carmén Lúcia. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 209, jul/set 1997, p. 189-222. Ainda nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que "a motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há a aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível a motivação detalhada (...) De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com o princípio da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fosse contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse de enunciar-las quando da prática do ato. É que se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodidamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões 'ad hoc', 'construir' motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes e ou se foram deveras sopesados à época em que se expediu o ato questionado. Assim, atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são

No âmbito do processo administrativo disciplinar, o princípio da motivação, como exigência do devido processo legal, tem estreita relação com o princípio da ampla defesa que, como já referido, não se apresenta apenas como singela garantia formal ou abstrata, mas como um dos aspectos da participação efetiva do servidor acusado, donde decorre a necessidade que ele tenha pleno conhecimento das razões que justificam a instauração do processo administrativa disciplinar, pois, somente assim poderá manifestar-se, concordando ou contrapondo-se a eles.

A propósito, advertindo que o requisito da motivação não é suprido pela simples invocação da cláusula do interesse público ou qualquer outra indicação de natureza genérica, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a imprescindibilidade de motivação, prévia ou contemporânea, explícita, clara e congruente, sobretudo em atos discricionários que neguem, afetem ou limitem direitos dos administrados no Mandado de Segurança nº 9.944/DF, de Relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, julgado em 25.05.2005.³⁵

Enfim, a motivação, como requisito de validade dos atos administrativos é exigência que se impõe, devendo ser expedida prévia ou contemporânea ao ato, exatamente para evitarem-se práticas secretas inspiradas por preferências pessoais e propósitos diversos daqueles exigidos pela finalidade pública³⁶.

Reconhecendo a importância da motivação dos atos administrativos, o legislador infraconstitucional consagrou minudentemente esse dever que incumbe à Administração Pública. A Lei nº 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, previu o dever expresso do Poder Público de expor as razões de fato e de direito que fundamentaram a edição do ato administrativo, em seu art. 50 e seguintes.

Pode-se dizer que o ato de instauração, tecnicamente, já corresponde a uma acusação, pois, ao determinar a necessidade de investigação através de processo disciplinar, a autoridade administrativa já está atestando que há responsabilidade a ser apurada gerando uma presunção do cometimento de falta administrativa. Dessa presunção do cometimento falta funcional decorrem, desde logo, consequências gravosas para o servidor acusado, que, em razão disso – afora o padecimento moral –, está impedido de ser promovido e/ou participar de processos de promoção, por merecimento, bem como pedir exoneração.³⁷

ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de sua impugnação em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.” (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. Ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112.)

³⁵ Informativo 248 do STJ.

³⁶ Esse é o entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça. (Cf. STJ, Ag. Reg. nos Emb. Decl. no ROMS nº 17.719/AC, Rel. Min. PAULO MEDINA, 6ª Turma do STJ, DJU de 12.06.2006).

³⁷ Nesse sentido, confira-se interessante decisão do egrégio TRF da 4ª Região que, nos autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 13.316-0-RS (DJU de 19.04.00), decidiu que “(...) O Judiciário pode analisar o cabimento da instauração, vez que daí já nasce uma situação de constrangimento para o servidor.”

Qualifica-se, como ato administrativo restritivo de direitos/interesses como estabelecido pelo artigo 50, inciso I da Lei nº 9.784/99³⁸.

Desse modo, em atenção ao conteúdo da garantia constitucional do devido processo legal e seus corolários, os princípios do contraditório e da ampla defesa, no exercício das suas prerrogativas (dever) disciplinares, ao determinar a abertura de um processo administrativo visando apurar irregularidades funcionais, à autoridade administrativa impõe-se o dever de expressamente externar os motivos de fato e de direito que justificam a apuração das irregularidades imputadas ao servidor público acusado, sob pena de vício insanável.

O ato instaurador diz respeito à primeira fase do processo disciplinar, mas vai além da mera formalização da designação da Comissão ou Autoridade Processante. Como ato inaugural, deve indicar os elementos necessários à identificação do funcionário acusado, a figura infracional caracterizada pelo comportamento descrito e individualizado e, por fim, a sanção, em tese cabível, em face da infração.

Nesse sentido, como já pontuado por Romeu Felipe Bacellar Filho,

*A portaria de instauração do processo administrativo disciplinar ou ato equivalente que lhe faça as vezes, deve indicar os elementos necessários à identificação do funcionário acusado (ou litigante), a figura infracional caracterizada pelo comportamento descrito, a sanção, em tese cabível, em face da infração. Em suma, não basta a referência genérica a irregularidades, nem a simples indicação de dispositivo legal que teria sido violado, porque ninguém pode defender-se de capitulação jurídica. Deve estar indicado um comportamento singular do servidor, identificável no tempo, espaço e na forma de concretização.*³⁹

A primeira exigência do contraditório diz respeito à informação através dos atos de comunicação processual: citação e intimação⁴⁰. É nesse momento que se dá à parte a oportunidade de conhecer as imputações que lhe são feitas e, diante disso, formular a defesa de seus direitos. Daí porque dizer-se que a citação está intimamente ligada ao contraditório, na medida em que viabiliza ao réu/acusado o conhecimento das acusações que lhe são imputadas e, assim, o exercício do seu direito de defesa desde o início, o que é fundamental para a instrução probatória a ser realizada.

E, assim, é curial observar que, para assegurar o contraditório, não basta a mera referência genérica a irregularidades, nem a simples indicação de dispositivo legal que teria sido violado. O comportamento singular do servidor, identificável no tempo, espaço e

³⁸ Art. 50: Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 257.

⁴⁰ Segundo Cândido Dinamarco, “processo sem citação é processo nulo; a citação irregular corresponde à citação inexistente e as intimações são indispensáveis a todo momento.” DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 19, dez. 81/dez.82. p. 31.

na forma de concretização deve estar devidamente delineado no ato instaurador do procedimento ou processo, pena de inquirar o feito, *ab initio*, de absoluta nulidade.

Isto porque a inexistência de motivação adequada e suficiente no ato que determina a instauração de um processo administrativo disciplinar nega à parte a oportunidade de conhecer as imputações que lhe são feitas e, diante disso, formular a defesa de seus direitos, submetendo-se à instrução probatória realizada pela Comissão Processante, em paridade de armas e “com todos os meios e recursos inerentes” ao exercício da sua “ampla defesa”⁴¹. Daí porque dizer que o ato em questão se liga intimamente ao contraditório, na medida em que viabiliza ao indiciado o conhecimento das acusações que lhe são imputadas.

Situações em que o ato instaurador limita-se a reproduzir o enquadramento realizado pela Comissão de Sindicância, sem identificar, no tempo e no espaço, a conduta do servidor acusado, tida como reprovável, que esteja a caracterizar falta funcional capitulada como ilícito administrativo, inviabiliza o exercício do direito de defesa do servidor acusado.

A ausência de motivação do ato instaurador contamina de nulidade todos os atos que dela decorrem, por afronta direta e inquestionável às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa estabelecidas no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal⁴², c/c o artigo 2º, inciso VII e o § 1º, do art. 50, da Lei nº 9.784/99⁴³.

Ao servidor, é cediço, não é dado defender-se de capitulação jurídica, mas sim de fatos que lhe são imputados, os quais devem estar devidamente compatibilizados com os dispositivos normativos que se considere infringidos. Por isso, a generalidade do auto instaurador do processo administrativo disciplinar, sem a necessária explicitação, pela autoridade administrativa competente, das razões de fato e de direito que a fundamentam, inviabiliza o direito de defesa do servidor acusado, caracterizando afronta ao princípio

⁴¹ Artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal.

⁴² Constituição Federal, Art. 5º: “(...) inciso LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴³ A Lei Federal de Processo Administrativo – Lei nº 9784/199 –, que disciplina a competência decisória da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, constitui, em verdade, um instrumento fundamental do Estado Democrático de Direito e da cidadania. Sobre o tema, Marçal Justen Filho assinala que: “A Lei de Processo Administrativo torna explícitos princípios cuja incidência deriva diretamente da própria Constituição. (...) Logo, os princípios constitucionais explicitados através da Lei 9.784/99 não podem deixar de ser respeitados pelos demais entes federais (...) por ser essa a única alternativa compatível com a Constituição.” (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 7. ed., São Paulo: Dialética, 2000, p. 91-92). Esta também é a posição firme de Romeu Felipe Bacellar Filho (Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 78-79). Tanto a doutrina quanto a jurisprudência são unânimes em reconhecer a aplicabilidade da Lei nº 9.784/99 a todos os entes federativos no exercício da função administrativa, notadamente os artigos 2º e 50, vez que se tratam de dispositivos que explicitam o conteúdo de princípios constitucionais que, concebidos como instrumentos de legitimação dos deveres-poderes da Administração Pública, hão de ser observados por todos os entes federativos.

constitucional do contraditório e da ampla defesa⁴⁴. Nesse sentido, oportuna é a lição da Prof. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, para quem:

*Determinada a instauração e já autuado o processo, é este encaminhado à comissão processante, que o instaura, por meio de portaria em que conste o nome dos servidores envolvidos, a infração de que são acusados, com descrição sucinta dos fatos e indicação dos dispositivos legais infringidos. (...) A portaria bem elaborada é essencial à legalidade do processo, pois equivale à denúncia do processo penal e, se não contiver dados suficientes, poderá prejudicar a defesa; é indispensável que ela contenha todos os elementos que permitam aos servidores conhecer os ilícitos de que são acusados.*⁴⁵

Isto significa que, ao ser cientificado/citado da instauração de processo administrativo disciplinar no qual figure na condição de acusado, para que possa exercer plena e suficientemente o seu direito de “ampla defesa”, ao servidor deve ser oportunizado o conhecimento dos fatos e os fundamentos que ensejaram a sua apuração, estabelecendo-se, desde o início, uma relação equilibrada entre as partes (Administração/Acusação e Servidor/Defesa), possibilitando-se, assim, em paridade de armas, ou seja, no ambiente do devido processo legal, o desenvolvimento da instrução probatória.

Só assim restará cumprido o conteúdo do princípio constitucional do contraditório que, como adverte Romeu Felipe Bacellar Filho “incide na fase de instauração do processo administrativos disciplinar e não somente na fase posterior – o impropriamente chamado ‘inquérito administrativo’.”⁴⁶

Conforme magistério de Mauro Roberto Gomes de Mattos,

*a peça acusatória deve conter a exposição de fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Sendo certo que essa narração, mesmo que não seja exaustiva, deve descrever com clareza e objetividade qual é o fato ilícito praticado pelo denunciado, como exigência do postulado constitucional que assegura ao mesmo o pleno e efetivo direito de defesa e do contraditório.*⁴⁷

Recentemente, o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgado da lavra do Excelentíssimo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz pronunciou-se sobre esse tema, decidindo que:

⁴⁴ Vale ressaltar o posicionamento clássico de Hely Lopes Meirelles sobre o tema: “O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente na qual se descrevam os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se, desde logo, a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado.” (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 601.)

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998. p. 415.

⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 257.

⁴⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2008. p. 263.

com fulcro na melhor doutrina e na jurisprudência: I) para resguardar a garantia insculpada no art. 5º, LV, da CF, que a portaria que instaurar o processo administrativo disciplinar deve conter todos os fatos pelos quais é investigado o servidor; II) na composição da Comissão de Sindicância não pode figurar servidor com posição hierárquica inferior a do sindicado; III) a instrução do processo administrativo disciplinar deve ser realizada no local onde está lotado o servidor; IV) e, finalmente, enfatizar a importância da ouvida do servidor no processo administrativo disciplinar, bem como a sua presença na inquirição das testemunhas, consoante assinalado pelo Mestre WALINE na lição antes transcrita.⁴⁸

Disso decorre que não é lícito que, apoiando-se em acusações genéricas, especialmente como ocorre com fatos que tenham notoriedade e ganhem grande repercussão social, o Poder Público instaure procedimento de caráter aberto, no afã de encontrar prova de uma pseudoconduta ilícita, olvidando-se de realizar a suficiente e necessária demonstração dos motivos que o ensejaram, iniciando uma verdadeira devassa na vida do agente público.⁴⁹

Em vista disso, em respeito ao mandamento da inviolabilidade da honra e da imagem do agente público e tendo em conta o devido processo legal, é certo que a Administração Pública somente poderá determinar a instauração de processo administrativo disciplinar quando exista – e seja por ela demonstrado – o fundamento razoável, ou seja, justo motivo. De fato, essa garantia da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas retira do administrador público a discricionariedade de instaurar procedimento disciplinar contra servidor público sem um mínimo indício ou plausibilidade de acusação, não se admitindo acusação genérica.

Diante do que se expôs até aqui, é certo que o processo administrativo disciplinar deve ser compreendido como uma garantia de direitos daquele a quem estiver sendo imputada uma determinada falta. Isto porque, é por intermédio da atuação processualizada da Administração Pública, com os instrumentos a ela inerentes, que se assegura ao servidor acusado de uma falta disciplinar, a oportunidade de se defender adequadamente da imputação que lhe é dirigida, compreendendo-se aí, todas as garantias do contraditório e da ampla defesa. É, pois, o ambiente adequado e idôneo para o exercício pleno do direito de defesa, daí a sua configuração como instrumento de garantia de direitos⁵⁰.

Em segundo lugar, tendo em conta que, como já referido, o devido processo legal condiciona o exercício dos poderes a que se acha submetida a Administração Pública,

⁴⁸ TRF-4ª, Região, AC 5006184-55.2012.404.7100, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 22.11.2012.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 553.

⁵⁰ É nessa linha de pensamento que Romeu Felipe Bacellar Filho assevera que o processo administrativo surge como um importante instrumento de concordância prática entre as prerrogativas da Administração Pública e os direitos dos administrados, utilizado para definir arsenais de controle mais eficazes, separando o que é discricionário do que é arbitrário. p. 169-181.

enfeixando um conjunto de noções que traduzem aquilo que é imparcial, reto e justo, pode-se identificar, também como um de seus elementos garantidores, o respeito à proporcionalidade de seus atos.

Condicionando o exercício das competências punitivas administrativas a partir da processualização da atividade administrativa (art. 5º, inciso LIV, CF), com seu escudo de garantias constitucionais que, juntamente com os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, tem-se o devido processo legal que, numa dimensão substantiva, compreende o princípio da proporcionalidade, constituindo o pilar de sustentação da ordem jurídica.

Hoje, não é mais viável invocar poderes livres à título de discricionariedade. O rol de princípios que integram o direito administrativo moderno vinculam o agir administrativo, direcionando a discricionariedade a certos limites, de modo a atender à finalidade pública (na qual não se vislumbram condutas desarrazoadas, desproporcionais e arbitrárias).

Embora parte da doutrina reconheça que à autoridade administrativa seja conferida certa margem de discricionariedade na caracterização das faltas e na aplicação das penalidades cabíveis, é certo que este encargo implica, sempre, respeito à proporcionalidade dos seus atos. Ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, deve ser adotada a providência mais adequada, sob pena de revisão do ato pelo Judiciário, conforme o ensinamento da eminente magistrada Lúcia Valle Figueiredo, para quem “A discricionariedade, como foi descrita, deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento. E pode ser controlada pelo Judiciário”⁵¹.

Como afirmado anteriormente, nas relações de especial sujeição como se qualifica aquela estabelecida entre o servidor público e o Estado, o estabelecimento das sanções disciplinares tem sido equivocadamente vinculado ao campo de atuação discricionária do administrador público. Todavia, inexistente discricionariedade para a imposição de sanções administrativas.

A propósito, é de se enfatizar que a discricionariedade não significa atuação livre do administrador, pois a sua atuação está invariavelmente vinculada aos princípios fundantes do sistema jurídico-constitucional. Com efeito, como adverte a célebre lição de Caio Tácito, “a norma de competência do administrador não é um cheque em branco, mas deve ser ajustada em função do fim específico a que se destina a atividade administrativa.”⁵²

Ora, em se tratando de Administração Pública, ainda quando lhe seja outorgada uma certa discricção no agir administrativo, não está em pauta um poder de livre autodeterminação! A conduta do administrador público está expressa e especificamente delimitada em se tratando de atos vinculados e, mesmo nos atos realizados dentro da esfera

⁵¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 174.

⁵² TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 2, p. 82-86, fev. 1999. p. 83.

de competência discricionária, o espaço de atuação administrativa consiste no dever de cumprir a finalidade legal. Nesse sentido, Regina Maria Macedo Nery Ferrari afirma que

*o princípio da legalidade administrativa passa, no Estado de direito Social, a ter outro sentido, ou seja, a vinculação à lei abrange toda atividade administrativa, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite. A própria discricionariedade deve ser entendida dentro do sistema jurídica, como um poder/dever emanado da lei para cumprir a finalidade nela prevista.*⁵³

Ao tratar do limite das faculdades discricionárias da Administração Pública, Agustín Gordillo enfatiza que “en ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico, y es por ello que se enunciam una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discricionalidad administrativa”⁵⁴.

Desse modo, entre os princípios que constituem limites à competência discricionária da Administração Pública, ao lado moralidade e do desvio de poder, tem-se

*que a atuação administrativa deve se dar em conformidade com o princípio da proporcionalidade,⁵⁵ que postula uma adequação entre meios e fins. E, especialmente no campo do direito administrativo sancionatório, as medidas adotadas devem guardar estrita compatibilidade com a necessidade a ser satisfeita, de modo que não é dado à Administração Pública impor ao particular uma carga mais gravosa do que aquela que seja necessária para cumprir as exigências do interesse público.*⁵⁶

O Direito Administrativo moderno não mais se coaduna com o domínio despótico das prerrogativas estatais. Dogmas como a insindicabilidade da discricionariedade administrativa não se sustentam diante da previsão dos princípios constitucionais da Administração Pública, entendidos como instrumentos de legitimação de seus “deveres-poderes”. Como defende Hely Lopes Meirelles o poder discricionário da administração é limitado pela arbitrariedade⁵⁷.

Nessa toada, aduz Juarez Freitas:

⁵³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 140.

⁵⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: parte general. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. X-29.

⁵⁵ Segundo Juarez Freitas, “o princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. (...) O Administrador Público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.” (Cf. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 38-39.

⁵⁶ PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Civitas, 1983. p. 43-44.

⁵⁷ “Já temos acentuado, e insistimos mais uma vez, que ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discricção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbitrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo direito, é legal e válido; arbitrário é sempre ilegítimo e inválido” (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 144-145.)

*A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A submissão razoável apresenta-se menos como submissão do que como respeito. Não é servidão, mas acatamento pleno e concomitante à lei e, sobretudo, ao Direito (...). Confira-se neste diapasão, a ação constitucional popular, que visa também anular ato eventualmente de exterior legal, mas irrazoável no conteúdo e, só por isso, passível de anulamento.*⁵⁸

Quanto ao exercício da competência disciplinar, Romeu Felipe Bacellar Filho adverte que “qualquer escolha deixada ao administrador deve ser passível de verificação. (...) A imposição constitucional de atuação processualizada para o exercício da competência disciplinar põe em cheque a concepção de aplicação da lei como instrumento autômato e mecânico.”⁵⁹

Assim, o ato administrativo deve ser pautado não apenas em consonância com a legalidade estrita, mas, sobretudo, deve respeitar o sistema como um todo, integrado por regras e princípios fundamentais do arcabouço jurídico-normativo, sob pena de serem nulos. Qualquer escolha deixada ao administrador deve, portanto, ser passível de verificação, pois a exigência constitucional de atuação processualizada para o exercício da competência disciplinar direciona o administrador ao cumprimento do conteúdo dos princípios constitucionais que vinculam o agir administrativo.⁶⁰

Desse modo, todo e qualquer ato administrativo, inclusive os não vinculados, estão sujeitos à revisão judicial, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais da Administração, reduzindo-se a discricionariedade aos seus devidos limites. Isto, aliás, constitui mera decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Jurisdicional, insculpido como cláusula pétreia no art. 5o, XXXV da Constituição Federal.

Se a Administração tem o dever de apurar as falhas administrativas eventualmente cometidas por seus agentes, esse procedimento deve, por certo, circunscrever-se, obrigatoriamente, aos limites do permissivo legal, bem como da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de cometer abuso de poder e tornar inválido ou invalidável o ato.

Quer-se, com isso sustentar que, no exercício de seus elevados misteres, notadamente no âmbito da atividade sancionatória, a autoridade deve, assim, não apenas atender aos preceitos legais como conformar-se, também, com a moralidade, a justiça, a proporcionalidade e a finalidade administrativa para oferecer legitimidade à sua atuação.

⁵⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 61.

⁵⁹ Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁰ Na atual conformação do Direito Administrativo, a legalidade não pode ser compreendida apenas na sua acepção estrita – respeito aos ditames legais – devendo ser levada em conta também a sua acepção ampla – observância do ordenamento jurídico como um todo, aí incluídos os princípios e valores constitucionais que informam a atuação da Administração Pública.

Os atos administrativos que violarem o princípio da proporcionalidade resultam inquinados de vício, podendo o Judiciário verificar a razoabilidade, a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) sob pena de o discricionário transmutar-se em arbitrário e, conseqüentemente, ato ilegal.

O princípio da proporcionalidade quer significar, em apertadíssima síntese, que o agente público não pode agir com demasia, nem tampouco com insuficiência nas suas atividades. Nesse sentido, o Professor Juarez Freitas leciona que o princípio da proporcionalidade significa:

*algo mais do que vedação de excessos, exige a ponderação e a racionalidade prudente do administrador e de quem controle os seus atos, contratos e procedimentos. (...) O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para prescrever o máximo de direitos.*⁶¹

Os mestres do Direito Administrativo Brasileiro, entre os quais Edmir Netto de Araújo, da Universidade de São Paulo, são unânimes em sustentar que a aplicação da penalidade, em processo administrativo, deverá ter sempre em conta “as circunstâncias do evento, considerando a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provierem e o próprio comportamento anterior do servidor”.⁶²

Neste passo, Guimarães Menegale oferece oportuna e sábia lição:

*O próprio texto legal pressupõe a variação da gravidade da falta, assim como a consideração de sua natureza; logo, admite a adaptação da pena ao grau de culpabilidade, com ou sem ocorrência de dolo. Em tais condições, predispondo a lei a tábua das obrigações, positivas e negativas do funcionário, caberá à autoridade administrativa ajustar-lhes, em caso de infração, a penalidade correspondente, sem desprezar o elemento psicológico de maior ou menor intenção, porventura revelado pelo infrator, de faltar ao dever, da medida de sua ignorância ou erro, de sua previsão ou imprevisão dos efeitos ou consequências do fato, pelo qual responde. E então a falta venial pode ensejar pena mais onerosa, se praticada com culpa pesada, como a falta grave pode autorizar pena menos afiliva, se cometida com culpa leve.*⁶³

Inexistindo adequação entre o bem juridicamente tutelado e a sanção aplicada pela Administração Pública, não há causa legítima que autorize e justifique aquela penalidade. A propósito, vale registrar que, em se tratando de demissão, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ser inquestionável a possibilidade de exame judicial acerca da motivação do ato demissório, com a finalidade de se averiguar a existência de provas suficientes da prática

⁶¹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶² ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 189.

⁶³ MENECALE, J. Guimarães. **O Estatuto dos Funcionários**. Rio de Janeiro: Forense. p. 568.

da infração prevista em lei a autorizar a aplicação da penalidade máxima, o que não se confunde com a simples análise de conveniência ou oportunidade do ato administrativo.⁶⁴

Sobre o exercício da competência disciplinar, o estabelecimento de fatores limitativos da atuação administrativas na imposição das sanções e o dever do Judiciário de coibir os excessos, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. (...) A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do qual é usual e sensato. Razoável é o conceito que se infere a 'contrario sensu'; vale dizer, escapa à razoabilidade 'aquilo que não pode ser'. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado⁶⁵

Como se observa, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, o princípio da proporcionalidade incide no exercício da competência disciplinar da Administração Pública, compreendendo uma dimensão substantiva do princípio do devido processo legal.

4. Conclusões

1. Partindo da concepção de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 acabou por inaugurando uma nova era na relação estabelecida entre a Administração Pública e os particulares provocando uma verdadeira reviravolta no território do Direito Administrativo. Suplantando uma perspectiva autoritária do exercício do poder, pondo fim ao monopólio da decisão administrativa, a Carta Magna assegura no título dos direitos e garantias fundamentais que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem devido processo legal, alcançando o processo administrativo e garantindo aos litigantes e acusados em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Desse modo, a Lei Maior traça os caminhos a serem seguidos, assegurando a qualquer pessoa a prerrogativa de não sofrer qualquer consequência punitiva, senão através de um ambiente onde lhe reste garantido o direito de se defender dentro de um “devido processo legal”, com todas as garantias a ele inerentes.

O processo administrativo é, assim, uma garantia fundamental que se revela como instrumento seguro de prevenção ao arbítrio e à tirania, revelando-se um meio apto a controlar o iter da formação da vontade estatal. É, enfim, um instrumento de defesa dos

⁶⁴ STJ, MS nº 11.739-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

⁶⁵ STJ, REsp. nº 2002/0077874-4, DJ de 03.11.2003. Em igual sentido confira: STJ, MS nº 7.260/DF, Relator Ministro Jorge Scartezini, 3ª Seção, DJ 26/08/2002; STJ, MS nº 10.827/DF, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 3ª Seção, DJ 06/02/2006 e STJ, MS no 13091/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 3a Turma, DJ 07/03/2008.

cidadãos em face das prerrogativas estatais, mormente porque, inserido dentro de um núcleo mínimo processual comum de observância inarredável e obrigatória, o processo cumpre com sua função de evitar o arbítrio e assegurar a concretização de direitos.

2. O devido processo legal administrativo condiciona o exercício dos poderes a que se acha submetida, impondo uma atuação administrativa processualizada da Administração Pública no exercício de seus competências disciplinares, sob pena de deslegitimar-se o agir administrativo, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção de Estado Democrático de Direito.

3. Tendo em vista a intangibilidade do direito fundamental ao devido processo legal, que direciona e legitima a função administrativa, o exercício processualizado da competência disciplinar da Administração Pública pressupõe a observância irrestrita do princípio da motivação que, no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar, tem estreita relação com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Assim, em atenção ao conteúdo da garantia constitucional do devido processo legal e seus corolários, os princípios do contraditório e da ampla defesa, no exercício das suas prerrogativas (dever) disciplinares, ao determinar a abertura de um processo administrativo visando apurar irregularidades funcionais, à autoridade administrativa impõe-se o dever de expressamente externar os motivos de fato e de direito que justificam a apuração das irregularidades imputadas ao servidor público acusado.

Isto porque, como primeira fase do processo disciplinar o ato inaugural é fundamental para o balizamento da instrução probatória e, conseqüentemente, para o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Daí que o ato que instaura o processo administrativo disciplinar deve ir além da mera formalização da designação da Comissão ou Autoridade Processante, devendo indicar os elementos necessários à identificação do funcionário acusado, a figura infracional caracterizada pelo comportamento descrito e individualizado e, por fim, a sanção, em tese cabível, em face da infração.

4. O devido processo legal que condiciona o exercício processualizado das prerrogativas disciplinares da Administração Pública, com seu escudo de garantias constitucionais, também compreende, numa dimensão substantiva, o princípio da proporcionalidade que postula uma adequação entre meios e fins, sendo vedadas, notadamente no campo do direito administrativo punitivo, condutas desarrazoadas, desproporcionais e arbitrárias.

No campo do direito administrativo punitivo, estabelece que haja uma relação de proporcionalidade entre o ilícito administrativo e a penalidade, mediante a identificação da adequação e necessidade da medida punitiva e da congruência lógica entre meios e fins. Inexistindo adequação entre o bem juridicamente tutelado e a sanção disciplinar cominada ao servidor, não há causa legítima que autorize e justifique a imposição de penalidade.

Nessas circunstâncias, ausente a causa legítima para a imposição de uma sanção disciplinar que, à vista das circunstâncias do caso concreto, se apresenta marcadamente

excessiva e desproporcional, a punição resulta estigmatizada de vício insanável, passível de controle de legitimidade pelo Poder Judiciário.

Com efeito, considerando-se que os princípios constitucionais da Administração Pública atuam como instrumentos de legitimação de seus deveres poderes, no exercício processualizado da competência disciplinar, a autoridade administrativa deve, assim, não apenas atender aos preceitos legais como conformar-se, também, com a moralidade, a justiça, a proporcionalidade e a finalidade administrativa para oferecer legitimidade à sua atuação.

5. Referências

- ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 7, n. 30, p. 11-27, out./dez. 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Segurança Jurídica e as Alterações no Regime Jurídico do Servidor Público. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo : Editora Atlas, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 19, dez. 81/dez.82.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAZ, Luciano. Aportamentos sobre parcerias público-privadas. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, abr. 2005.
- FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 165, p. 11-22, jul./set. 1986.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo: parte general**. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2008.

- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais do Direito Administrativos Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENEGALE, J. Guimarães. **O Estatuto dos Funcionários**. Rio de Janeiro: Forense.
- OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2000.
- PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Civitas, 1983.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997.
- SILVA, Almiro do Couto e. Os Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, vol. 9, n. 24, 1979.
- TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 2, p. 82-86, fev. 1999.

PARTE VI

**CONTRATO ADMINISTRATIVO:
NOVAS PERSPECTIVAS**



O CONTRATO ADMINISTRATIVO PROMOVENDO O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL: VERDADEIRA TRANSFORMAÇÃO OU SIMPLES REVELAÇÃO?*

DANIEL FERREIRA**

Sumário: 1. Introdução; 2. Da latente “função social” das licitações e dos contratos administrativos; 3. Da importância da revisão dos institutos da licitação e do contrato administrativo a partir da Constituição da República; 4. Da necessária, assaz relevante e indubitavelmente útil revisão conceitual da licitação e do contrato administrativo a partir de todas as disposições constitucionais e legais em vigor; 5. Dos (desejáveis) efeitos da alteração do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93 nos conceitos doutrinários de licitação e de contrato administrativo no Brasil; 6. Da indubitosa promoção do DNS por meio da licitação; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. Introdução

Não é de hoje que se alude às transformações do Direito e dos seus principais institutos. E a causa parece ser singela. Ocorre que o direito “posto” nem sempre se mantém fiel ao padrão dantes legislado ou mesmo guarda pertinência com algumas lições doutrinárias acerca do que se deve (pré-)conceber acerca de um dado instituto jurídico.

* Este pequeno artigo se consolida, junto a outros, como mais uma justa homenagem ao competente, estimado e sensível Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, jurista responsável por me apresentar academicamente ao Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba).

** Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDOC), Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e laureado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC). Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba (FDC/UNICURITIBA) e Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Membro do Instituto Internacional de Estudos do Direito do Estado (IEDE), Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), Membro do Instituto Brasileiro de Estudos da Função Pública (IBEFP), Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA), Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (CAMFIEP). Engenheiro Eletricista pelo antigo Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná (CEFETPR), hoje Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Sócio do FERREIRA, KOZICKI DE MELLO & MACIEL Advogados Associados.

Isto é, muitas vezes o discurso produzido pela Ciência do Direito acaba se repetindo por anos a fio e com a mais absoluta indiferença à realidade positivada, deixando de a ela se reportar como o objeto de investigação. E isso pode levar à conclusão de que, às vezes, o jurista – consciente ou inconscientemente – acaba por ditar como deve ser o *dever-ser*, num viés autoritário.

Destarte, o objetivo deste artigo é verificar se a alteração promovida no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93 promoveu uma verdadeira e radical mudança no regime jurídico das licitações e contratações públicas ou se ela apenas reforçou – revelando – o que se poderia e *deveria* ter assumido como intrinsecamente pertinente a tais institutos desde o advento da Constituição da República.

2. Da latente “função social” das licitações e dos contratos administrativos

Faz muito que vimos sustentando que as licitações e os contratos administrativos no Brasil devem cumprir uma “função social”. Isto é, que eles precisam se mostrar aptos a satisfazer *outros interesses* da coletividade¹ além daqueles diretamente imbricados com o objeto da licitação e/ou do próprio ajuste.²

Dito de outra forma, que por meio deles seria legítimo, se não mesmo obrigatório, quando viável no plano fático, antever e atender a distintos objetivos de interesse público,³ ou, mais

¹ Que não se confunda o interesse público *primário* (da coletividade em geral) com o interesse público *secundário* (da Administração Pública enquanto sujeito de direitos). Enquanto aquele exprime o interesse de cada um (e de todos) enquanto ser social este se revela como o interesse individual do Estado, como se particular fosse. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de interesse público. In: _____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183.)

² “*Função social da licitação: um deliberado plus à satisfação do interesse público*. Não se tem, aqui, qualquer pretensão de conceituar ‘função social’. O escopo desta modesta investigação é apenas o de verificar se pode ou mesmo se deve haver uma ‘função social’ para a licitação pública, mormente no sistema jurídico brasileiro, no sentido de se reconhecer outra *potencial* ou *compulsória finalidade* para o certame e que não se confunde com a satisfação da necessidade próxima, premente - de certa parcela da coletividade ou da própria Administração Pública, reprise-se - a ser obtida mediante regular execução do objeto contratado. Melhor dizendo, busca-se constatar a admissão pelo Direito em vigor de *adicional* fim para ela - remoto: singular ou plúrimo (conforme o caso) -, de modo que não se possibilite a satisfação de apenas um interesse público com sua exitosa realização, encapsulado como *primário* (de uma particularizada coletividade) ou *secundário* (do aparato administrativo), porém vários *interesses públicos*, num viés *primário-primário* (coletivo-coletivo) ou *secundário-primário* (administrativo-coletivo). Como exemplo assumase, desde logo, uma licitação que estipule, por força de lei, um *critério ficto de empate* entre propostas com vistas a incentivar a formalização da atividade microempresária e facilitar seu acesso às contratações públicas. Ou, ainda, a delimitação do objeto da licitação, por força de decreto hierárquico, a bens e serviços ambientalmente sustentáveis. E nisso reside a cogitada ‘função social da licitação pública’, apresentar-se, sempre que possível e cumulativamente, como um *instrumento* para a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como dos demais valores, anseios e direitos nela encartados, sem prejuízo de outros, assim reconhecidos por lei ou até mesmo por uma política de governo. (FERREIRA, Daniel. *Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável* (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, vol. 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70303>>. Acesso em: 19 jan. 2016.)

³ Hely Lopes Meirelles, ao conceituar o contrato administrativo como sendo “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, *para a consecução de objetivos de interesse público*, nas condições desejadas pela própria Administração” deixa transparecer a ideia de que o interesse público é uno, embora possa comportar mais de um objetivo. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 156 – negritou-se).

propriamente, a diferentes interesses públicos.⁴ Mas todos eles tendentes à satisfação de direitos fundamentais, de uma ou de outra forma, numa ou noutra medida. Afinal de contas, “os direitos fundamentais são o núcleo da ordem jurídica, da organização estatal e da atuação estatal”, como observado por Marçal Justen Filho.⁵

De todo modo, ao que tudo indica Sérgio Resende de Barros foi o primeiro brasileiro a assumir esse posicionamento vanguardista, além de desenvolvimentista, ao defender a seguinte possibilidade, nos idos de 1995:

A ideia de função social ou socialidade da administração pública. O interesse público não se limita ao interesse administrativo. Abrange também o interesse social, que pode prevalecer sobre o administrativo, o financeiro, o técnico, como critério de avaliação. Em casos especiais, à proposta financeira ou tecnicamente mais vantajosa, pode preferir outra, que seja de maior proveito social. Exemplo: em regiões ou situações críticas, sendo grave o desemprego, pode o Estado preferir proposta que empregue mais mão-de-obra, atendendo o interesse social, embora outras atendam melhor o estrito interesse administrativo, por serem financeira ou tecnicamente mais vantajosas. (...)

Obviamente, na atualidade o contrato administrativo, a medida social da liberdade individual não suporta mais a velha supressão ineficaz da liberdade de contratar do Poder Público, mas tão-só comporta um novo controle eficaz dessa liberdade, mesmo na escolha dos contratados, sob pena de pôr a perder o Estado como agente e o contrato como instrumento do progresso social.⁶

Para ele, o contrato administrativo não poderia ter sua finalidade reduzida à simples execução do objeto, haja vista que o seu manejo “ordinário” também deveria redundar em “progresso social”.

Logo, essa sinalização mostrou-se e ainda se mostra prospectiva, pois, ao mesmo tempo em que alargou a margem de liberdade do gestor para escolha e delimitação do objeto e dos critérios de seleção da proposta mais vantajosa ela diminuiu qualquer possibilidade de indiferença aos demais interesses públicos que também devem nortear as atividades administrativas.

3. Da importância da revisão dos institutos da licitação e do contrato administrativo a partir da Constituição da República

Ninguém olvida que os textos legais e infralegais devem ser (re)conhecidos em sua interdependência com os demais, além de interpretados e aplicados a partir do contido na

⁴ Marçal Justen Filho alerta para o fato de haver uma multiplicidade de interesses públicos (coletivos), distintos entre si e muitas vezes contrapostos, embora igualmente merecedores da tutela do direito. Assim sendo, afirma que “a determinação do interesse a prevalecer e a extensão dessa prevalência dependem sempre da avaliação do caso concreto”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 141-142.)

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 95.

⁶ BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. Piracicaba: Editora Unimep, 1995. p. 161-162. Anote-se, ainda e pela importância, que na ocasião do lançamento da obra o autor era Mestre e Doutor em Direito pela USP e atuava como Conselheiro-Substituto do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Constituição da República e, quando necessário, ainda, mediante “interpretação conforme à Constituição”⁷ para extração da norma jurídica. *Mutatis mutandis* o mesmo se pode afirmar em relação às disposições constitucionais, que devem ser consideradas e examinadas em sua relação e conformação com as demais.

É o direito vigente no Brasil, pois – em sua completude e com suas próprias nuances –, que deve ser considerado para fins de (re)conhecimento dos institutos e das categorias jurídicas, dentre as quais as figuras do contrato administrativo e da própria licitação.

Tratando do valor metodológico da noção de regime jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que

Se o que importa ao jurista é determinar em todas as hipóteses concretas o sistema de princípios e regras aplicáveis – seja a lei clara, obscura ou omissa –, todos os conceitos e categorias que formule se justificam tão só na medida em que através deles aprisiona logicamente uma determinada unidade orgânica, sistemática, de normas e princípios. A razão de ser destes conceitos é precisamente captar uma parcela de regras jurídicas e postulados que se articulam de maneira a formar uma individualidade.

*O trabalho teórico do jurista, construído, como é, à vista de aplicações práticas, resume-se e explica-se na tentativa de descobrir a rationale que congrega e unifica um complexo de cânones e normas.*⁸

Com base nisso, e revendo-se a tese outrora sustentada no sentido de o contrato administrativo poder vir a cumprir uma “função social” com lastro nas regras, nos princípios e mesmo nos valores encartados na Lei das leis, ela não pode mais parecer tão estranha, nem mesmo novidadeira a quem quer que seja.

Aliás, o próprio preâmbulo constitucional noticia isso e per se dá conta de assim possibilitar, uma vez assumido como dotado de força normativa:⁹

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista

⁷ A “interpretação conforme a Constituição” é aqui assumida como um método de hermenêutica que permite “determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei” a partir do conhecimento das normas constitucionais. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1225.) Ou seja, sempre que for possível extrair mais de um interpretação do texto legal dever-se-á preferir aquela conforme a Constituição. E se ainda assim duas se mostrarem conformes a ela, será de se assumir como adequada aquela que se evidenciar mais compatível.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 91.

⁹ Muito se discute se o preâmbulo das constituições tem ou não força normativa. Nosso entendimento é no primeiro no sentido. Para entendimento e aprofundamento, confira, por todos, PEREIRA JÚNIOR, Edilson Nobre. O preâmbulo e seu componente normativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 59, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=232512>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Nele resta evidenciado, dentre outros, o desenvolvimento (nacional) como almejado *ab ovo* para o Estado Democrático que se estava por instituir, de modo que o exercício de qualquer atividade – pública ou privada – há de com ele se harmonizar, sob pena de ilegitimidade.

Contudo, essa intenção constituinte se fez acadêmica, marcada por uma repetição intencional e quase pleonástica, ao reafirmar que certos anseios e valores seriam assumidos também como fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da República. Dentre os primeiros merecem destaque a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; dos últimos requer particular prestígio o desenvolvimento nacional – explicitamente requerido em reiteração, sem prejuízo da evidente importância dos demais: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação.

Mais adiante, o texto constitucional reforça essa intenção, ao prever, em seu art. 174, que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. No mesmo dispositivo assegura, ainda, que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (§1º) e, ainda, que também competirá a lei apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo (§2º).

Com base nisso, todo e qualquer exame do direito vigente – inclusive no plano e na perspectiva da Ciência do Direito (Administrativo) – há de se dar a partir de todo o contido na Constituição da República; jamais com indiferença ou contrariamente a ela.

Juarez Freitas, discorrendo sobre o reconhecimento do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável e os reflexos de tanto no Direito Administrativo, deixou consignado que “a sustentabilidade é mandamento constitucional abrangente, que o Estado-Administração tem que aplicar de ofício, em consórcio indissolúvel e ponderado com os demais princípios”.¹⁰ E mais, que:

Em semelhante ótica, a discricionariedade administrativa encontra-se fortemente vinculada ao princípio constitucional do desenvolvimento sustentável. Nessa chave, para exemplificar, na licitação pública, a proposta mais vantajosa será aquela que se revelar apta a produzir, direta e indiretamente, o menor impacto negativo e, ao mesmo tempo, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais, em face de

¹⁰ FREITAS, Juarez. O reconhecimento do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável e os reflexos no Direito Administrativo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (Coord.) **O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 302.

antecipáveis impactos das decisões tomadas. Quer dizer, ao licitar de modo sustentável (“green public procurement”), o sopesamento dos custos do ciclo de vida de bens e serviços mostra-se incontornável.¹¹

Logo, uma vez levados em adequada consideração os ditames constitucionais, dentre os quais o princípio do desenvolvimento (nacional) sustentável, e em todas as suas facetas,¹² tanto a licitação como o contrato administrativo parecem estar a ensejar uma urgente revisão dos aportes doutrinários, na exata medida em que “a *socialidade* da Administração Pública”¹³ – para usar a expressão de Sérgio Resende de Barros – não tem sido adequadamente documentada.

Isto é, inúmeros são os ensaístas que ainda tratam da licitação aludindo apenas ao objeto licitado e/ou ao binômio “isonomia-competição” e do contrato administrativo tomando por referência, em regra, apenas o objeto do contrato e/ou a presença das cláusulas exorbitantes, e neste caso, ainda, com vistas a diferenciá-lo do contrato “privado” e de contrato da Administração Pública, puro e simples.¹⁴ E isso parece estar a merecer reexame e eventual reforma.

4. Da necessária, assaz relevante e indubiosamente útil revisão conceitual da licitação e do contrato administrativo a partir de todas as disposições constitucionais e legais em vigor

Muito embora seja possível afirmar que a Constituição da República pouco ou quase nada (expressamente) aludiu em relação às licitações e aos contratos administrativos,¹⁵ afigura-se

¹¹ FREITAS, Juarez. O reconhecimento do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável e os reflexos no Direito Administrativo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (Coord.) **O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ**: homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 302.

¹² Em apertadíssima síntese, o desenvolvimento há de ser assumido como o “crescimento econômico socialmente justo e benigno do ponto de vista ambiental” (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 52-55.)

¹³ BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato**: a crise da licitação. Piracicaba: Editora Unimep, 1995. p. 161.

¹⁴ Aqui entendido como o contrato firmado pela Administração Pública com outrem, porém ainda assim regido preponderantemente pelas disposições do direito privado. Seria o caso da locação, por exemplo.

¹⁵ Confira-se:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (...)

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

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

errôneo sustentar que ela tenha sido indiferente a tais expressões do mais diuturno e mezinheiro exercício da função administrativa.

Ao contrário, a compreensão desses dois institutos no Direito Administrativo Brasileiro há de levar em conta o direito posto em sua inteireza – sistemática e teleologicamente considerado – e não apenas o contido nas leis que ordinariamente tratam da matéria, dentre as quais a Lei Geral de Licitações (LGL), Lei nº 8.666/93.

Somente por isso também seria possível sustentar que as licitações e os contratos administrativos poderiam ostentar, faz tempo, o cumprimento de uma “função social” tomando por lastro algumas das hipóteses de dispensa de licitação¹⁶ ou o constante das leis que instituíram o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte,¹⁷ a Política Nacional de Mudanças Climáticas¹⁸ e, ainda, a Política Nacional de Resíduos Sólidos.¹⁹

de serviços, dispoendo sobre: (...) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (...)

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

¹⁶ Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (...) XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

¹⁷ Lei Complementar nº 123/2006 – em sua redação original ou mesmo após a edição da Lei Complementar nº 147/2014, aqui incorporada:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço. (...)

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (...)

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

¹⁸ Lei nº 12.187/2009 - Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: (...) XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos; (...).

¹⁹ Lei nº 12.305/2010 - Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: (...) XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que

Ou seja, que referidas disposições legais “extraordinárias” também estariam a exprimir, cada qual no seu contexto, o desenvolvimento nacional (sustentável) requerido constitucionalmente e com indubitosa interferência no regime jurídico “básico” das licitações e dos contratos administrativos.

De conseguinte, o efeito *desejável* seria a incorporação da “função social” adrede aludida aos conceitos (doutrinários) acerca da licitação e do contrato administrativo, de modo que não se pudesse esquecer, *desde os bancos acadêmicos*, que ambos deveriam – e devem – atender aos reclamos do desenvolvimento nacional na forma e condições estatuídas na Carta Política de 1988 e nas declinadas leis extravagantes, antes mesmo da alteração do *caput* do art. 3º da LGL, sem prejuízo de tantas outras.²⁰

5. Do efeito da alteração do *caput* do art. 3º da Lei n 8.666/93 nas licitações e nos contratos administrativos

Nada obstante, a Medida Provisória nº 145/2010, depois convertida na Lei nº 12.349/2010, pôs uma pá de cal em qualquer discussão acerca dessa possibilidade-necessidade. Ela determinou – afastando a falsa-neutralidade da Lei nº 8.666/93²¹ – que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (DNS) fosse igualmente perseguida como terceiro fim (legal) das licitações, ao lado da garantia da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa.

Destarte, a mudança legislativa trata de chamar a atenção de todos para a circunstância de que os processos licitatórios devem simultaneamente buscar realizar interesses de outros sujeitos que não apenas dos destinatários do objeto licitado. Isto é, que a satisfação da necessidade ou utilidade, administrativa ou coletiva, deve vir acompanhada do atendimento simultâneo de anseios que não apenas dos servidores públicos ou daqueles diretamente beneficiados com a obra, serviço, compra ou alienação. Portanto, dos interesses de todos os brasileiros, indistintamente, de forma a exprimir o chamado “interesse geral” que se apresenta como modalidade dos interesses públicos (ou metaindividuais) ao lado dos interesses difusos (de um grupo indeterminado e indivisível de pessoas) e coletivos (referentes a um

considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;

²⁰ “Em verdade, a Lei nº 12.349/2010 veio pôr cobro na omissão do regime legal geral das licitações e contratações, que não explicitava, mediante norma interna de seu próprio sistema, o que já decorria da Constituição da República e vinha sendo alvo de regras em leis setoriais e normas infralegais específicas. Com efeito, legislações pioneiras (São Paulo e Minas Gerais à frente, mas não apenas) cuidaram de inserir normas que tornassem suas licitações e contratações comprometidas com a proteção ambiental – as chamadas licitações e contratações sustentáveis – desde fins da década de 1990, ao passo que se calava a Lei Geral de Licitações e Contratações da Administração Pública brasileira”. (PEREIRA JUNIOR. Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 373.)

²¹ “Em suma, a ‘função social’ — quando presente — rompe com a neutralidade administrativa de praxe na fixação do objeto da licitação, do rol de potenciais licitantes e/ou dos ganhos (diretos e imediatos) com a eventual contratação. Ela revela, *mutatis mutandis*, ‘externalidades positivas’ para a licitação, para a contratação administrativa, e, às vezes, para ambas.” (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 38.)

grupo determinado ou determinável de pessoas), conforme o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.²²

A consequência do novo modelo legal reforça o exemplo dantes ofertado por Juarez Freitas, no sentido de que uma licitação que tenha por objeto a compra de um veículo haverá de obrigatoriamente levar em conta os poluentes dele emanados por conta da queima de combustível inclusive para fins de delimitação prévia do conteúdo das propostas como (in) admissível. Neste caso, o padrão máximo tolerável de poluição por certo repercutirá no preço do bem, tornando-o mais oneroso, porém com vantagens (quase) incomensuráveis para as presentes e futuras gerações no que concerne ao meio ambiente equilibrado.²³

6. Dos (desejáveis) efeitos da alteração do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93 nos conceitos doutrinários de licitação e de contrato administrativo no Brasil

Em rápida lembrança, os conceitos jurídicos não podem ser assumidos como válidos ou inválidos, nem mesmo como verdadeiros ou falsos.²⁴

Como “não são mais que termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito”,²⁵ os conceitos são úteis ou inúteis, apenas, na exata medida em que “não passam de sistematizações, de classificações”.²⁶

Em suma: cada conceito é um conjunto. O critério de inclusão ou de exclusão de alguma realidade para formar o conjunto (o conceito) muitas vezes é, de antemão, construído pelo direito positivo, ao passo que, outras vezes, não há esta prévia aglutinação de componentes.

(...) quando a lei não aglutina previamente certas realidades debaixo de uma nomenclatura, é o estudioso do Direito quem trata de promover estas aglutinações. Para tanto toma (ou pelo menos deve tomar) como referenciais uma coleção de traços arrecadados no direito positivo e, com base neles, constrói o conceito jurídico que

²² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 963.

²³ “Se por um lado se parte do pressuposto que a função social da licitação realiza benefícios extraordinários, de índole ambiental (por exemplo), por outro é de se admitir que ela possa gerar, em contrapartida, uma reflexa ‘externalidade negativa’, o maior dispêndio para aquisição de bens *ambientalmente seletos*. Mas isso não é um problema, porque – como visto – o ‘prejuízo’ estritamente econômico não revela um menoscabo do interesse público propriamente dito. No máximo, o interesse público secundário, patrimonial (da Administração e não da coletividade), é que será afetado. Não por acaso a própria Lei nº 8.666/93, antes mesmo de agregar a terceira finalidade *legal* à licitação, já previa fatores de aferição de vantajosidade de propostas (‘tipos’ de licitação) que combinavam fatores econômicos com outros, de índole técnica.” (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37-38.)

²⁴ Para Régis Fernandes de Oliveira, as definições “estipulativas” – aquelas em que se explicita o que a coisa significa para quem a apresenta – não se sujeitam aos valores de verdade ou falsidade pela circunstância de elas serem fruto da observação da realidade, que bem pode ser a jurídica, normativa. Para o autor há, ainda, outra categoria, a das definições “informativas”, por meio das quais se informa o que significam para as pessoas em geral, “com contornos de verdade ou falsidade”. (OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Licitação**. São Paulo: Malheiros, 1981. p. 38.) Logo, a partir de “simples” convenções linguísticas num ou noutro sentido, sem especial apreço pelo direito posto.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 384.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 384.

*Ihe interessa. Este funciona como continente de um plexo de situações e realidades em que aparecem os traços que – consciente ou inconscientemente – adotou como radicais dos “fatos” erigidos em conteúdo do conceito que formula.*²⁷

Assim, um conceito “doutrinário” oferecido para a licitação pública (ou para o contrato administrativo) no Brasil sem a devida atenção para com o desenvolvimento nacional (sustentável) parece tangenciar a disfuncionalidade.²⁸

Primeiro pelo fato de sequer expressar o que a lei está a *minimamente* exigir como terceiro fim legal para as licitações públicas, portanto como condição simultânea de validade ao lado da garantia da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa.

Em segundo lugar pela circunstância de que, como visto, é da essência da licitação pública – tanto quanto deve ser da substância de qualquer outro instrumento do atuar administrativo – imbricar-se inelutavelmente com os valores, com as regras e com os princípios entabulados na Constituição da República. Isto é, toda e qualquer ação estatal deve estar pautada e dirigida pelos diversos interesses públicos, além de fundada e orientada pelos anseios constitucionais, em particular daqueles apresentados como fundamentos ou objetivos da República Federativa do Brasil.

Por derradeiro, pela utilidade-necessidade de se lembrar aos operadores do direito – *em particular quando não bacharéis em direito* – que a finalidade da licitação não pode ser confundida com o objeto licitado e que mesmo a concretização material desse pode não satisfazer, sozinha, todos os interesses públicos que poderiam e deveriam ser simultaneamente atendidos mediante a licitação e/ou a contratação, quando dela decorrente. Logo, que adquirir o automóvel como simploriamente requisitado pela unidade de transportes pode satisfazer à necessidade da Administração e, ao mesmo tempo, desatender outros anseios da coletividade no caso concreto, como a eventual substituição da licitação para aquisição de veículo pela contratação direta da única cooperativa de táxis da localidade.

De todo modo, e ainda que se sustente o contrário – a partir da eventual “desnecessidade lógica” de construção do conceito doutrinário a partir dos contemporâneos “fins legais” da licitação –, não parece qualquer haver prejuízo na deliberada e adicional alocação do *critério teleológico* quando da sua formulação, de modo a reforçar a orientação constitucional e legal no sentido de se dever promover o desenvolvimento nacional (sustentável) na seara.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 385 – negritou-se.

²⁸ Ainda que sem utilizar esse termo, a situação foi similarmente percebida por Romeu Felipe Bacellar Filho que, invocando Eros Roberto Grau e Luiz Gonzaga de Mello Belluzo, também observa o fato de a estrutura do direito posto ter se afetado de forma a restarem inadequadas certas categorias epistemológicas. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público e direito privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Julio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 355.)

Portanto, propõe-se o seguinte conceito de *licitação pública*: é o processo administrativo orientado pelos cânones da igualdade, da competitividade e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável que visa a selecionar a proposta mais vantajosa para potencial contratação pela Administração Pública.

No mesmo cenário, conceitua-se o *contrato administrativo* como sendo a avença entabulada por terceiros com a Administração Pública, nessa condição, portanto marcada pela presença de cláusulas exorbitantes (expressas ou implícitas),²⁹ na qual se estabelecem os direitos e obrigações das partes contratantes, e que tem por escopo satisfazer direta, concreta e imediatamente a necessidade ou utilidade, administrativa ou coletiva, *pari passu* com a indireta e mediata promoção do desenvolvimento nacional – nas dimensões econômica, social e ambiental, pelo menos.

7. Da indubitosa promoção do DNS por meio da licitação

Sustenta-se que a licitação, tanto quanto o contrato administrativo, pode – e deve – promover o desenvolvimento nacional sustentável sempre que possível. No entanto, Marçal Justen Filho, comentando a redação do art. 3º da LGL, chega a conclusão diversa:

*Há duas questões inconfundíveis, que são as finalidades da licitação e as finalidades da contratação administrativa. Ora, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não é uma finalidade da licitação, mas da contratação administrativa. A licitação é um mero procedimento seletivo de propostas – esse procedimento não é hábil a promover ou deixar de promover o desenvolvimento nacional sustentável. O que o legislador pretendia era determinar que a contratação pública fosse concebida como um instrumento interventivo estatal para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades dos entes estatais.*³⁰

Insiste-se no contrário. De fato, utilizando seu “poder de compra”, ainda que agora sob o manto do dever legal, a Administração Pública tem o (dever-)poder de transformar a realidade econômica, social e ambiental do país independentemente da firmação, ou não, de um único contrato administrativo.

Para tanto basta pensar nas inovações produzidas pela Lei Complementar nº 123/2006 – antes ou depois das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 147/2014 – para se

²⁹ Acertadamente, Romeu Felipe Bacellar Filho trata do contrato como categoria no Direito Administrativo e, por isso mesmo, sustenta que ele não pertence nem ao direito público nem ao direito privado. Por conta disso, informa que o acordo de vontades sempre se faz necessário, ainda que no caso do contrato administrativo se proponha reconhecer a sujeição do contratado à Administração contratante em certas hipóteses, não por conta da estipulação de cláusulas propriamente ditas nesse sentido (cláusulas exorbitantes), mas porque decorrentes do regime jurídico-administrativo. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo como categoria jurídica. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). **Contratações públicas**: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 128-129.)

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 62.

chegar à inoldável conclusão de que houve um evidente e eficaz estímulo à regularização jurídica dos empreendedores informais e mesmo ao desempenho da atividade microemprededora ou de pequeno porte.³¹ Na mesma esteira, que a própria Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01, de 19/01/2010, estimulou – sozinha – a produção industrial ambientalmente sustentável, ao normalizar os critérios de sustentabilidade ambiental que deveriam ser observados pela Administração Pública Federal em suas licitações e contratações. Nesse campo, pois, fez-se idôneo exigir, por exemplo, a comprovação da origem da madeira porventura utilizada no processo fabril, de modo que toda a cadeia produtiva correlata passou a se “incomodar” com os requisitos técnicos para eventual contratação tanto quanto com as sanções decorrentes de ilícitos ambientais.

Por isso mesmo é que se continua a defender a tese de que a licitação pode, ao lado do contrato administrativo, contribuir para colocar o Brasil no rumo da ecossocioeconomia.³²

Divergências à parte, o que importa mesmo é perceber que tanto a licitação como o contrato administrativo devem cumprir outros papéis para além daqueles destacados outrora pelo direito então vigente ou a partir das lições da doutrina clássica, nacional ou alienígena.

Nesse sentido, faz-se oportuno encerrar este tópico com as palavras de Luciano Ferraz, assim gizadas em artigo intitulado “função regulatória da licitação”:

Por fim, em nome do princípio econômico da busca do pleno emprego, vislumbra-se mesmo a possibilidade de utilização do contrato administrativo como instrumento de saneamento de empresas em sérias dificuldades financeiras, todas as vezes que os efeitos sociais decorrentes de sua bancarrota puderem desestabilizar econômica e socialmente importantes segmentos do país. Abrir-se-ia na espécie a possibilidade de contratação direta pelo Poder Público, fundada na inviabilidade de competição, como forma de auxiliar na recuperação da empresa. (...) o que se percebe é que a partir duma leitura constitucionalizada da licitação, prescrevo-lhe outros papéis fundamentais e importantes numa economia de mercado. Mas para tanto é preciso aceitar mudanças; perceber que a licitação não é fim em si, mas instrumento de alcance e garantia do interesse público, que nem sempre cabe, tal como se imaginou no passado, dentro da rigidez dos Códigos. É como diria o poeta Fernando Pessoa: “Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares, é o tempo da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

Em suma, parece ser o tempo da travessia, inclusive dos conceitos...

³¹ Não apenas pela promessa de vantagem competitiva (possibilidade de dar novo lance a partir do empate ficto de propostas), de condescendência pela sua inexperiência e/ou dimensão empresarial (possibilidade de regularização tributária apenas para assumir o contrato, e não antes – para simplesmente participar da licitação) ou mesmo de reserva de mercado (licitações exclusivamente para elas), mas também pela eventual necessidade de subcontratação compulsória.

³² SACHS, Ignacy; VIEIRA, Paulo Freire (Org.). **Rumo à ecossocioeconomia**: teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo: Garcez, 2007.

8. Considerações finais

Por evidente que este artigo não comporta conclusões. Não há nada nele que possa redundar em uma certeza, pronta, final e acabada. Contudo, o objetivo por ele almejado parece ter sido atingido, no sentido de chamar a atenção para o fato de que os conceitos jurídicos precisam ostentar utilidade. E onde o discurso científico-jurídico – da Ciência do Direito – se distancia do direito posto o resultado que dele se extrai perde qualquer traço de funcionalidade.

Dito de outra forma, não se antevê como da alçada do cientista do direito dizer como deve ser o dever-ser e nem, muito menos, apresentar um instituto jurídico, mediante definição estipulativa, que não guarde atenção para com o direito vigente.

Assim, apresenta-se útil, oportuno, conveniente e *urgente* reformular os conceitos de licitação pública e de contrato administrativo para fins de se assumir – ostensiva e didaticamente – que enquanto expressão do exercício da atividade administrativa também eles têm o condão de auxiliar na promoção do desenvolvimento nacional sustentável, como, aliás, reclamado desde 05/10/1988.

Para tanto não há proposta ideal, menos ainda com pretensão de formulação de um conceito universal, porque impossível. Aos elementos que cada investigador entender relevantes apontar no objeto mentado, para fins de diferenciá-lo dos demais (objetos) mediante conceituação, propõe-se seja acrescido outro e que guarde relação com o mais novo “fim legal” das licitações (e dos contratos administrativos): o de promover o desenvolvimento nacional sustentável.

E muito embora se possa afirmar que esse “dado legal” não guarda relação de essência com referidos institutos, porém apenas de validade, não se pode negar a utilidade de “lembrar” a todos os envolvidos com as licitações e com os contratos administrativos acerca da “novidade” normativa, que se bem e finalmente apreendida poderá redundar em renovado ânimo para concretização dos fundamentos e dos objetivos da República mediante satisfação de direitos fundamentais.

9. Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Julio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. O contrato administrativo como categoria jurídica. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). **Contratações públicas**: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de interesse público. In: _____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato**: a crise da licitação. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

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

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, vol. 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70303>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

FREITAS, Juarez. O reconhecimento do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável e os reflexos no Direito Administrativo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (Coord.) **O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Licitação**. São Paulo: Malheiros, 1981.

PEREIRA JÚNIOR, Edilson Nobre. O preâmbulo e seu componente normativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 59, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=232512>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SACHS, Ignacy; VIEIRA, Paulo Freire (Org.). **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento**. São Paulo: Garcez, 2007.

O REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS VOLUNTÁRIAS COM AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.019/2014

CRISTIANA FORTINI*
PRISCILA GIANNETTI CAMPOS PIRES**

Sumário: 1. Introdução; 2. Fundamento da Lei nº 13.019/2014; 3. Conceitos das Organizações da Sociedade Civil e requisitos formais para enquadramento nos termos da Lei nº 13.019/2014; 4. Instrumento de Formalização das Parcerias: Termo de Colaboração e Termo de Fomento; 5. Obrigatoriedade de Chamamento Público; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

1. Introdução

O regime jurídico aplicável às relações entre a Administração Pública e Terceiro Setor¹ é tema que desperta a atenção de estudiosos e suscita questionamentos relevantes. A discussão é impulsionada pela ideologia oficial que alimentou (e ainda alimenta) o estreitamento das parcerias entre entes público e privados, inspirada pela busca de eficiência e otimização de resultados.² A avaliação de que a cooperação privada produziria resultados mais satisfatórios, quando comparados aos decorrentes da atuação direta pelas entidades e órgãos

* Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais -UFMG (Belo Horizonte – MG). Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Advogada. Ex-Controladora Geral e Ex-Procuradora Geral Adjunta de Belo Horizonte.

** Pós-graduanda em Direito da Infraestrutura na GVlaw (São Paulo – SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

¹ A expressão “terceiro setor” nasce no contexto da Reforma administrativa do Estado idealizada e implementada, em certa medida, na década de 90 do século passado. A nova terminologia visava abarcar as entidades criadas fora do ambiente estatal, desprovidas de interesse lucrativo e voltadas ao atendimento de demandas socialmente relevantes.

² Nesse sentido, afirma Gabriel Placha que “O modelo atual é de eficiência, com o Estado dirigindo o processo por meio da atividade regulatória, e a estrutura para isso não envolve apenas as entidades reguladoras, mas o próprio Poder Público na qualidade de agente regulador e não prestador de direito para atender a todas as necessidades coletivas.” PLACHA, Gabriel. Os impactos e as perspectivas da regulação estatal sobre as atividades econômicas. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 251-270, jul./dez. 2010. p. 253.

públicos, vez por outra enfrenta críticas importantes³ alimentadas pelo perfil não liberal da Constituição brasileira.⁴

Os calorosos debates foram e continuam sendo alavancados pela pluralidade de leis federais voltadas à disciplina das distintas entidades integrantes do conceito de terceiro setor e seus modelos de ajuste com o Poder Público e o expressivo volume de recursos públicos a elas transferidos.⁵ Outro fator de aquecimento são as denúncias que volta e meia estampam o noticiário e sugerem a ocorrência de condutas descompassadas dos princípios vetores da administração pública quer na escolha das entidades, quer na fiscalização dos seus afazeres.

Sob esse prisma, cite-se a Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI⁶ instaurada em 2001, pelo Senado Federal, que teve como origem a apuração denúncias vinculadas pela imprensa, que apontavam a atuação irregular da Associação Amazônia na compra de 172 mil hectares de terras públicas em Roraima, bem como a interferência em assuntos indígenas, ambientais e de segurança nacional na região fronteiriça⁷. Naquela oportunidade, identificou-se a necessidade de aperfeiçoamento legislativo, com o fito de construir mecanismos eficazes de controle das atividades dessas organizações, quando subsidiadas por verbas públicas.

Passados alguns anos, nova CPI foi instaurada no âmbito do Senado Federal⁸, com o intuito de investigar denúncias sobre irregularidades nos repasses do governo federal, durante o último mandato do governo Fernando Henrique Cardoso e primeiro mandato do Presidente Lula, para entidades do terceiro setor, tais como ONGs e OSCIPs. Novamente, destacam-se nas conclusões do trabalho da CPI a constatação da inexistência na legislação

³ Sobre esse debate, ver: NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 184-203, jul./dez. 2014. p. 187-190.

⁴ A respeito da natureza dirigente da Constituição brasileira, ver: BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014, e HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além

⁰⁰ viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. Para uma análise das diferentes concepções de Constituição ao longo das transformações ocorridas entre o século XVIII e o século XX, das mais liberais às mais sociais, conferir: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014.

⁵ São interessantes as considerações feitas por: SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.

⁶ Requerimento nº 22/2001.

⁷ Nesse sentido, assim sugeriu a Relatora, Sra Senadora Marluce Pinto, no âmbito do Relatório Final da citada CPI à fl. 197: “Cumpro, portanto, instituir um sistema de inscrições de ONGs em cadastro específico, estaduais ou de caráter nacional, bem como obrigar órgãos públicos federais e estaduais, bem assim Cortes de Contas, a instituir um cadastro de ONGs que recebam verbas públicas, e correspondente e adequado sistema de controle”.

Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=56352&tp=1>. Acesso em 20/05/2015.

⁸ Essa Comissão foi criada através do requerimento nº 201/2007.

federal de mecanismos eficazes para seleção de entidade, fiscalização da execução do objeto do convênio, bem como de punição em caso de utilização indevida das verbas repassadas⁹.

Na tentativa de fazer frente a tais denúncias e dar uma resposta à opinião pública, o executivo, por intermédio da Portaria nº 392/2012, criou grupo de trabalho interministerial, tendo como principal objetivo “elaborar proposta para o aperfeiçoamento da metodologia de prestações de contas de convênios, contratos de repasse, termos de parceria e instrumentos congêneres celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com entidades privadas sem fins lucrativos”. Esse estudo, inclusive, foi considerado durante as discussões que resultaram no novo marco regulatório das parcerias entre administração pública e entidades privadas¹⁰.

Até o advento da Lei nº 13.019/14, os diplomas legais de conhecimento e compreensão obrigatórios, a envolver a presente temática, eram, substancialmente, as Leis Federais nºs 8.958/94, 9.637/1998 e 9.790/1999, que disciplinam, respectivamente, as fundações de apoio, as organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPI)

Para além das citadas leis, e antes do seu surgimento, a relação entre entidades privadas e o poder público mereceu especial atenção por parte do legislador responsável pela edição da Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) que, em seu art. 116, regulou aspectos importantes sobre os convênios público-privados, revelando nítida preocupação com a correta aplicação dos recursos públicos transferidos.

A redação do art. 116 gerou dúvidas quanto à necessidade de licitação para a seleção das entidades, bem como sobre a metodologia de avaliação da atuação privada, entre outros aspectos.

Isto porque, parcela considerável da doutrina considera que a disposição “no que couber”, inscrita na regra do art. 116 da Lei nº 8.666/93, não impõe a aplicação a estes ajustes do regime dos contratos administrativos¹¹, principalmente em razão na natureza desses ajustes, que supostamente revelariam interesses institucionais comuns e convergentes.

Verifica-se na apresentação de motivos para o Projeto de Lei nº 649/11, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, do qual é oriunda a Lei nº 13.019/14, a crítica ao “regramento singelo” oferecido pelo art. 116, considerando-o tímido, “aquém da necessidade de legislação a respeito dos acordos e parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor”. A despeito

⁹ Nesse sentido, vide conclusões apresentadas no Relatório Final da “CPI das ONGs”, fls. 1.370/1.405. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIlongs.pdf?sequence=6>.

¹⁰ Tal fato foi exaltado pelo I. Senador Rodrigo Rollemberg, relator pelo Parecer nº 1.548/2013, elaborado pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (fl. 02). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=137799&tp=1>. Acesso em 24/05/2015.

¹¹ Nesse sentido leciona Carvalho Filho: “A celebração de convênios, por sua natureza, impende de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei nº 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber”. CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 244.

de reconhecer a existência de normas aplicáveis à esfera federal, como a IN nº 1/97, editada pela Secretaria do Tesouro Nacional e o Decreto nº 6170/07, e sem embargo de recordar a existência das Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99, a manifestação do Senador destacava a pretensão de “estabelecer um marco legislativo amplo, que regule de forma abrangente todas as modalidades de acordos e parcerias”.

Com a edição da Lei nº 13.019/2014¹², pretende-se a criação de marco regulatório dos ajustes celebrados pela Administração Pública com entidades privadas sem fins lucrativos¹³, estabelecendo regras sobre a seleção dessas entidades, as modalidades de parceria, a forma de execução e prestação de contas, e os meios de fiscalização e de responsabilização dos participantes. Cumpre ressaltar que vários desses parâmetros já eram observados na órbita federal, em razão das determinações da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional IN/STN nº 03/ 2003, dos Decretos nº 3.100 e nº 6.170/2007 e da Portaria Interministerial 507/11.

A citada lei não releva repúdio à cooperação e participação privada. Ao contrário, artigos da Lei revelam a preocupação com o fortalecimento da sociedade civil¹⁴, por intermédio da participação popular e da gestão pública democrática¹⁵, sendo as relações pautadas pelos princípios norteadores da Administração Pública (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal).

Merece destaque o incentivo à participação da sociedade civil por meio da institucionalização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social, instrumento pelo qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais ou cidadãos poderão apresentar propostas ao Poder Público visando à celebração os acordos em questão¹⁶.

A inserção desse novo regramento para a formalização das parcerias entre Administração Pública e as entidades por ela atingidas implica, em um primeiro plano, o afastamento das disposições sobre Licitação e Contratos no âmbito da Lei nº 8.666/1993, bem como a legislação atinente aos Convênios. Tal diretriz restou evidente na redação do art. 84, que determina a inaplicabilidade do disposto nesses instrumentos às relações de fomento e

¹² O citado diploma tramitou no âmbito do Senado pelo nº 649, proposto em 2011 pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira.

¹³ A justificativa para o PL expressa a não intenção de reger os convênios público-público a que a Constituição brasileira repetidas vezes menciona, reconhecendo suas características peculiares e a necessidade de disciplina apartada. Por outro lado, como de fato se verifica na Lei nº 13.019/14, suas normas não atingem os contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais, mesmo que as OS se enquadrem no conceito de Organização da Sociedade Civil criado pela nova lei.

¹⁴ Vide artigo 5º da Lei nº 13.019/2014.

¹⁵ Trata-se de uma postura do Estado, implementando no âmbito estatal políticas de fomento da atividade privada que objetive a consecução de um interesse público, revelando, conforme leciona CHEVALLIER (2009, p.60), a preocupação de associar atores sociais à implementação das ações públicas, implementando a gestão delegada aos serviços ditos sociais, culturais ou econômicos, nos níveis nacional e local.

¹⁶ Art. 18. É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

colaboração regidas por esta nova lei, a não ser nos casos expressamente determinados em lei.¹⁷ Resta claro que, por opção legislativa, a disciplina dos Convênios Administrativos cingirá aos ajustes celebrados entre entes públicos, mediante regime de cooperação, passando as relações de fomento ao Terceiro Setor serem regidas por modalidades próprias.

Todavia, a redação do art. 84 suscita uma série de dúvidas. Primeiro porque não se indicou a qual legislação sobre convênio está a se referir o dispositivo. Contudo, o maior “desconforto” emerge do caput do art. 84, segundo o qual os convênios estarão cingidos aos ajustes celebrados entre entes públicos, mediante regime de cooperação. Como será abordado aqui, não pode o legislador ignorar que a palavra convênio está presente na Constituição de forma a envolver relações público-privadas e não apenas os enlacedes público-público e porque haverá situações que escaparão do campo de incidência da Lei nº 13.019/14, como os convênios celebrados com entidades que possuem ambição lucrativa.

Importa destacar que o projeto de lei previa inicialmente a revogação do artigo 116 da Lei nº 8.666/93, além dos artigos 10 e 15 da Lei nº 9.790/99, tendo em vista a inserção deste novo regramento jurídico. Contudo, pontuou-se que a revogação desse dispositivo poderia gerar verdadeiro vácuo normativo quanto os Convênios firmados pelos entes públicos, e aos demais ajustes que, apensar de terem como partícipes o particular, não se enquadram nos termos da Lei nº 13.019/2014¹⁸.

Feitas essas breves ponderações sobre o contexto em que se insere esse novo regime jurídico, passa-se a expor de forma específica as principais inovações trazidas por esta lei.

2. Fundamento da Lei nº 13.019/2014

O legislador federal parte da premissa que os ajustes sem finalidade econômica entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil¹⁹ são modalidades contratuais, motivo pelo qual a União teria competência constitucional para criar regras gerais. Tanto é assim que

¹⁷ Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados.

Parágrafo único. Os convênios e acordos congêneres vigentes entre as organizações da sociedade civil e a administração pública na data de entrada em vigor desta Lei serão executados até o término de seu prazo de vigência, observado o disposto no art. 83.

¹⁸ Nesse sentido, destaca-se trecho do Parecer elaborado no âmbito da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, relatado pelo então Senador Rodrigo Rollemberg: “Em face do imperativo de fundamentar raciocínio ora desenvolvido, adianta-se que não julgamos prudente, nem necessário revogar o art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993. Primeiramente, porque, até o momento, é a única norma geral, com estatura de lei, a disciplinar os convênios. Ocorre que ela se presta a regular não apenas os convênios da Administração Pública com entidades particulares, mas também entre os entes públicos. Assim, a revogação do art. 116 criaria um vácuo legislativo no tocante aos convênios entre órgãos e entidades do Poder Público. Naturalmente, com a aprovação da nova lei, o dispositivo terá seu âmbito de incidência limitado a esses casos.”

¹⁹ Organização da sociedade civil é nome genérico utilizado pela Lei 13.019/14

o PL recorre ao art. 22, XXVII da Constituição para sustentar a competência da União para editar as normas gerais sobre parcerias que recheiam a Lei 13.019/14²⁰.

Nesse mesmo sentido, concluiu Raquel Melo Carvalho, no parecer nº 15.387/2014, elaborado no âmbito da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais²¹:

Considerando o referido conteúdo da Lei Federal nº 13.019/2014, entende-se que, apesar da diversidade das expressões, o termo de colaboração e o termo de fomento instrumentalizam acordos que consagram parcerias com atendimento integral dos pressupostos conceituais da figura do contrato administrativo. Com efeito, o contrato administrativo é uma avença firmada entre a Administração e o terceiro contratado, submetida ao regime jurídico de direito público, com obrigações impostas para ambas as partes, sendo lícita a fixação de prerrogativas administrativas em favor do interesse público, com as respectivas contrapartidas aptas a assegurar o equilíbrio do ajuste bilateral. No caso de termo de colaboração e do termo de fomento, há um acordo firmado entre o Poder Público e uma organização da sociedade civil com deveres assumidos por ambas as partes; embora haja o interesse comum na cooperação, é certo que o Poder Público busca o atingimento de determinados resultados e a entidade privada pretende usufruir dos incentivos viabilizados pelo estado, sejam de natureza econômica, pessoal, financeira ou patrimonial. A oposição dos objetivos perseguidos pelas partes evidencia a natureza contratual do vínculo, o que o torna claro tratar-se, do ponto de vista jurídico, de um contrato administrativo, com a devida vênha das posições em sentido contrário. (grifo nosso)

Curiosamente, o Projeto de Lei nº 649, a despeito de valer-se do citado artigo constitucional, enfatiza o entendimento da doutrina tradicional²² que traça distinção entre as espécies de acordos, dividindo-os em convênios (as partes possuem interesses coincidentes) e contratos (marcados pelo antagonismo de pretensões)²³. Diz a justificativa para o PL²⁴:

Exatamente porque os acordos nos quais os interesses das partes são coincidentes (“convênios”, em sentido amplo) se diferenciam essencialmente dos acordos em

²⁰ Afirma o Senador Aloysio, à fl. 53 do Projeto de Lei: “O fundamento constitucional da lei que se pretende criar é o art. 22, XXVII da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União para legislar a respeito de normas gerais em todas as modalidades de contratação para a Administração Pública em todos os níveis (União, Estado, Distrito Federal, Municípios), incluindo entidades da administração indireta. Esse dispositivo constitucional, é bom frisar é fundamento da Lei nº 8.666, de 1993, bem como de seu já mencionado art. 116.” Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/98372.pdf>. Acesso em 20/05/2015.

²¹ CARVALHO, Raquel Melo. **Parecer nº 15.387/2014**. p. 14. Disponível em: <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/pareceres2014/parecer-15.387.pdf>. Acesso em 12/04/2015.

²² Há importantes trabalhos que desconstituem os argumentos clássicos, defendendo a natureza contratual dos convênios, como, por exemplo, a tese sobre Convênios Administrativos, apresentada no programa de pós-graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, por Gustavo Alexandre Magalhães.

²³ O presente texto enfrentará, mais adiante, a discussão sobre a competência legislativa da União para ditar normas gerais sobre as parcerias

²⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 649, de 2011. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre Administração Pública e entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. p.47. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=98462&tp=1>. Acesso em 25/05/2015.

que os interesses das partes são antagônicos (“contratos”, em sentido estrito), entendemos que esses temas devem ser tratados em leis distintas.

Ora, se convênios e contratos são figuras distintas, tal como afirma o PL, como sustentar a obrigatoriedade de observância dos ditames da Lei nº 13.019/14 pela totalidade de entes federados com o fundamento no art. 22, XXVII da Constituição Federal?

A redação do artigo 22, XXVII da Constituição Federal é clara ao determinar que cabe à União editar “normas gerais de *licitação e contratação*, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (grifo nosso).

Na medida em que se reconhece a identidade dos convênios, não faz sentido apoiar a criação de normas gerais no dispositivo constitucional que nada menciona a esse respeito.

A opção constitucional pelo federalismo importa a autonomia dos múltiplos entes políticos que integram a república para a definição dos seus contornos organizacionais e jurídicos, desde que competência diversa não tenha sido previamente fixada no texto constitucional.²⁵ Vale dizer, o texto constitucional original pode, como de fato o fez, criar “cicatrizes” na autonomia federativa, reservando à União a competência para criar normas gerais.

Mas no silêncio da Constituição, outra conclusão não se pode chegar senão a de que os entes federados decidem, legislam e executam, a seu modo, as políticas de colaboração e fomento, aprisionados, obviamente, pelos princípios da administração pública. Há, pois, no mínimo, uma contradição entre os fundamentos do Projeto de Lei.

Mas, ainda que ali se tivesse adotado a doutrina mais recente, que vislumbra identidade/aproximação entre contratos celebrados pela Administração Pública e convênios pactuados com entidades privadas²⁶, ao fundamento que, na prática a essência do vínculo está na remuneração por atividade desempenhada, nada ou pouco destoando de contratos de prestação de serviço, não há como ignorar alguns outros aspectos.

Em primeiro lugar nem todos os convênios (expressão usada na Lei nº 8.666/93 e ignorada na Lei nº 13.019/14) terão conteúdo que remonte a contratos de prestação de serviço. Haverá casos em que tal paralelismo não se fará possível. Vê-se, por exemplo, situações em que o Poder Público incentiva o privado a assumir compromissos de zelar por espaços públicos sem direito à contraprestação. Também se pode vislumbrar a soma de

²⁵ Seria distinto se o constituinte houvesse adotado outra forma de Estado que não a federal. Sobre o modelo de Estado autônomo, por exemplo, adotado na Espanha, conferir: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Estado autonómico y los nacionalismos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 91-103, set./dez. 2014.

²⁶ Nesse sentido, pondera Gustavo Magalhães: “O argumento de que nos contratos os interesses são contrapostos, por questão de coerência, deveria abranger também os convênios administrativos. Mas ninguém exige a contraposição de interesses como requisito da celebração de convênios. *Por essa razão deve ficar claro que a pluralidade de partes pressupõe (tanto para os contratos quanto para os convênios) a divergência de interesses, mas não a contraposição de objetivos*. Se nos convênios os interesses fossem comuns, idênticos, não haveria negócio jurídico bilateral (que pressupõe acordo de vontades autônomas), mas sim negócio jurídico unilateral. (grifo nosso)” MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios Administrativos. Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012. p. 214.

esforços público e privado visando à realização de um evento²⁷, quando também não se faz pagamento pelo trabalho entregue.

Mas, o argumento decisivo está no próprio texto constitucional.

A própria Constituição da República adota ambas as terminologias. Fala-se em contratos, mas também em convênios. Não nos referimos aos convênios público-público, a que alude o artigo 241 da Constituição, mas ao convênio público-privado de que cuida o seu artigo 199, § 1º.

Ora, se a Constituição brasileira prevê a celebração de convênios público-privado não nos parece possível ignorar a intenção de conferir individualidade própria a esse ajuste. Não se pretende ignorar que alguns “convênios” são verdadeiros “contratos de prestação de serviço”, rotulados de forma distinta como intuito de escapar da incidência da Lei nº 8.666/93, já que seu art. 116 oferece uma válvula de escape ao utilizar a expressão “no que couber”. Mas a presença de convênios “fantasia” não basta para aniquilar a possível existência de convênios “genuínos” entre a esfera pública e o setor privado

Logo, parece-nos faltar respaldo constitucional à pretensão da esfera federal de transpor aos demais entes federados as regras que, no seu sentir, deveriam conduzir a celebração, gestão e fiscalização de vínculos desse jaez.

Importa recordar que boa parte dos dispositivos da Lei nº 13.019/14 são inspirados em outras regras federais, com destaque para os Decretos nºs 3100/03, 6.170/07 e a Portaria Interministerial 507/11. Em certa medida, o legislador quer impor aos demais entes cumprir o que a União já vem realizando.

Há que se deixar claro que não se desconsidera a necessidade de condicionar a celebração das “parcerias” entre Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos a observância de normas. Logo não se defende a escolha injustificada de entidades, a precariedade do vínculo ou a ausência de fiscalização, em especial porque a própria Constituição já fornece material suficiente para que se refutem ajustes assim. O que se discute é se a União pode dizer como tais aspectos serão observados pelos demais entes.

3. Conceitos das Organizações da Sociedade Civil e requisitos formais para enquadramento nos termos da Lei nº 13.019/2014

Confirmada a inconstitucionalidade da Lei nº 13.019/14, nada mais restaria a comentar. Contudo, diante da presunção de constitucionalidade afastada apenas diante de declaração formal pelo órgão judicial competente a fazê-lo, cumpre-nos avançar na avaliação.

O artigo primeiro da Lei nº 13.019/2014 define que as normas gerais para parcerias voluntárias serão aplicáveis, de um lado, aos entes políticos ou entidades de sua Administração Indireta, e, de outro, às Organizações da Sociedade Civil, para a consecução de finalidades de interesse público.

²⁷ Não estamos a cuidar de patrocínio, mas de evento executado por ambas as partes.

Quanto aos entes políticos abrangidos pela legislação, o citado artigo vincula obediência à lei, como já sinalizado, não apenas à União e a Administração Pública Indireta Federal, mas também aos Estados, Distrito Federal, Municípios e às suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mistas prestadoras de serviço público e suas subsidiárias.

No que tange às organizações sujeitas às regras impostas por esta lei, é essencial atentarmos à definição explicitada pelo art. 2º, I²⁸. Segundo o citado artigo, são consideradas organizações da sociedade civil as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que não distribuam excedentes operacionais, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio aos diretores, sócios, associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, e que apliquem os valores percebidos pelas atividades institucionais, integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Ressalta-se que a definição do art. 2º, I é abrangente. A lei é aplicável a qualquer pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, com finalidade de consecução ao interesse público, e que atenda a determinação de não distribuição de lucros ou excedentes.

Porém, o art. 3º, III²⁹ afasta a aplicação do diploma ora estudado aos contratos de gestão, celebrados pelas Organizações Sociais. No âmbito legislativo, o relator da lei limitou-se a fundamentar essa exclusão afirmando que “a proposição não abrange o “contrato de gestão” com Organização Social, que continua regida unicamente pela Lei nº 9.637, de 1998, por significativa incompatibilidade entre seus princípios”³⁰.

Ressalta-se que essa exclusão estaria restrita aos Contratos de Gestão celebrados por tais entidades, não abrangendo possíveis Termos de Colaboração ou Termos de Parceria. Isto significa que, o fato de uma organização ser reconhecida como OS não importa na inaplicabilidade da lei, dependendo, isto sim, do qual seria o objeto de parceria.

Tal exclusão seria explicável considerando a missão dessas entidades, substituindo o Poder Público, com o objetivo de atender a sociedade civil na prestação, por exemplo, de atividades de saúde e educação. Trata-se de verdadeira desoneração do Estado, motivo pelo

²⁸ I - organização da sociedade civil: pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, 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, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

²⁹ Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

³⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 649, de 2011. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre Administração Pública e entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. p. 47 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=98462&tp=1>. Acesso em 12/04/2015.

qual se justifica o tratamento diferenciado dessas entidades, quando no âmbito dos contratos de gestão, apto a afastar a aplicação da Lei nº 13.019/2014³¹.

Além disso, pontua-se que para os ajustes celebrados por OSCIPS aplicam-se as determinações da Lei nº 13.019/2014³² apenas no que couber. Nesse ponto, identifica-se outro exercício de difícil execução, isto é, como definir as hipóteses nas quais caberia ou não aplicar à Lei nº 13.019/14 a tais ajustes. Seria aplicável tudo aquilo que não viola diretamente os ditames da Lei nº 9.790/99 ou o que o administrador casuisticamente entender que seria necessário?

Ainda sobre a exclusão de aplicabilidade da lei ora comentada, ressalta-se que o inciso II, do artigo 3^o³³ também exclui do âmbito de incidência dessa lei as transferências voluntárias regidas por lei específica. Contudo, tal dispositivo é excessivamente genérico, não sendo possível identificar qual seria a lei específica que permite transferência voluntária direta a particulares ou quais disposições seriam contrárias à lei geral de parcerias.

Outro aspecto que tem sido objeto de questionamentos, em especial diante do largo conceito de Organização da Sociedade Civil, envolve a incidência ou não dos ditames da Lei nº 13.019/2014 sobre os Serviços Sociais Autônomos - SSA.

Com efeito, considerando que a Lei não estabelece, como condição de enquadramento ou não, o mecanismo de criação da entidade, não excetuando entidades oriundas de processo legislativo, a conclusão inicial permitiria afirmar que a Lei nº 13.019/14 atinge também os serviços sociais autônomos. A conclusão seria reforçada pelo fato de a Lei nº 13.019/14 não empregar a expressão “terceiro setor”, bastante para afastar os Serviços Sociais Autônomos, porque nascida para abranger entidades gestadas por particulares de forma a atender propósitos socialmente relevantes e sem intuito especulativo.

Porém, o exame das circunstâncias que conduziram à edição da lei, que dizem respeito a denúncias envolvendo repasse de recursos públicos e fragilidades na escolha e fiscalização das entidades agraciadas, nenhuma relação possui com os SSA. Não se encontra na justificativa do Projeto de Lei alusão aos SSA como alvos aos quais também se destinaria a lei.

De se notar que os SSA tradicionais, cujo ápice de surgimento remonta à década de 40 do século XX, voltados ao amparo do trabalhador, são distintos dos atuais SSA, que não se prestam a atender determinada categoria funcional, mas voltam-se a colaborar com

³¹ A distinção das OS, frente as demais, não está no escopo desse trabalho. Para aprofundamento sobre esse tema, recomenda-se a leitura de artigo Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em Face dos Danos Causados a Terceiros, elaborado por Cristiana Fortini, disponível em: <http://www.direito-doestado.com/revista/RETE-6-JUNHO-2006-CRISTIANA%20FORTINI.pdf>.

³² Art. 4º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às relações da administração pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria.

³³ Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

II - regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário;

atividades oferecidas a toda coletividade. Como exemplo de maior visibilidade, destaca-se a Rede Sarah.

São entidades que se originam de vontade político-administrativa. Diversamente do que ocorre com os entes a que a Lei nº 13.019/14 se volta, os Serviços Sociais Autônomos não são entidades privadas cujo nascimento decorre de vontade e esforço de indivíduos. Menos ainda nascem com o intuito de disputar espaço com outras entidades.

Abordagem importante a respeito da dualidade de SSAs, foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do Recurso Extraordinário 789.874/DF³⁴, relatado pelo Ministro Teori Zavaski. Afirma o eminente Ministro:

Presentes no cenário brasileiro desde a década de 1940, as entidades integrantes do denominado Sistema “S” resultaram de iniciativa estatal destinada a desenvolver a prestação de certos serviços de elevado valor social. Conferiu-se a entidades sindicais dos setores econômicos a responsabilidade de criar, organizar e administrar entidades com natureza jurídica de direito privado destinadas a executar serviços de amparo aos trabalhadores. Como fonte financiadora desses serviços, atribuiu-se às empresas vinculadas a cada um dos setores econômicos envolvidos a obrigação de recolher uma contribuição compulsória, incidente sobre suas folhas de pagamento.

(...)

É importante não confundir essas entidades, nem equipará-las com outras criadas após a Constituição de 1988, cuja configuração jurídica tem peculiaridades próprias. É o caso, por exemplo, da Associação das Pioneiras Sociais - APS (serviço social responsável pela manutenção da Rede SARAH, criada pela Lei 8.246/91), da Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX (criada pela Lei 10.668/03) e da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI (criada pela Lei 11.080/04). Diferentemente do que ocorre com os serviços autônomos.

(...)

Justamente por isso, a doutrina especializada registra e classifica:

“(...) dois tipos distintos de Serviços Sociais Autônomos:

a) aqueles aos quais foi atribuída capacidade tributária para arrecadar e gerir contribuições sociais, e que atuam em uma nova atividade criada pela iniciativa privada para o desenvolvimento de atividades do terceiro setor; e

b) aqueles cuja subsistência decorre de repasses governamentais, decorrentes de receita própria, seja em razão de fundos públicos ou de transferência de empréstimos obtidos interna ou externamente, e que são criados a partir de um órgão público preexistente, assumindo-lhe as funções e que, para sua efetiva implementação como instrumentos da atuação do Estado nesta área, devem estar acompanhados de contrato de gestão. (SCAFF, Fernando Facury. Contrato de Gestão, serviços sociais

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 789874, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, Acórdão eletrônico repercussão geral - Mérito DJe-227 Divulgação: 18-11-2014 Publicação19/11/2014.

autônomos e intervenção do Estado. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, n. 12, ano 3, out./dez. 2001)

Bem se vê, portanto, que ao contrário dos serviços autônomos do primeiro grupo, vinculados às entidades sindicais (SENAC, SENAI, SEST, SENAT e SENAR), os do segundo grupo (APS, APEX e ABDI) não são propriamente autônomos, pois sua gestão está sujeita a consideráveis restrições impostas pelo poder público, restrições que se justificam, sobretudo, porque são financiadas por recursos do próprio orçamento federal. Essas limitações atingem, inclusive, a política de contratação de pessoal dessas entidades. Tanto a lei que autorizou a criação da APS, quanto aquelas que implementaram a APEX e a ABDI têm normas específicas a respeito dos parâmetros a serem observados por essas entidades nos seus processos seletivos e nos planos de cargos e salários de seus funcionários (ex: art. 3o, VIII e IX, da Lei 8.246/91, art. 9o, V e VI da Lei 10.668/03 e art. 11, §§ 2o e 3o da Lei 11.080/04).”

A diferença entre os dois Serviços Sociais autônomos não parece interferir quando em questão a não influência da Lei nº 13.019, ao menos não no que toca à questão da seleção das entidades e ao chamamento público.

Em todos os casos, os serviços sociais autônomos são entidades que se originam de vontade político-administrativa. Por trás do seu nascimento, há sempre a lei. O Estado está, ao patrocinar sua criação, interessado na existência de uma pessoa que, embora não pertença ao aparato estatal, não pode ser comparada a um privado. Por isso, a expressão paraestatal a designar a condição peculiar das citadas entidades.

Outro ponto demanda atenção: tendo o legislador especificado que essa lei se aplica apenas às Organizações da Sociedade Civil que não tenham fins lucrativos, qual será o tratamento estendido aos ajustes que tenham particulares de natureza lucrativa, mas que nessa determinada relação jurídica não tenham como objetivo esse fim? Esses ajustes permaneceriam no âmbito do artigo 116 da Lei nº 8.666/93?

Sob a ótica da consecução do interesse público, conforme leciona Gustavo Magalhães³⁵, é possível que particulares com fins lucrativos figurem nessas espécies de acordos, desde que, para a execução do objeto específica, o colaborador atue de forma desinteressada de lucro, não exigindo, portanto, qualquer contrapartida financeira para realização da atividade social. Parece-nos relevante que a ação desinteressada, que esses ajustes exigem, cinja-se ao fim lucrativo destes, e não à natureza jurídica, em si, do colaborador.

Nesse sentido, tendo a lei expressamente delimitado seus destinatários, não se aplicariam as disposições desse instrumento legal a situações desse viés. Contudo, por vezes a disciplina contida no art. 116 da Lei nº 8.666/1993 pode não ser suficiente, especialmente por ter como pressuposto ajustes que importam no repasse de recursos aos particulares, restando vácuo normativo sobre o tema.

³⁵ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Convênios Administrativos**. Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70.

Desta sorte, em razão da falta de densidade normativa da matéria, e dos benefícios à consecução do interesse público, parece relevante aplicar, ainda que de forma não exclusiva, a princiologia que alicerça nova lei, em especial o que reforça a necessidade de transparência e impessoalidade.

Além disso, salta a atenção que o artigo 33 impõe às entidades que objetivam firmar parcerias com a Administração Pública alguns requisitos rígidos quanto às regras estatutárias: (i) previsão do objeto voltado à consecução de atividades com cunho social ; (ii) constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, (iii) previsão de transferência do patrimônio líquido, no caso de dissolução, a outra pessoa jurídica de igual natureza e preferencialmente de objeto social semelhante, (iv) estabelecimento de normas de prestação de contas sociais, que observem as Normas Brasileiras de Contabilidade e que deem ampla publicidade às contas anuais.

Além disso, são elegíveis, para fins dessa lei, as instituições constituídas há, no mínimo, três anos³⁶, que comprovem experiência na realização do objeto da parceria almejada³⁷ e que comprovem a capacidade técnica e operacional para o cumprimento das metas estabelecidas no ajuste³⁸.

A respeito da exigência de tempo prévio de constituição, cabe ponderar que o requisito isoladamente não se presta a acautelar o interesse público. A mera existência por três anos nada significa. O que importa, se o que se pretende é afastar aventureiros, está na alínea “b” do inciso VII do art. 24, qual seja, a experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante. E para tal requisito, não se impõe período mínimo. Logo, parece inconveniente exigir que a OSC tenha 3 anos de existência, com cadastro ativo, quando o que se deve examinar é acúmulo de experiência. O inconveniente se agravará, em casos concretos, quando se perceber a ausência de entidades que consigam cumprir a alínea “a”, embora cumpram os demais requisitos.

Ressalta-se que tempo mínimo de existência não constava do PL nº 649/11, mas já era previsto na Portaria Interministerial nº 507/2011³⁹. Claramente, a União quer expandir sua decisão política aos demais entes federados. Vê-se também que esse requisito não está presente na Lei nº 9.637/98 e na Lei nº 9.790/99, que disciplinam, respectivamente, na esfera federal as Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público⁴⁰.

³⁶ Art. 24, § 1, VII, “a” da citada lei.

³⁷ Art. 24, § 1, VII, “b” da citada lei.

³⁸ Art. 24, § 1, VII, “c” da citada lei.

³⁹ Art. 8º § 1º O edital do chamamento público ou concurso de projetos conterá, no mínimo, as seguintes informações: IV - exigência de declaração da entidade proponente de que apresentará, para celebração do instrumento, comprovante do exercício, nos últimos 3 (três) anos de atividades referentes à matéria objeto do convênio ou termo de parceria que pretenda celebrar com órgão ou entidade, nos termos do § 7º deste artigo;

⁴⁰ Em verdade, as Leis 9.637/98 e a Lei 9.790/99 não fixam, também, exigências de expertise anterior ou demonstração de capacidade técnica e operacional.

A comparação entre o PL e a Lei nº 13.019/14 também permite constatar que as alíneas “b” e “c” do art. 24 § 1, VII, que hoje criam condicionantes para que a OSC possa participar do chamamento, antes estavam posicionadas como critérios de julgamento obrigatório (art. 26 do PL).

Com efeito, no PL nº 649/11 original, seis eram os critérios de julgamento obrigatórios. Na Lei nº 13.019/14, o artigo que se dedica ao assunto (art. 27) preservou apenas dois dos seis critérios obrigatórios de julgamento: (i) o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa que se insere o tipo de parceria e (ii) ao valor de referência constante do chamamento público. Dos outros quatro critérios, dois outros foram alocados exatamente nas alíneas “b” e “c”, antes comentados.

Nesse ponto, indaga-se: qual o destino dos outros dois? Um dos critérios de julgamento sugeridos no PL foi suprimido. Referia-se ao valor da contrapartida financeira. A Lei nº 13.019/14 suprimiu a contrapartida financeira (art. 35, § 1). O último critério a que o art. 26 do PL aludia está previsto no art. 34, IV da Lei nº 13.019/14. Ao invés de considerá-lo como critério obrigatório de julgamento, a Lei exige, para celebração das parcerias, que as OSC apresentem documento que evidencie a situação das instalações e as condições materiais da entidade, quando essas instalações e condições forem necessárias para a realização do objeto pactuado. Ou seja, todas as OSC deverão comprovar a adequação das instalações e das condições materiais, se isso for necessário à concretização do objeto.

Como forma de ampliar a participação, a lei possibilita a participação de Organizações Sociais de forma coligada, desde que a associação seja compatível com a execução do objeto do ajuste e expressamente permitida pelo edital. Para tanto, a instituição responsável, deverá ter ao menos cinco anos de constituição perante a Receita Federal e experiência na consecução do objeto por, pelo menos, três anos (art. 25). Ou seja, o lapso temporal de prévia existência é ainda maior do que o fixado no art. 24. Além disso, no momento de celebração do ajuste, deverão ser indicadas todas as organizações que executarão, ainda que de forma supletiva, o objeto, não podendo essa lista ser alterada sem o prévio consentimento da Administração Pública.

A atuação em rede assemelha-se a uma espécie de consórcio entre as entidades. Entretanto, o fato de uma entidade celebrante assumir a “integral responsabilidade” reflete regimento diverso do constante na Lei nº 8.666/93. Isso porque, ao disciplinar o consórcio, a Lei nº 8666/93 (art. 33, V) prevê responsabilidade solidária das integrantes no decorrer da licitação e da execução do contrato.

Por fim, estão expressamente impedidas de figurar nesses ajustes, nos termos do artigo 39 da citada lei, aquelas organizações sociais que não estejam legalmente constituídas ou que não tenham cumprido com o dever de prestar contas em parcerias anteriores. Da mesma forma, não poderão compor esses ajustes, as organizações que tenham como dirigente “agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou

companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau”.

Além disso, é vedada a celebração dos ajustes previstos nessa lei as instituições com contas rejeitadas nos últimos cinco anos pela Administração Pública, que não tenham sanado a situação e quitado os eventuais débitos, ou que a decisão que rejeitou as contas não tenha sido reformada.

Tem-se ainda a enumeração de diversas situações que culminam na aplicação de sanção, que impedem a participação das organizações sociais, tais como: suspensão para participação em licitação ou declaração inidoneidade, suspensão para participação participar de chamamento público, nos termos do artigo 73, incisos II e III da mesma lei, reprovação das contas em outras de parceria, em decisão irreversível nos últimos oito anos, por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação.

Definidos os principais requisitos para participação do particular no âmbito da Lei nº 13.019/2014, passa-se a estudar os contornos das modalidades de parceria previstas pelo marco legal.

4. Instrumento de formalização das parcerias: Termo de Colaboração e Termo de Fomento

Com a aprovação da citada lei foram regulamentadas no ordenamento jurídico pátrio duas espécies de acordos entre as organizações da sociedade civil e a Administração Pública: o Termo de Colaboração e o Termo de Fomento.

O Termo de Colaboração é ajuste que formaliza a parceria entre Estado e Organização da Sociedade Civil, para a consecução de interesse público, que tenha sido proposto pela Administração Pública (art. 2º, VII). O Termo de Fomento, por sua vez, tem contornos semelhantes ao ajuste acima descrito, se distinguido deste apenas por resultar de processo que resulta de proposta formulada pela organização civil (art. 2º, VIII).

De início, chama atenção a opção legislativa por adotar nova terminologia aos ajustes antes chamados genericamente de convênios. Na justificativa do projeto de lei o Senador Aloysio Nunes Ferreira revela que a alteração seria necessária, pois o vocábulo “convênio” teria significado genérico, aplicável a qualquer modalidade de acordo no qual as partes possuem buscam o mesmo objetivo⁴¹. Por tal motivo, segundo o relatório, optou-se por deixar o vocábulo convênio com sentido específico, abrangendo apenas as parcerias realizadas entre unidades federativas e os “convênios ordinários” e os “convênios de pequeno porte”, e adotar o termo “parcerias” como gênero.

⁴¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 649, de 2011. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre Administração Pública e entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. p. 47/48. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=98462&tp=1>. Acesso em 12/04/2015.

Ressalta-se que a Emenda 2-CMA/CAE⁴², relatada pelo Senador Rodrigo Rollemberg, eliminou alguns dispositivos sob o pretexto de que a constitucionalidade e juridicidade poderiam ser contestadas. Assim, o então Senador atribuiu nova redação à proposta de lei, excluindo o “convênio ordinário” e “convênio de pequeno porte” sugeridos no texto original. Diante dessas alterações, a adoção da terminologia “convênio” restaria limitada apenas para as relações entre entes públicos.

Nesse ponto, convém realizar uma crítica, já sinalizada, em certa medida neste trabalho. A alteração terminológica proposta ignora que a Constituição Federal expressamente prevê a existência de convênios realizados entre entes públicos e privados, nos termos do artigo 199, bem como que o artigo 116 da Lei nº 8.666/1993 permanece em vigor. Assim, não parece possível cogitar da eliminação da expressão “convênios” ou mesmo de sua realização. No mínimo, ainda seria possível cogitar de convênios entre entes estatais e empresas, incumbidos de objetivos comuns, ausente finalidade lucrativa.

Quanto à escolha entre as duas espécies de parcerias, ressalta-se que essa será definida de parte que propuser o plano de trabalho. Nesse sentido, observa-se a aproximação desses instrumentos a figuras já aplicáveis às concessões e Parceria Público-Privadas, para permitir maior participação da iniciativa privada nos estudos e estruturação dos futuros projetos. Considerando o disposto no art. 21 da Lei nº 8.987/95, os entes federados têm regulamentado e utilizado procedimentos, cujos nomes oscilam, mas que visam formalizar a cooperação privada, na construção da licitação, por entidades que porventura podem integrar o rol de licitantes, no futuro⁴³. Na esfera federal, prevê-se a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP, situação em que os particulares propõem projetos e soluções e o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, por intermédio do qual a Administração Pública apresenta suas prioridades com o objetivo de receber estudos, levantamentos e projetos para consecução destas.

Importa destacar, que os artigos 16 e 17 da mesma lei impõem que esses acordos serão celebrados sempre que houver transferência voluntária de recursos com fim à consecução do plano de trabalho proposto, devendo ser precedido, em regra, de chamamento público.

A menção à transferência de recursos não se coaduna com o artigo inaugural da Lei. O art. 1 da Lei nº 13.019/14 define que se aplicam as normas gerais da presente lei às parcerias que envolvam ou não a transferência voluntária de recursos.

A formalização desses ajustes dependerá de parecer de órgão técnico (art. 35, V) da Administração Pública, que deverá se pronunciar expressamente quanto ao mérito da

⁴² BRASIL. Emenda 02 substitutiva do Projeto de Lei nº 649, de 2011. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre Administração Pública e entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=138397&tp=1#Emenda2>. Acesso em 12/04/2015

⁴³ O atual Decreto Federal nº 8.428/15 prevê o procedimento de manifestação de interesse e a manifestação de interesse da iniciativa privada.

proposta, a reciprocidade de interesse na celebração do ajuste, viabilidade da execução e dos valores estimados, dos meios disponíveis para execução e da designação de comissão para comissão de avaliação. Ao menos em uma análise inicial, soa estranha a localização do dispositivo em comento. Exigir parecer técnico que envolva o mérito da proposta, como condição para celebração dos Termos de Comento ou Colaboração, quando, ao menos pelo que se extrai da organização da lei, já se abordou o chamamento público. Estaria o legislador cogitando de um parecer técnico após o chamamento público? Se sim, cabe, após o chamamento, investigar o “mérito da proposta” como menciona o art. 35, V, “a”?

Além disso, faz-se necessário parecer jurídico, emitido pelo órgão de assessoria ou consultoria da Administração Pública, atestando o cumprimento dos requisitos exigidos no âmbito da Lei nº 13.019/2014. Trata-se de dispositivo que reflete regra semelhante na Lei nº 8.666/93 (art. 38, VI).

Quanto ao objeto dos citados ajustes, destaca-se que são vedadas as parcerias⁴⁴ que importem na delegação de atividade regulatória, fiscalizatória ou outras exclusivas do Estado⁴⁵, bem como de prestação de serviços ou atividades que tenham como destinatário final o aparelho administrativo do Estado.

Da mesma forma, não poderão ser objeto desses ajustes serviços de apoio administrativo. Tais vedações expressam a preocupação do legislador de que os ajustes tenham, de fato, consecução de fim social, e não de atividades que deveriam atrair o regime contratual administrativo, mas que, em razão do regime mais flexível, tentam enquadrar-se como parcerias. Além disso, pressupõe-se estar no âmbito da atividade de fomento, sendo, portanto, atividade em caráter suplementar, sob o risco de se ter uma formalização de parceria à substituição de verdadeiro contrato de prestação de serviço⁴⁶.

A citada lei expressamente veda a criação de novas modalidades de parcerias entre a Administração Pública e os particulares, bem como a combinação das diferentes modalidades previstas nesta lei. Em que pese tal determinação, a própria lei ressalva de que tal não implica em qualquer prejuízo aos termos de gestão e de parceria, previstos nas Leis nºs 9.637/1998, e 9.790/1999, que permanecem com os contornos definidos pelas leis específicas.

⁴⁴ Art. 40. É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente:

I - delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado;

II - prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado.

Parágrafo único. É vedado também ser objeto de parceria:

I - a contratação de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado;

II - o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens.

⁴⁵ As vedações são, em certa medida, semelhantes às constantes da Lei 11.079/04 (PPP) e da IN 2/08 do Ministério Planejamento Orçamento e Gestão.

⁴⁶ MAGALHÃES. Gustavo Alexandre. **Convênios Administrativos**. Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012. p. 100-101.

Por fim, destaca-se que a lei impõe à Organização da Sociedade Civil indicar no instrumento de formalização da parceria um dirigente que se responsabilizará solidariamente à instituição pela execução e cumprimento das metas definidas no ajuste⁴⁷. Interessante que, enquanto a Lei nº 13.019/14 estabelece a responsabilidade da pessoa física pelo que seria atribuível à pessoa jurídica, a Lei Anticorrupção Empresarial prevê a responsabilização da pessoa jurídica por atos cometidos pelo seu corpo funcional. Ainda diferentes, essas determinações vislumbram o mesmo objetivo: responsabilização tanto da pessoa jurídica quanto dos dirigentes por atos contrários à legislação pertinente.

5. Obrigatoriedade de seleção das Organizações da Sociedade Civil por Chamamento Público

A citada lei encerra no âmbito doutrinário acaloradas discussões sobre a necessidade ou não de realização de procedimento licitatório para a celebração de convênios entre a Administração Pública.

Isto porque, o entendimento majoritário da doutrina era de que o trecho “no que couber”, do artigo 116 da Lei 8.666/1993 não importava a aplicação do regime contratual administrativo aos convênios. Dessa forma, a obrigatoriedade de licitação para celebração dos contratos não alcançaria, necessariamente, os convênios⁴⁸.

Contudo, interessantes questionamentos a tal posicionamento foram suscitados nos últimos anos, principalmente em relação à inexistência de distinção quanto à natureza jurídica dos convênios, apta a afastar o dever de licitar, insculpido no art. 37, XXI, e insuficiência do discurso de inviabilidade de competição e inexistência de fim lucrativo das entidades de Terceiro Setor, para justificar a criação de prerrogativas no que tange à celebração desses ajustes.

Ocorre que a possibilidade de se preterir uma organização privada em favor de outra (ou um determinado interesse em detrimento de outro) efetiva-se legitimamente apenas quando há um procedimento administrativo lícito e idôneo capaz de selecionar a organização privada que melhor atenderá aos fins do próprio convênio. Não poderia ser afastada a incidência do regime jurídico-administrativo sobre as relações do Estado com o terceiro setor com base na premissa de que a entidade particular atua de forma cooperada a fim de se atingir um interesse público.

⁴⁷ Art. 37. A organização da sociedade civil indicará ao menos 1 (um) dirigente que se responsabilizará, de forma solidária, pela execução das atividades e cumprimento das metas pactuadas na parceria, devendo essa indicação constar do instrumento da parceria.

⁴⁸ Nesse sentido, destaca Marçal Justen Filho: “Mesmo quando algum particular participa do convênio, a licitação não se faz necessária porque as partes do convênio não visam extrair algum benefício pessoal a partir da execução da avença. Logo, a natureza não interessada e destituída de cunho egoístico conduz à possibilidade, teórica, de todos os possíveis interessados comprometerem seus esforços recursos para a satisfação de necessidades administrativas”. Destaca-se que o citado professor, em seguida defende que caso haja situação de exclusão em relação a quem celebrará o ajuste, poderá ser obrigatório um procedimento seletivo. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 935.

Reconhecendo que às relações de fomento aplica-se o princípio da isonomia, e que não há motivo apto a ensejar esses privilégios, a Lei nº 13.019/2014 impõe como regra a realização de Chamamento Público para a formalização desses ajustes, reservando uma inteira seção para pormenorizar de que forma será realizada a seleção dos interessados em se associar à Administração. Destaca-se que a determinação de Chamamento Público, como método de seleção de instituições do Terceiro Setor, já possuía alicerce no art. 4º do Decreto nº 6.170/2007⁴⁹, contudo, tal determinação era oponível necessariamente apenas nos casos que envolvessem a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

De forma geral, o artigo 23 expõe que deverão ser adotados procedimentos claros, objetivos, que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos órgãos da administração pública, independentemente da modalidade de parceria que será objeto do certame. O edital para o Chamamento Público deverá conter, no mínimo, informações sobre a o objeto, programação orçamentária, prazos e condições para a celebração do ajuste, datas e critérios de julgamento das propostas, além das exigências quanto a constituição das organizações civis, que foram tratadas no tópico anterior.

Quanto ao procedimento de Chamamento Público, foi prevista a inversão de fases, sendo o julgamento do grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do ajuste precedente à etapa de verificação documental, conforme determinação do artigo 28 da citada lei.

Em que pese à realização de Chamamento Público ser a tônica desse regime jurídico, foram previstas hipóteses de dispensa e inexigibilidade desse procedimento de seleção.

Quanto à inexigibilidade, a Lei nº 13.019/2014, de certa forma, a reproduzir os termos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, dispondo que a inviabilidade de competição, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas necessárias à execução do objeto, poderão afastar a obrigatoriedade de procedimento de seleção.

Por sua vez, a dispensa de chamamento público poderá ser invocada nos casos de: (i) urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, (ii) guerra ou grave perturbação da ordem pública, desde que o ajuste tenha como objeto atividade natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, ou (iii) quando o ajuste tiver por objeto a realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança.

Importa destacar que, por veto presidencial, seguinte hipótese de dispensa de licitação foi retirada da redação:

⁴⁹ Art. 4º A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:

(...)

IV - nos casos em que, no momento da dispensa, o objeto do termo de fomento ou de colaboração esteja sendo realizado adequadamente pela mesma organização da sociedade civil, ininterruptamente, há pelo menos 5 (cinco) anos e as respectivas prestações de contas da aplicação de recursos públicos tenham sido devidamente aprovadas.

A justificativa apresentada para alicerçar o veto presidencial do inciso transcrito, foi a de que este dispositivo poderia perpetuar a execução de parcerias com as mesmas instituições sem a necessidade de Chamamento Público, em dissonância com o espírito geral do texto.

Nesse caso, parece-nos acertado o referido veto, tendo em vista a hipótese retirada da lei reduziria a aplicação da obrigatoriedade de Chamamento Público apenas às instituições que, todavia, não possuem vínculo prolongado com a Administração, tratando-se de verdadeira assimetria de tratamento. E mais, nos casos em que a paralisação do serviço seja iminente, e que possa causar graves prejuízos ao interesse público, a Administração poderá justificar a dispensa pelo inciso I do mesmo artigo, não sendo o argumento de que a prestação do objeto é realizada adequadamente suficiente para afastar o dever geral de realização procedimento de seleção.

Por todo o exposto, verifica-se que a imposição do Chamamento Público, como regra geral para a seleção das organizações sociais, concretiza as diretrizes constitucionais de isonomia e impessoalidade, dando maior legitimidade as seleções das entidades do Terceiro Setor.

6. Conclusões

A Lei nº 13.019/2014 institui o marco regulatório para as relações de colaboração, estabelecendo parâmetros com o intuito de conferir maior legitimidade e transparência aos ajustes firmados entre os entes públicos e privados em todas as esferas de poder.

A despeito da intenção que perpassa a lei, a União não tem competência para criar normas gerais para ajustes celebrados entre entidades públicas e privados, tendo como fundamento exclusivamente art. 22, XXVII, da Constituição Federal, considerando a existência de convênios genuínos, nos quais não se observa a oposição de objetivos, bem como a previsão no texto constitucional que as instituições privadas podem firmar convênios. Nesse sentido, ficaria afastada a aplicação do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, sendo a Lei nº 13.019/2014 oponível tão somente ao âmbito da Administração Pública Federal.

Ressalta-se que a lei em questão cria as figuras do Termo de Colaboração e Termo de Fomento. O primeiro formalizaria a parceria entre Estado e Organização da Sociedade

Civil, para a consecução de interesse público, que tenha sido proposto pela Administração, enquanto o segundo, com contornos semelhantes, se distingue deste apenas por iniciar por proposição da organização civil (art. 2º, VIII).

Em ambos os casos ficam determinados rígidos critérios para formalização, execução e controle desses ajustes, tais como necessidade de chamamento público, ampla publicidade dos ajustes, elaboração parecer jurídico atestando o mérito da proposta e viabilidade da execução do projeto, bem como a responsabilização solidária do dirigente da entidade privada, materializando, desta forma, parâmetros coerentes com os princípios do regime jurídico-administrativo.

7. Referências

BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 789874, Relator(a): Min. **TEORI ZAVASCKI**, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, Acórdão eletrônico repercussão geral - Mérito DJe-227 Divulgação: 18-11-2014 Publicação 19/11/2014.

CARVALHO. Raquel Melo Urbano. **Parecer nº 15.383**. Disponível em: <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/pareceres2014/parecer-15.383.pdf>. Acesso em 14/04/2015.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo. Atlas, 2012.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 8. ed. São Paulo: Atlas.

FORTINI, Cristiana. **Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP**. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em Face dos Danos Causados a Terceiros. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 6, jun./ago. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-CRISTIANA%20FORTINI.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Fórum, 2010.

MAGALHÃES. Gustavo Alexandre. **Convênios Administrativos. Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico**. São Paulo: Atlas, 2012.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 184-203, jul./dez. 2014.

PLACHA, Gabriel. Os impactos e as perspectivas da regulação estatal sobre as atividades econômicas. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 251-270, jul./dez. 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Estado autonómico y los nacionalismos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 91-103, set./dez. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.

REFLEXÕES SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

RAFAEL VALIM*

Sumário: 1. Introdução; 2. A competência regulamentar no contexto do Regime Diferenciado de Contratações – RDC; 3. O sigilo do orçamento sob a ótica do princípio da proporcionalidade; 4. Contratação integrada; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Transcorridos alguns anos desde o advento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Medida Provisória n. 526/2011, posteriormente convertida na Lei n. 12.462/2011 – parece-nos oportuna uma reflexão, ainda que breve, sobre este polêmico modelo de contratação pública.

Sem incursionar na espúria maneira com que foi introduzido na ordem jurídica nacional, *anunciou-se oficialmente* o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC como uma panaceia contra os males que acometem as contratações públicas no Brasil, sobretudo sob os ângulos da eficiência e da competitividade entre os licitantes.

Em nosso juízo, porém, uma vez mais se adotou a equivocada premissa de que os problemas das contratações públicas residem na *etapa externa da licitação pública*. Não obstante sejam sempre bem-vindos aprimoramentos em matéria procedimental, certo é que as vicissitudes das contratações públicas brasileiras se concentram *antes* e *depois* da aludida etapa externa da licitação, ou seja, no *planejamento* (= etapa interna da licitação)² e na *execução do contrato administrativo*.

Aliás, conforme veremos mais adiante, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, ao instituir a contratação integrada e, com ela, tornar possível a elaboração

* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP. Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI. Advogado.

² Na formulação precisa de Gilberto Bercovici, “o planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística” (Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 145).

do projeto básico pelo particular, *sepultou* o planejamento nas contratações públicas, em absoluto contraste com os dizeres da Constituição Federal.³

Formuladas estas considerações preambulares, dediquemo-nos a um exame crítico de algumas questões emergentes do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

2. A competência regulamentar no contexto do Regime Diferenciado de Contratações – RDC

Sabe-se que a Lei n. 8.666/93, mercê de sua pomenorizada disciplina das contratações públicas, estreitou o exercício da competência regulamentar. Diferentemente, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas promove um significativo alargamento da competência regulamentar, a conferir à Administração Pública um importante papel na conformação do procedimento licitatório.

Apenas a título exemplificativo, no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC são entregues à esfera regulamentar a participação na licitação sob a forma de consórcios (art. 14, parágrafo único, da Lei n. 12.462/2011), as regras e procedimentos de apresentação de proposta e lances (art. 17, *caput*, da Lei n. 12.462/2011), os procedimentos auxiliares das licitações (art. 29 da Lei n. 12.462/2011), o sistema de registro de preços (art. 32, *caput*, da Lei n. 12.462/2011), as regras relativas ao funcionamento das comissões de licitação e da comissão de cadastramento (art. 34, § 1º, da Lei n. 12.462/2011), entre outros tópicos de inegável relevo.

A irrupção deste protagonismo da competência regulamentar nos lindes do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC se fez acompanhar por uma recorrente dúvida não só entre os agentes públicos, senão que também na doutrina jusadministrativista, qual seja: tendo em conta que a Lei n. 12.462/2011 introduz, à luz do léxico constitucional, *normas gerais*⁴, as quais são dotadas de *eficácia nacional*, o regulamento destinado a facilitar-lhes a execução ostenta eficácia unicamente *federal* ou estende seus efeitos a outros domínios da Federação, apresentando, portanto, *eficácia nacional*?

Marçal Justen Filho advoga a *eficácia nacional* do decreto federal preordenado a regulamentar as normas gerais. Eis as palavras do eminente Professor:

*A determinação do âmbito de vigência de um regulamento relaciona-se com a competência normativa envolvida. A competência regulamentar consiste, em primeiro lugar, numa decorrência da competência legislativa. O ente federativo titular da competência legislativa é titular da competência regulamentar destinada a dar plena aplicabilidade às normas editadas*⁵.

³ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 62.

⁴ Desenvolvemos o tema das normas gerais no seguinte trabalho: VALIM, Rafael. Normas gerais. Sentido e alcance. Ouvidorias. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 57, p. 202-209.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 23.

Com o devido respeito, entretanto, ousamos divergir de tal posicionamento. Afigura-se-nos que, por força do princípio federativo, *os regulamentos veiculados pelo Chefe do Poder Executivo Federal a título de dar fiel execução às normas gerais têm sua eficácia circunscrita à esfera federal*.⁶

Na ordem constitucional brasileira não há vínculos de *controle*, tampouco de *hierarquia* entre as esferas da Federação, senão que, ao contrário, prevalece a *auto-organização* e o *autogoverno*⁷. Trata-se de unidades *autônomas*⁸, a teor do que dispõe o art. 18, *caput*, da Constituição Federal⁹.

Na medida em que a competência regulamentar se funda em uma relação *hierárquica*¹⁰ e se traduz, no verbo preciso do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em regras de “organização e ação do Estado”¹¹, não se lhe pode reconhecer eficácia para além dos limites do ente público que a titulariza.

Assim, pois, *cada unidade federativa, para que possa servir-se validamente do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, deve pormenorizá-lo mediante a edição de regulamento próprio*.

3. O sigilo do orçamento sob a ótica do princípio da proporcionalidade

Outra polêmica questão nascida no seio do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC atina ao sigilo do orçamento estimado pela Administração Pública, conforme previsão do art. 6º da Lei n. 12.462/2011¹².

⁶ Em igual sentido: FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 294 e 295.

⁷ MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed. Florianópolis: Conceito, 2011. p. 572 e 573.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Natureza jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948. p. 95 e ss.

⁹ Reza o texto constitucional: “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”.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 361.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 359.

¹² Estatui o dispositivo: “Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses 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 Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”.

Para alguns, tal providência, haurida da experiência internacional, constituiria um importante instrumento de enfrentamento à corrupção e de superação de ineficiências¹³.

Parece-nos, porém, que o sigilo do orçamento estimado pelo Poder Público, tal como estabelecido no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, é, sob qualquer ângulo de análise, *inconstitucional*¹⁴. Cuidemos de demonstrá-lo sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade.

É fora de dúvidas que os princípios constitucionais se projetam não só sobre o *exercício* da função administrativa, mas também sobre a *atribuição* da função administrativa¹⁵.

Um dos mais relevantes princípios constitucionais no exame da atribuição das competências administrativas é exatamente o princípio da proporcionalidade, compreendido, via de regra, a partir de três subprincípios: *adequação* – a providência deve contribuir a um fim constitucionalmente legítimo –, *necessidade* – a providência deve ser a mais benigna ao direito objeto de intervenção, entre todas as que apresentam igual adequabilidade – e *proporcionalidade em sentido estrito* – as vantagens que se pretende alcançar mediante a intervenção em um direito fundamental devem compensar os sacrifícios infligidos ao seu titular e à sociedade em geral.

O sigilo do orçamento estimado no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, sobre altamente questionável sob os ângulos da adequação e da necessidade, é *manifestamente inconstitucional sob o ângulo da proporcionalidade em sentido estrito*¹⁶.

Com efeito, *os sacrifícios que o aludido sigilo do orçamento impõe sobretudo aos princípios da publicidade e da moralidade não compensam as supostas vantagens que promoveria em termos de eficiência e competitividade.*

Basta dizer que a possível violação do sigilo em favor de algum dos licitantes – fatalmente corriqueiro no Brasil – tem o condão de arruinar a conatural competitividade do procedimento licitatório, especialmente no caso da contratação integrada, em cujo

¹³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 157.

¹⁴ DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: 2014; CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 82 e ss; VITTA, Herald Garcia. **Aspectos fundamentais da licitação**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 69 e ss.

¹⁵ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 67.

¹⁶ A este respeito, vale referir a notável lição do Professor José Roberto Pimenta Oliveira: “Por outro lado, no âmbito da função normativa, interfere o princípio da razoabilidade na definição dos casos excepcionais em que o próprio interesse público demanda a preservação do sigilo na atividade administrativa. *As exceções à irrestrita publicidade devem encontrar uma ‘adequada, completa e indiscutível justificação’*” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 283).

regime o orçamento é um decisivo parâmetro para a delimitação do objeto almejado pela Administração Pública.

4. Contratação integrada

Resta-nos apreciar a contratação integrada, regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia que, à luz do art. 9º, § 1º, da Lei n. 12.462/2011, “compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

Desde logo, impõe-se reconhecer que a indefinição do objeto a ser licitado no contexto da contratação integrada – descrito apenas em um “anteprojeto de engenharia” (art. 9º, § 2º, inc. I, da Lei n. 12.462/2011) – enseja, invariavelmente, a comparação de coisas diferentes, desiguais, heterogêneas, o que converte a licitação em um simulacro de competição.

Conforme preleciona o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja”¹⁷. Cuida-se de um *pressuposto lógico* da licitação.

Disto resulta que a *contratação integrada convulsiona o próprio conceito de licitação, sendo, nesta medida, flagrantemente inconstitucional*.¹⁸

Em que pese este vício originário e insuperável da contratação integrada, ocupemo-nos de alguns aspectos de seu regime jurídico.

4.1 Critério de julgamento

A Lei n. 12.462/2011, especificamente na redação original de seu art. 9º, § 2º, inciso III, prescrevia, em dizeres peremptórios, a adoção do *critério de julgamento de técnica e preço* nas licitações de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada.

Entretanto, com a superveniência da Medida Provisória n. 630/2013, posteriormente convertida na Lei n. 12.980/2014, suprimiu-se o aludido dispositivo legal e muitos, de maneira apressada e irrefletida, começaram a defender a possibilidade de emprego do critério de julgamento de menor preço nos casos de contratação integrada (art. 18, inc. I, da Lei n. 12.462/2011).

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 557.

¹⁸ O Professor Augusto Neves Dal Pozzo foi pioneiro nesta severa crítica à contratação integrada (Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 82).

Com o devido respeito, entendemos literalmente absurda esta interpretação, na medida em que subverte por completo a lógica da contratação integrada. Vejamos.

Extrai-se univocamente da Lei n. 12.462/2011 que a contratação integrada é vocacionada à execução de objetos cuja complexidade técnica recomenda que a Administração Pública assimile o potencial de inovação da iniciativa privada. É dizer: *a avaliação e ponderação das soluções técnicas dos licitantes é imprescindível ao atendimento do fim pretendido pelo órgão contratante, de sorte a exigir o critério de julgamento de técnica e preço.*

Ora, admitir o critério de julgamento de menor preço na licitação destinada à execução de um objeto sob o regime de contratação integrada seria o mesmo que reconhecer que à Administração Pública seriam indiferentes as soluções técnicas apresentadas pelos licitantes. Em outras palavras, importaria única e exclusivamente o menor dispêndio para a Administração Pública, independentemente das alternativas técnicas oferecidas pelos licitantes.

Basta este raciocínio, pois, para revelar a *gravíssima contradição em que incorrem aqueles que postulam o uso do critério de julgamento de menor preço nos casos de contratação integrada*, visto que negam o sentido último deste regime de execução indireta de serviços e obras de engenharia.

Assinale-se ainda em favor da aplicação do critério de julgamento pela melhor combinação entre técnica e preço a *coincidência* entre os pressupostos de cabimento da contratação integrada, previstos no art. 9º, incisos I, II e III, da Lei n. 12.462/2011¹⁹ – inseridos pela mencionada Medida Provisória n. 630/2013, posteriormente convertida na Lei n. 12.980/2014 –, e os requisitos daquele critério de julgamento estipulados no art. 20, § 1º, incisos I e II, do mesmo diploma legal.

Demonstrada a obrigatoriedade do critério de julgamento de técnica e preço nas licitações destinadas à execução objeto sob o regime de contratação integrada, é fundamental precatar-se contra a ilegal tendência de transformar o exame das propostas técnicas em repetição da qualificação técnica, com a mera pontuação da experiência profissional dos licitantes²⁰. Em outros torneios, não é dado à Administração Pública abdicar da análise objetiva do *conteúdo* da proposta técnica.

A propósito, merece reprodução o ensinamento do ilustre Professor Silvio Luís Ferreira da Rocha:

¹⁹ “Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado”.

²⁰ O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou uma súmula a respeito deste tema: “Súmula n. 22 - Em licitações do tipo ‘técnica e preço’, é vedada a pontuação de atestados que comprovem experiência anterior, utilizados para fins de habilitação”.

Entretanto, a análise de alguns editais revela que o critério da melhor técnica e preço foi desvirtuado e a Administração optou pela mera qualificação técnica da empresa e responsáveis, com isso, se demite de avaliar itens importantes como metodologia, tecnologia, recursos materiais utilizados e empregados e limita-se a pontuar a experiência do licitante e de sua equipe técnica, numa quase repetição do que irá ocorrer na fase de habilitação no quesito capacidade técnica²¹.

Também é digno de registro o acórdão n. 1.510/2013 do Egrégio Tribunal de Contas da União, no qual se estabelece a necessidade de valoração objetiva da metodologia ou técnica construtiva a ser empregada na obra e não simplesmente a pontuação da experiência profissional dos licitantes:

50. Um ponto, porém, não levantado pela equipe de auditoria, chamou-me atenção. Não obstante se justificar que a obra possibilita a idealização de diversas metodologias construtivas (característica das contratações integradas, como já disse), essas alternativas não foram objeto de pontuação. Concederam-se pontos, somente, para a experiência das contratadas e seus responsáveis técnicos, mas não para as soluções em si – essas, sim, capazes de render outras vantagens, que não, somente, o preço.

51. Transcrevo, mais uma vez, o conteúdo do art. 9º, § 3º, da Lei do RDC:

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

52. Conforme já explicitado, esses critérios podem ser de qualidade, produtividade, rendimento, durabilidade, segurança, prazo de entrega, economia ou outro benefício objetivamente mensurável, a ser necessariamente considerado nos critérios de julgamento do certame. A coerência com a lógica do regime impõe essa valoração, à época do julgamento. Se não existe vantagem, afinal, em atribuir a solução para contratada (capaz de ser pontuada e comparada), que a própria administração o faça – e por um preço menor.

53. Diante disso, entendo devida a ciência à Infraero para que, tanto justifique, no bojo do processo licitatório, o balanceamento conferido para as notas, como busque, sempre que possível, a valoração objetiva da metodologia ou técnica construtiva a ser empregada; e não, somente, a pontuação individual decorrente da experiência profissional das contratadas ou de seus responsáveis técnicos.

Acresça-se, por fim, que avulta a preocupação com a avaliação da proposta técnica na contratação integrada porquanto neste regime o contratado não assume a operação do empreendimento, tal como ocorre nas parceiras público-privadas, senão que se limita a

²¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a contratação integrada. *Revista Brasileira de Infra-estrutura – RBINF*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 6, p. 127-141, jun./dez. 2014. p. 136.

entregar a infraestrutura em condições de operação, o que pode conduzir a um desinteresse pela adoção da solução técnica mais adequada ao desiderato público.²²

4.2 Alterações contratuais

Outro traço da contratação integrada que tem despertado a atenção dos estudiosos concerne à possibilidade de modificações contratuais.

O art. 9º, § 4º, da Lei n. 12.462/2011, em sofrível redação, impõe uma genérica proibição de “termos aditivos” nos contratos celebrados sob o regime de contratação integrada para, em seguida, permitir, em caráter excepcional, a alteração contratual “para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior” (art. 9º, § 4º, inc. I, da Lei n. 12.462/2011) ou “por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993” (art. 9º, § 4º, inc. II, da Lei n. 12.462/2011).

No tocante à primeira hipótese, embora conste da lei apenas a proteção do equilíbrio econômico-financeiro contra os efeitos nocivos de caso fortuito ou força maior, no Regime Diferenciado de Contratações, à semelhança dos demais regimes de contratação pública, o contratado, por força do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, tem direito à “manutenção das condições efetivas da proposta”. *Portanto, nos casos em que inexistir matriz de risco²³, vigorará a ampla salvaguarda à equação econômico-financeira prevista na Lei n. 8.666/93²⁴; comparecendo uma matriz de risco, os seus termos deverão ser rigorosamente respeitados ao longo da execução contratual. Em ambos os casos, não há limites prefixados de valor para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.*

Já no que respeita ao art. 9º, inc. II, da Lei n. 12.462/2011, é de rigor observar que, não obstante o uso do termo “pedido”, outorga-se em prol da Administração Pública uma prerrogativa de *alteração unilateral* do contrato administrativo, nos termos do art. 65, inc. I, “a”, da Lei n. 8.666/93²⁵, conquanto limitada a 25% do valor original atualizado da contratação.

²² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a contratação integrada. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 6, p. 127-141, jun./dez. 2014. p. 137.

²³ O Tribunal de Contas da União tem recomendado insistentemente a elaboração de matrizes de riscos para os contratos administrativos celebrados sob o regime de contratação integrada (Acórdãos n. 1.310/2013 e 1.465/2013).

²⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – a contratação integrada e seus reflexos. In: GAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 85; MARINHO DE CARVALHO, Gustavo; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, vol. 2, n. 4, p. 167-195, jul./dez. 2013. p. 175-176.

²⁵ No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 204; DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações

Advirta-se, outrossim, que a defeituosa redação do art. 9º, § 4º, da Lei n. 12.462/2011, ao proibir genericamente a celebração de “termos aditivos”, não pode resultar na desarrazoada conclusão de que é vedado todo e qualquer aditamento contratual. Como bem pontua Marçal Justen Filho, “o problema não é a realização de termos aditivos, mas é a vedação a alterações contratuais ou modificações do objeto”²⁶.

Assim, por exemplo, com fulcro no art. 39 da Lei n. 12.462/2011²⁷, são plenamente legítimos eventuais aditamentos destinados à prorrogação dos prazos contratuais (art. 57, § 1º, da Lei n. 8.666/93) ou à alteração da identidade do contratado em virtude de fusão, cisão ou incorporação.

5. Conclusão

Ao cabo destas brevíssimas reflexões, conclui-se que, ao contrário do que geralmente se afirma, sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC pesam controvérsias de tal magnitude que colocam em xeque a sua pretensa vocação para aprimorar a dinâmica das contratações públicas brasileiras.

6. Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Natureza jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.
- _____. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Breves notas sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (Coord.). **Desafios a la ponderación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 85. Em sentido contrário: PORTO NETO, Benedicto. Apontamentos sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas/RDC. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardins (Coord.). **Contratos públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 51.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 202.

²⁷ Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: 2014.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. Breves considerações sobre a contratação integrada. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 6, p. 127-141, jul./dez. 2014.

FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013.

MARINHO DE CARVALHO, Gustavo; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, vol. 2, n. 4, p. 167-195, jul./dez. 2013.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PORTO NETO, Benedicto. Apontamentos sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas/RDC. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardins (Coord.). **Contratos públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a contratação integrada. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 6, p. 127-141, jun./dez. 2014.

VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____; CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Normas gerais. Sentido e alcance. Ouvidorias. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 57, p. 202-209.

_____. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos fundamentais da licitação**. São Paulo: Malheiros, 2015.

AUTORIDADE E CONSENSO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UM REPOSICIONAMENTO DO REGIME JURIDICO CONTRATUAL BRASILEIRO À LUZ DA DOCTRINA EUROPEIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

VIVIAN LIMA LÓPEZ VALLE*

O Direito Administrativo contemporâneo é um direito em certa medida em conflito com seu tempo. Os atuais desafios do Direito Administrativo exigem um instrumental teórico que está por se construir. O funcionamento tradicional do Direito Administrativo, fundamentado num ato administrativo arrogante, de súditos e imperadores, de administrados que colaboram com a legalidade e não se relacionam com a Administração Pública já não mais atende a todas as realidades discutidas nos contratos administrativos no cenário jurídico atual brasileiro.

O Direito Administrativo Contemporâneo vem sendo questionado em seus alicerces, está submetido a profundas mudanças estruturais e a discussão sobre novos paradigmas nas Contratações Administrativas, com alteração substancial de Regime Jurídico Administrativo, reposicionamento das prerrogativas administrativas contratuais e modificação do tempo da relação contratual são questões palpantes e que atormentam o Direito Administrativo Moderno.

Nesse sentido Pedro Miguel Matias Pereira afirma que

o ponto de partida para a nossa análise é a nova percepção da Administração Pública, em entendimento moderno e mais feminino de uma Administração que ultrapassou a necessidade de se afirmar autoritariamente, diversificando as formas de agir administrativo, nomeadamente, com o crescente recurso à contratualização, ao pacto

* Professora de Direito Administrativo e Constitucional dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC/PR. Doutoranda e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Administrativo pelo IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Especialista em Contratação Pública pelo CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra. Professora da Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Bacellar e da Fundação Escola do Ministério Público do Mato Grosso. Advogada especializada em Direito Administrativo.

como alternativa à estatuição. Ultrapassou a necessidade constante de afirmação autoritária mas não prescindiu dos seus poderes públicos, pois a prossecução do interesse público exige que, ainda que contratualize em vez de ditar um comando, não perca a administratividade da sua actuação: a quadratura deste círculo é o que permite a emancipação (e o recurso crescente) à figura do contrato administrativo.¹

Exemplo dessa realidade de conflito está no Regime Jurídico dos Contratos de Parceria Público Privada estabelecidos na Lei n. 11079/04 na realidade jurídico brasileira. Os tradicionais alicerces do modelo negocial da Administração Pública Brasileira, especialmente fundados na lógica da autoridade da Lei n. 8666/93 são contrapostos ao modelo de paridade e negociação, que tem na legislação das Parcerias Público Privadas um espaço de grande expressão.

O Regime Jurídico Administrativo Brasileiro está vivenciando uma modificação de paradigma, com proposta de alteração do modelo de autoridade pelo modelo de consenso negocial. O desafio é enfrentar essa discussão de modo a identificar um modelo de reposicionamento das prerrogativas públicas, e não necessariamente de substituição.

Nesse sentido a análise da doutrina europeia de contratação pública apresenta-se oportuna e interessante, especialmente considerando as experiências no âmbito de contratação já vivenciadas no continente europeu e a significativa discussão teórica sobre o modelo consensual.

Nesse sentido não se pode admitir uma simples substituição do paradigma da unilateralidade pelo paradigma do consenso, especialmente pela necessidade de compatibilização com o Estado Democrático de Direito, com o Regime Jurídico Administrativo e com o Interesse Público.²

E essa discussão envolve não apenas a opção por um modelo de prerrogativas ou por um modelo de consenso e negociação. Envolve também a discussão de qual será o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos, especialmente tratando aqui dos contratos administrativos de longa duração.

A definição da negociação na esfera contratual é necessária para permitir o delineamento desse novo regime jurídico. Sobre o assunto Luís Verde de Sousa aponta que admitir

¹ PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 9.

² Mas deve ser considerado, tal como fez Luis Felipe Colaço ANTUNES, que em tempos atuais há um certo esquecimento do interesse público no direito administrativo: *“falamos essencialmente do esquecimento público, do esquecimento da coisa pública, porque é este esquecimento que caracteriza o tempo que vivemos e ameaça a sobrevivência do direito administrativo*. E o autor ainda assinala que há uma anorexia do interesse público com um Estado mínimo regulador, havendo uma Administração “autocéfala”, e que há uma sensível alteração no modo de prosseguir com o interesse público pela Administração Pública, especialmente referido na negociabilidade do ato administrativo. (ANTUNES, Luiz Felipe Colaço. **O Direito Administrativo e a Sua Justiça no Início do Século XXI. O Esquecimento do Interesse Público no Direito Administrativo**. Coimbra: Editora Almedina, 2001. p. 11, 15 e 65.

a possibilidade de construção dialógica do projeto contratual é reconhecer que a Administração dispõe de uma considerável margem de decisão e discricionariedade.³

Na doutrina europeia há construções teóricas de um Direito administrativo privado, remetendo-se ao reconhecimento de que as formas de consensualismo na Administração Pública se definem pela tendência ao direito privado. Porém, há espaço para a construção de uma doutrina de interesse público entre as fronteiras do público e do privado e não há incompatibilidade entre o regime jurídico de direito público e a consensualidade.⁴

No Brasil, há autores que partem da premissa estabelecida por Romeu Felipe Bacellar Filho⁵ de que *o contrato administrativo é instituto de direito*, não pertencente especialmente nem ao direito público nem ao direito privado.⁶ Tal fato desafia a criação de uma nova regulação dos contratos, especialmente considerando as deficiências do modelo tradicional unilateral frente às necessidades contratuais atuais e a incompatibilidade de um modelo exclusivo de consenso e negociação em face dos pilares de Supremacia do Interesse Público e Indisponibilidade do Interesse Público estabelecidos no Regime Jurídico Administrativo.

Se é certo que o paradigma tradicional do contrato administrativo, fundamentado na unilateralidade, apresenta-se insuficiente frente aos desafios enfrentados pela Administração Pública Brasileira atualmente, havendo um discurso pela discussão crítica do paradigma que pretende a abolição das prerrogativas contratuais. É certo também que deve haver um discurso para defender a necessidade de reorganização do Regime Jurídico Administrativos dos Contratos, com um reposicionamento das prerrogativas públicas que permita um espaço adequado de consensualismo e negociação especialmente no ambiente dos contratos de longa duração, que pela sua própria natureza são contratos mutáveis e sujeitos a modificações ao longo do tempo. Se a certeza dos contratos de longa duração é a mudança, faz-se necessário repensar o regime jurídico especialmente no ambiente das prerrogativas públicas contratuais.

³ Embora o autor afirme que *“o reconhecimento deste poder discricionário está longe de significar que a sua atuação se deve pautar por critérios exclusivamente economicistas (fazendo o que for necessário para obter o designado “good value for Money”), esquecendo a sua vinculação ao Direito. Mesmo investida dos poderes discricionários, a Administração está subordinada ao princípio da legalidade. É esse bloco de legalidade, composto não apenas pela lei, entendida em sentido genérico (lei da AR, decretos – lei ou decretos legislativos regionais), mas também regras e princípios consagrados na Constituição, pelo Direito Internacional em vigor in foro domestico e pelos princípios gerais do direito, que a negociação deve respeitar.”* SOUSA, Luis Verde de. **A negociação nos Procedimentos de Adjudicação – uma análise do Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 46.

⁴ IBÁÑEZ, Santiago González Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madrid: Ed. Montecorvo, 1996. pp. 87-128. Neste ponto cabe indagar como compatibilizar supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público com o “direito administrativo privado”? A ideia de cooperação e consensualismo não é privativa do direito privado. Mas se faz necessário definir prerrogativas indisponíveis e insuscetíveis de limitação por contrato a partir de quais premissas? Qual a definição concreta de interesse público que baliza essa limitação?

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p.182-183.

⁶ No mesmo sentido KIRKBY, Mark Bobela – Mota. **Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos – O Exercício Contratualizado do Poder Administrativo de Decisão Unilateral**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 15.

Nesse sentido, defende-se um regime jurídico dos contratos administrativos, nem público nem privado, desafiando a criação de uma nova regulação, que não permita a substituição exclusivamente de cláusulas exorbitantes por lógicas como a do consenso e da negociação, mas que permita atender as necessidades atuais da Administração Pública Brasileira nos contratos administrativos e ao mesmo tempo compatibilize-se com as necessárias garantias ao interesse público. Que viabilize o consensualismo, especialmente nos contratos de longa duração, assegurando a condição da autoridade para as situações onde o consenso não foi capaz de produzir um resultado de interesse público, numa espécie de utilização subsidiária do regime de prerrogativas, atendendo o interesse público de melhor forma.

Romeu Felipe Bacellar Filho nesse sentido afirma que o predomínio da autoridade no Direito Administrativo fez com que o “negócio” fosse proibido, estabelecendo a imperatividade do ato administrativo como “sacralização do poder estatal”, e, portanto, dificultando a adoção de uma Administração Pública inserida num panorama de bilateralidade e consenso.⁷ Mas o mesmo autor ainda assinala que essa é uma visão monolítica de Administração Pública, fundada num conceito de interesse público “absoluto e homogêneo”, que recusa interpretações dissidentes.⁸

O autor afirma que a

Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades. A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a Lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda.⁹

A verdade é que a doutrina vem identificando a insuficiência e inadequação da dicotomia entre a supremacia do interesse público e a autonomia privada. Giorgio Berti nesse sentido assinala que “*deve-se banir a usual contraposição entre princípio da supremacia (esfera do Direito Administrativo) e da autonomia privada (esfera do Direito Privado). Mesmo a autonomia privada não se apresenta mais como liberdade de contratar como direito absoluto em sentido patrimonial.*”¹⁰

Faz-se necessária a defesa do regime jurídico administrativo, com identificação de vias de compatibilização com as necessidades contratuais atuais da Administração Pública

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p.192-193.

⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem. Ibidem.*

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem. Ibidem.*

¹⁰ BERTI, Giorgio. **Il Principio Contrattuale nell'attività amministrativa**. In SCRITTI in Onore Di Massimo Severo Giannini. v. 2. Milano: Giuffrè, 1988. p. 61.

Brasileira. A postura não é de redução de prerrogativas, mas de redimensionamento para permitir negociação sem prescindir da autoridade nas hipóteses necessárias à garantia do interesse público.

As atuais discussões sobre o modelo contratual da Administração Pública estão todas estabelecidas dentro dessa virada paradigmática do Regime Jurídico Administrativo. Consensualismo e negociação, com uma dialética entre Estado-Sociedade cada vez mais aberta à realização de acordos e de disposição de interesses.

Uma nova face da velha Administração.¹¹ O problema é que nesse diálogo não se pode ignorar que é impossível abdicar da face impositiva da Administração Pública, especialmente considerando a sua aplicação nas hipóteses de conflitos entre interesses públicos e privados e prevalência daqueles no caso concreto para a satisfação do bem comum e do bem estar coletivo. O caminho do reposicionamento das prerrogativas encontra muito mais espaço e acomodação no ordenamento jurídico do que o da substituição e flexibilização.

Casalta Nabais nesse sentido destaca que utiliza contrato como superconceito, historicamente elaborado no direito privado, mas não pertencendo exclusivamente ao direito privado ou ao direito público. Essa é a raiz do contrato como instituto de direito.¹² Destaca que a crise do contrato é também crise da figura contratual do liberalismo oitocentista, que o ligou intrinsecamente à autonomia da vontade. Quando a crescente interligação Estado / sociedade coloca em xeque a autonomia da vontade entra em crise a figura contratual. A crescente estatização da sociedade e a progressiva diminuição da autoridade do Estado possibilita a extensão do contrato aos domínios das relações jurídico – públicas. Segundo o autor mais Estado em extensão (quantidade) e menos Estado em intensidade (qualidade). Aqui já se aponta uma certa flexibilização de prerrogativas, com a diminuição da autoridade.¹³

Casalta Nabais aponta que a aceitação do contrato como figura do direito público e do direito administrativo ganhou desenvolvimento com o advento do Estado Social, daí porque o contrato tenha se tornado instrumento normal da ação estatal atualmente, tanto na conformação econômica quanto social em que o Estado deva intervir. O autor ainda destaca que os contratos de direito público são gênero onde os contratos administrativos são espécie, não havendo identidade entre as expressões nem razão para designar os contratos administrativos como contratos públicos. Aqui já há uma primeira distinção em relação às prerrogativas. E o autor no mesmo sentido assinala que o contrato foi se transformado em *modus agendi* do Estado Social e que não se limita a operar nos novos domínios a que a ação do Estado foi

¹¹ A expressão é de PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 17. O autor ainda afirma que *“se é certo que a procura de consensus-based solutions se conjuga melhor com a ideia de contratualização, nem por isso se pode deixar de reconhecer a permanência do acto administrativo, informado também ele, actualmente, por uma reforçada ideia de colaboração, resultando num apelo à ideia de consenso no aparentemente solitário domínio do acto de autoridade.”* No mesmo sentido v. Pedro Costa GONÇALVES. **O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 23 a 24.

¹² NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 12.

¹³ NABAIS, José Casalta. *Idem*. p. 13.

chamada, mas põe em causa o próprio *modus operandi* do Estado em setores antes nunca disciplinados por contrato.¹⁴

Nesse contexto cabe destacar que a Administração Pública Contemporânea se orienta segundo uma relação de autoridade nas relações contratuais, mas já há exemplos significativos na legislação quanto a uma postura consensual, negocial, especialmente considerando o regime jurídico das Parcerias Público Privadas. Essas duas dimensões se inter-relacionam, complementando-se.

A face consensual representa uma das hipóteses atualmente defendidas para a Administração Pública Contemporânea, mas não se pode olvidar que há situações de vedação legal. À transação e a Administração Pública deverá pautar-se pela unilateralidade para a preservação do interesse público. Essa delimitação é que ainda está por ser enfrentada mais verticalmente. A virada paradigmática do Regime Jurídico Administrativo necessariamente deve ser interpretada conforme a Constituição e para a garantia do interesse público primário.

O desafio então é estabelecer os limites entre essa hipótese de transação e de paridade para bem do interesse público e o necessário unilateralismo para garantia do bem comum (ainda que subsidiário), especialmente considerando institutos como o da arbitragem e sua aparente, mas não sustentada contraposição com os princípios da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público para as relações contratuais.¹⁵ É nesse sentido que se fala em igualdade assimétrica.¹⁶

E nesse mesmo sentido um caminho a investigar é o do *posicionamento da relação jurídica como novo conceito central do direito administrativo*. E aqui cabe citar Vasco Pereira Da Silva e a sua visão de relação jurídica¹⁷. O reposicionamento das prerrogativas públicas e do conceito de autoridade na relação contratual necessariamente passa pelo conceito de relação jurídica.

Na visão desse autor, a relação jurídica atualmente surge como novo conceito central do direito administrativo, capaz de ocupar a posição pertencente ao ato administrativo. Crise do ato que não é mais a forma dominante de atuação da Administração Pública e não consegue abarcar a integralidade do relacionamento desta com os particulares.¹⁸ É fato que a doutrina clássica focada no ato administrativo e no paradigma da Administração Pública agressiva é inadequada para compreender os fenômenos do Estado social e pós social. Essa constatação é ponto de partida dogmático para vencer as limitações do ato administrativo.

¹⁴ NABAIS, José Casalta. *Idem*. p. 16-29.

¹⁵ Marta García Perez afirma que "Las ventajas del procedimiento arbitral por contraposición al proceso judicial han sido reiteradamente expuestas por la doctrina. A autora ainda assinala a necessidade de se aprovar uma lei geral de arbitragem de Direito Público. (PEREZ, Marta García. **Arbitraje y Derecho Administrativo**. Navarra: Editora Aranzadi, 2011.)

¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo**. Estudos de Contratação Pública IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

¹⁷ SILVA, Vasco Pereira Da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 149-297

¹⁸ SILVA, Vasco Pereira Da. *Idem. Ibidem*.

A doutrina da relação jurídica vai buscar na constituição seu fundamento de aplicabilidade. Radica-se na concepção de que a relação entre o Estado e o cidadão é uma relação jurídica e não uma mera ligação de sujeição entre o poder administrativo e um administrado. Não é relação de poder vez que Estado e cidadão estão submetidos ao direito e a Administração Pública não possui nenhum poder pré existente à Constituição, justificador de uma relação de subordinação pré – jurídica, abstrata e geral.¹⁹

E no mesmo viés a compreensão de que os contratos de longa duração envolvem relações jurídicas multipolares surge como uma manifestação da moderna Administração prestadora e constitutiva e representa uma transformação importante da sua forma de atuar e se relacionar com a sociedade. *O Direito administrativo não pode mais ser um direito de colisão entre interesses públicos e privados, mas sim um direito de distribuição entre interesses privados perante a Administração Pública.* A Administração Pública já não mais se posiciona como meramente autoritária, *mas constitutiva da sociedade*, procurando a realização do equilíbrio das posições jurídicas individuais contrapostas.

Nessa linha de raciocínio se encontra Francisco Paes Marques, que sustenta que o que caracteriza realmente esse tipo de relação jurídica afigura-se como controverso, mas necessariamente transcende o esquema tradicional sobre o qual se assenta a dogmática do Direito Administrativo: *“a relação bipolar Administração – Cidadão, abrangendo outros sujeitos participantes.”* O autor coloca a necessidade de determinar em que medida a figura da relação jurídica multipolar implica numa transformação dogmática geral do Direito Administrativo substantivo, formatado em um modelo puramente dicotômico *“Administração Pública versus cidadão, interesse público versus interesse privado, Administração agressiva versus Administração de prestação”*.²⁰

Daí o foco no reposicionamento das prerrogativas administrativas contratuais e o repúdio a um modelo de substituição. Sugere-se na doutrina nacional uma Administração Pública mais democrática, pautada mais pelo dever de ponderação de interesses do que pela supremacia do interesse público sobre o privado. Não se pode olvidar neste ponto que já está consagrado na doutrina nacional e estabelecido no direito positivo brasileiro o dever de ponderação, onde se sustenta que não há sacrifício individual de direitos se não houver

¹⁹ Entender a relação jurídica como a chave da dogmática do Direito Administrativo significa considerar que a maior e mais importante parcela das situações administrativas corresponde a um esquema relacional e não que não possam existir realidades cuja explicação deva ser feita sem o recurso a essa figura. Não é uma fórmula mágica compreensiva da integralidade dos fenômenos jurídicos, mas um instrumento de análise mais adequado à compreensão da maior parcela dos fenômenos administrativos da atualidade. (SILVA, Vasco Pereira Da Silva. *Idem. Ibidem.*)

²⁰ MARQUES, Francisco Paes. **As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares – Contributo para a sua compreensão substantiva.** Coimbra: Editora Almedina, 2011. p. 13. O autor ainda assinala na p. 14 que a concepção dicotômica do Direito Administrativo é insuficiente para entender que este não pode somente tratar do interesse da comunidade ou da liberdade individual e que precisa atender a tarefa de proteger todos os cidadãos, disciplinando interesses heterogêneos e contrapostos, aos quais o Direito Administrativo deve dar resposta através da ponderação de todos os interesses em causa. E veja-se ainda que o mesmo autor, as fls. 440, pondera que os efeitos da relação jurídica multipolar são de tamanha ordem de alteração do Direito Tradicional que *“o regime da nulidade do acto administrativo quadra mal com a multipolaridade administrativa, pelo que ponderação do interesse público e dos interesses privados, em cada caso concreto, pode levar ao afastamento da nulidade mesmo que, à partida, s”*

um interesse público, bastante e suficiente, a justificar tal sacrifício, numa interpretação concretizadora da Constituição e dos direitos fundamentais, voltada à análise da razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.²¹

Nesse sentido Licínio Lopes Martins afirma que *“aquelas prerrogativas (ou o seu exercício) são, de igual modo, universalmente contrabalanceadas por um princípio de justiça contratual: o princípio do equilíbrio econômico – financeiro do contrato, cuja valia normativa supera, do mesmo modo, as diferenças formais de qualificação e de regime.”*²²

O ambiente da Administração Pública contratual nesse contexto é de paridade. Cabral de Moncada sobre o assunto afirma que a relação entre a Administração e os cidadãos é uma relação jurídica caracterizada pela tendencial paridade entre a Administração e aqueles na base de direitos e deveres recíprocos e compreende as relações com os cidadãos que estão imersos em relações gerais ou especiais de poder.²³

Assim, é necessária uma revisão doutrinária do instituto dos contratos administrativos, em especial a característica da autoridade representada nas prerrogativas públicas ante as transformações porque passa a Administração Pública Contemporânea, buscando analisar as possibilidades de aplicação, por exemplo, da arbitragem nas relações contratuais, com a discussão acerca da negociação das cláusulas contratuais em substituição à imposição unilateral das mesmas.²⁴

Partindo-se de uma lógica coerente com o regime jurídico administrativo, não há que se falar em flexibilização de prerrogativas e sim um reposicionamento da condição de autoridade da Administração Pública contratual, com a manutenção da condição de potestade pública. *O que se propõe é uma condição de autoridade subsidiária a uma postura negocial prévia.* E, por óbvio, deve-se buscar estabelecer quais as situações onde a condição de

²¹ Essa positivação pode ser verificada na Lei de Processo Administrativo Federal, Lei n. 9784/99, que estabelece em seu artigo 2º, inciso VI: *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. VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.*

²² MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitada de Obras Públicas. O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Econômico Financeiro)**. Coimbra: Editora Almedina, 2014. p. 23.

²³ CABRAL DE MONCADA, Luiz S. **Autoridade e Consenso na Teoria do Acto Administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 516. O autor prossegue às fls. 519 apontando que *“A relação jurídica administrativa. Como também dissemos já, é a consequência natural da relação jurídica constitucional que vê no cidadão um titular de direitos contra o estado em geral e a administração em particular e que pensa o contacto recíproco numa perspectiva tendencialmente paritária. A relação jurídica constitucional não é apenas uma relação entre os cidadãos e a Constituição. É uma relação entre os cidadãos e a lei e os direitos, de acordo com a Constituição.”*

²⁴ Sobre o assunto Pedro Miguel Matias Pereira afirma que *“tal como qualquer contrato, também o contrato público tem, na sua base, um encontro de vontades, o que pressupõe uma liberdade dos contraentes em assumir ou não uma relação jurídica contratual, tendo assim, ao contrário do acto administrativo, um carácter voluntário. Ou seja, e ao invés do que acontece quando lança mão do acto administrativo, a Administração Pública negocia a sua actuação em vez de ditar o direito para o caso concreto, e é assim que se caracteriza o government by contract.”* (PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 15).

potestade pública deve necessariamente ser invocada para a definição do interesse público no caso concreto.

A realidade em construção necessita do estabelecimento objetivo de que parâmetros esse novo modelo de gestão administrativa, negocial, se coloca. Quais são suas estruturas e fundamentos e como se dá a relação com o espaço privado de negociação. *E a seqüência lógica passa pelo questionamento se realmente há necessidade do regime exorbitante ser entendido como eixo estruturante da relação contratual administrativa.*

Neste ponto, se o contrato administrativo é categoria do direito, é possível pensar num modelo de reposicionamento das cláusulas exorbitantes, focado na relação jurídica, voltado a uma Administração distributiva, que orienta-se por uma proposta de função ordenadora e não parte da premissa da autoridade como condição do negócio jurídico.²⁵ Nesse sentido a proposta de igualdade assimétrica de Egon Bockmann Moreira parece guardar enorme sentido com o modelo ora defendido.²⁶

Nos contratos administrativos as prerrogativas públicas sempre foram chamadas de cláusulas exorbitantes exatamente porque exorbitam do direito comum e concedem à Administração Pública uma posição privilegiada. Essa visão precisa ser revista. As cláusulas exorbitantes não podem ser entendidas como privilégios da Administração Pública dentro de um Estado Democrático de Direito.

Sob esse assunto Fernando Dias Menezes de Almeida pontua que a teoria do contrato administrativo possui problemas de duas ordens. Primeiro, um problema intrínseco, relacionado ao fato de que desde a origem não explica completa e adequadamente o fenômeno contratual da Administração,

pois resume o cerne da explicação à existência de certas prerrogativas inerentes ao contrato (situação jurídica subjetiva), não atentando de modo suficiente para o regime materialmente legislativo do objeto da relação contratual (situação jurídica objetiva). É certo que tais prerrogativas, em momento posterior e em certos Direitos Positivos, passaram formalmente a ser previstas como inerentes ao regime do contrato; mas isso se deu, justamente, por influência do posicionamento teórico distorcido.²⁷

Segundo, um problema relacionado à insuficiência da teoria do contrato face ao aumento da complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. E nesse ponto se estabelece a outra premissa da discussão: a teoria do contrato administrativo precisa evoluir

²⁵ A visão da função ordenadora proposta por Carlos Ari SUNDFELD quando trata do poder de polícia conforma-se perfeitamente com a visão de uma Administração Pública paritária e distributiva. (SUNDFELD, Carlos ARI. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 9-27 e 38-52.)

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. O Contrato Administrativo... *Op. Cit.*

²⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012. p. 12.

rumo a um novo ponto de convergência, “*especialmente em consequência do aumento da complexidade do fenômeno contratual envolvendo a Administração Pública*”.²⁸

Charles Debbasch reconhece que hoje ainda se fala em Direito Administrativo como derogatório do direito comum, mas afirma que o direito privado não é mais comum do que o direito administrativo.²⁹ E nesse ponto a outra premissa se estabelece: a delimitação do contrato administrativo enquanto gênero pertencente à teoria geral do Direito impede a identificação de vários institutos públicos como ‘derrogatórios’ e ‘exorbitantes’ do direito comum, “*na realidade não ocorrem nem derrogação nem exorbitância, mas apenas diferenças específicas sabidamente existentes nas espécies, ao serem confrontadas com os gêneros de que descendem*.”³⁰

Essa relação é equilibrada com as sujeições administrativas, que no contrato administrativo se consubstanciam nas regras de preservação da equação econômica financeira do contrato.

Os novos limites às prerrogativas públicas passam necessariamente pela revisão desse modelo de autoridade, de cláusulas exorbitantes e de supremacia abstrata do interesse público e vai se apresentar com veemência em dois institutos muito discutidos atualmente em direito administrativo: as Parcerias Público Privadas e a Arbitragem.

Autoridade e consenso estão em franca discussão quando se trata da proposta de Administração Pública paritária. No que tange ao modelo de arbitragem proposto no ambiente das Parcerias Público Privadas, a proposta consensual de substituição do modelo de autoridade, traz possibilidades de transação nunca antes admitidas. Na legislação brasileira visualiza-se uma tendência para a autorização da arbitragem em situações específicas, como por exemplo, nas telecomunicações e na exploração e produção de petróleo e gás natural, mas a lógica das Parcerias Público Privadas é mais ampla e intensa, pois exige um modelo de igualdade e paridade antes não pensado nas relações jurídico administrativas.

Se não se admite substituição do modelo de prerrogativas públicas contratuais, mas reposicionamento da sua condição e existencia e para o contrato administrativo, *faz-se necessário um repensar do contrato administrativo como um todo, o que significa uma alteração da visão de desigualdade jurídica na relação negocial, além do enquadramento subsidiário das prerrogativas públicas à negociação*.

²⁸ O autor vai além, ainda afirmando que “*o ponto de convergência da evolução da teoria do contrato administrativo propor-se que seja a essência contratual, atentando-se especialmente para a distinção entre o regime jurídico criado mediante contrato e o regime jurídico criado legislativamente quanto ao contrato e quanto a seu objeto; e atentando-se também para a distinção fundamental entre situações jurídicas subjetivas e situações jurídicas objetivas*.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.p. 13-14).

²⁹ DEBBASCH, Charles. *Lê Droit Administratif, Droit Dérégatoire au Droit Commun?* In: MELANGES, René Chapus (Org.). **Droit Administratif**. Paris, Montchrestien, 2002, p. 127.

³⁰ CRETELLA JUNIOR, José. *Matrizes Civilísticas do Direito Administrativo*. FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di (Org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Silvío Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 232.

Significa estabelecer que as prerrogativas não são cláusulas exorbitantes que pertencem à Administração Pública, mas consequências da relação jurídica negocial, apresentando-se subsidiariamente à negociação, nas hipóteses onde a autoridade é necessária para a salvaguarda dos interesses públicos que levaram ao contrato administrativo. *O reposicionamento das prerrogativas as coloca não mais como competências pertencentes à Administração Pública, mas como consequências da relação jurídica contratual.*

Para se delimitar adequadamente o debate, cabe aqui, ainda que rapidamente, uma digressão sobre a condição de autoridade da Administração Pública e o impacto dessa condição nos contratos administrativos, consubstanciado nas prerrogativas públicas, denominadas, cláusulas exorbitantes, especialmente considerando para tanto o tratamento da Lei n. 8666/1993, Lei Geral de Licitações e Contratos do ordenamento jurídico brasileiro.

Todo contrato administrativo é na disciplina da Lei n. 8666/1993 um ajuste entre a Administração Pública e um particular que possui características muito próprias: a) É sinalagmático e comutativo, com reciprocidade de direitos e obrigações; b) É um contrato de adesão, definido previamente pela Administração; c) Possui cláusulas que exorbitam do direito comum em favor da Administração Pública; d) Traz regras de equilíbrio econômico financeiro para proteger a equação econômica inicialmente estabelecida.

No ambiente da Lei n. 8666/1993 as cláusulas exorbitantes caracterizam o Regime Jurídico Administrativo próprio da Administração Pública, calcado nos princípios da Supremacia do Interesse Público e na indisponibilidade do Interesse Público. A Administração Pública sempre se organizou sob esses pilares, impondo a sua condição de autoridade em face do particular sempre no intuito de proteger o interesse público. Desse modo a Administração Pública pode modificar ou rescindir unilateralmente os contratos administrativos, fiscalizar sua execução, aplicar sanções administrativas, reter créditos e possui ainda restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido, regra das mais basilares na *pacta sunt servanda*.

É esse regime jurídico especial, que dota a Administração Pública de prerrogativas, de poder e autoridade em face do particular contratado que passa atualmente por uma profunda revisão. Essa revisão ocorre baseada numa releitura do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado e na formação de um novo modelo de Administração Pública, consensual, paritária ao particular. Essa nova forma de administrar prega a necessidade de reciprocidade de concessões entre a Administração Pública e os particulares, gerando acordos administrativos.

Identifica-se uma Virada Paradigmática no Regime Jurídico Administrativo: a proposta de alteração do modelo da autoridade pelo consenso. E nesse ponto faz-se necessária uma doutrina de defesa das prerrogativas públicas, redimensionadas.

A Administração Pública paritária, não mais provida das mesmas condições de autoridade que sempre caracterizaram seu regime jurídico tem modelo que vem se desenhando desde a década de 90 do século passado e que impacta significativamente na doutrina dos

contratos administrativos e na relação Estado-sociedade. Cabe aqui o destaque da doutrina de Marçal Justen Filho, que defende um direito administrativo personalizado, entendendo que a Administração não é um valor em si mesmo e que o núcleo do Direito Administrativo não é o poder, mas a realização dos direitos fundamentais.³¹ No mesmo sentido Gustavo Justino de Oliveira para quem a presença dos cidadãos no processo de tomada de decisão administrativa através da participação administrativa se apresenta como efeito da moderna concepção da relação Estado – Sociedade, com reciprocidade na coordenação entre os atores.³²

Defende-se que essa nova relação Estado – Sociedade demanda a mudança paradigmática do Direito Público de forma a permitir uma nova forma de gestão pública, horizontalizada, flexibilizada, onde o processo de tomada de decisão e a decisão administrativa em si passam a ser resultado das negociações entre o Estado e a Sociedade Civil.

O pressuposto de atingimento dos fins do Estado passa agora pela cooperação mutua entre Estado e Sociedade, assim como essa cooperação passa a ser fundamento de legitimação democrática. Desse novo modelo é que surge a necessidade de diálogo entre Estado - Sociedade por meio de mecanismos ordenadores da participação democrática. Nesse sentido Odete Medauar assinala que há um novo paradigma, onde se pretende a substituição da centralização e do monolitismo de centros de poder para um modelo de atuação por cooperação, com grande ênfase à consensualidade.³³

A mesma autora ainda destaca que a perspectiva unidimensional marcada pela relação “Estado – Súdito”, onde o indivíduo é possuidor de direitos para com o Estado e não em frente ao Estado vem progressivamente sendo repensada para uma perspectiva bidimensional, marcada pela relação “Estado – Cidadão”, onde se estabelece direitos e deveres para o Estado e para o cidadão.³⁴

Com o mesmo discurso Diogo de Figueiredo Moreira Neto também aponta que o Poder Público vai além de estimular condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, onde o consenso é a opção, em lugar da coerção. Esse novo modelo o autor denomina de *Estado de Juridicidade Plena*.³⁵

A lógica do consenso aparece como *uma segunda via de legitimação* para a atuação estatal, uma espécie de interpenetração do Estado com a Sociedade.³⁶

A verdade é que se identifica que o consenso e a negociação entre Poder Público e particulares passam a assumir importante papel no processo de identificação de interesses

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

³² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: RT, 2008.

³³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 20.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução... Op. Cit.*

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Malheiro, 2000. p. 37-48.

³⁶ MACHADO, João Batista. **Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 46-108.

públicos e privados pela Administração Pública, num ambiente onde esta não mais detém a exclusividade no estabelecimento do interesse público.³⁷

Odete Medauar explica a situação identificando um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos, onde passa a ter relevo o consenso e a participação.³⁸

Identifica-se claramente uma contraposição entre a racionalidade jurídica da legalidade e a racionalidade econômica da eficiência.³⁹ O que muda é que a imperatividade não mais será o modo principal de atuação do Estado e a solução lógica para os conflitos de interesse. A imperatividade cede lugar ao consenso como alternativa viável à solução de conflitos. Nesse ponto o reposicionamento das prerrogativas públicas é inevitável.⁴⁰ O desafio então é estabelecer estas fronteiras. Identificar o limite da imperatividade em face do consenso. Ou o limite do consenso em face da imperatividade.

Nesse ponto cabe destacar a colocação de João Batista Machado, que defende que o consenso impede que as funções sociais do Estado se convertam em funções de dominação, numa reestruturação da economia⁴¹. Essa análise coloca o consenso no âmbito negocial administrativo como elemento reestruturador da democracia.

Ou seja, estabelece um novo fundamento de legitimação democrática, pautado na lógica da ponderação de interesses e da participação popular. Os defensores dessa lógica apontam para uma Administração Pública Negocial. Mas objetivamente quais os parâmetros em que essa proposta se coloca? Quais são suas estruturas e fundamentos e como se dá a relação com o espaço privado de negociação?

Nesse sentido Nuria Cunill Grau afirma que processos horizontais de articulação política podem influir nas decisões administrativas, refletindo a aglutinação da vontade pública.⁴²

³⁷ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

³⁸ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

³⁹ Em verdade se pretende uma nova interação entre o cidadão e a Administração Pública, um aperfeiçoamento do canal de diálogo e transações múltiplas das partes, de tal forma a propiciar maior estabilidade nas relações entre Estado e Sociedade e por fim a litígios que, em regra, arrastam-se por anos até o pronunciamento do Poder Judiciário. Ao longo desse tempo não raro o atendimento do interesse público é postergado e a Administração Pública condenada a indenizar os danos causados ao particular por violação ao compromisso negocial assumido. Mas é importante destacar que para a preservação do interesse público, pela satisfação do bem comum a face imperativa do Estado não pode simplesmente desaparecer. Não se pode olvidar que a simples somatória de interesse individuais não resulta necessariamente em um interesse público e que a vinculação à dignidade da pessoa humana é determinante para a satisfação do bem estar coletivo.

⁴⁰ De todo modo, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO afirma que a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável ao interesse público. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2000. p. 37-48.

⁴¹ MACHADO, João Batista. **Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 46-108.

⁴² A Autora ainda destaca que essa aglutinação da vontade pública se apresenta como accountability da Administração Pública, revelando seu caráter multidimensional, com uma expressão tanto vertical quanto horizontal em tensão,

Essa Administração Pública Negocial tem alterado seu processo de tomada de decisão administrativa, que passa a ser plural, mais igualitário e mais democrático. Nesse ponto Gustavo Justino de Oliveira assinala que a decisão administrativa fica respaldada pela participação popular e terá maior eficácia e efetividade⁴³.

Gustavo Justino de Oliveira parece acertadamente definir a questão, estabelecendo equilíbrio entre os dois mundos, o do consenso e o da autoridade. O autor afirma que a *Administração Pública Consensual não estabelece a superação da Administração Pública Imperativa*. Há uma nova mudança no eixo do Direito Administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade, mas permeado também pela lógica do consenso.⁴⁴

A questão é que tradicionalmente o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado sempre ensejou uma posição de supremacia da Administração Pública, representada na verticalidade existente nas relações entre o particular e a Administração, de modo a permitir a satisfação do interesse da coletividade.

No entanto, esse princípio sempre foi visto como uma regra abstrata de supremacia. Significa dizer que a Administração Pública poderia restringir direito do particular justificando um abstrato e genérico interesse público, sem relacioná-lo com o caso concreto e sem efetuar a devida ponderação de valores. Atualmente a moderna doutrina juspublicista, amparada em autores como Humberto Bergmann *Avila* e Marçal Justen Filho redimensiona o princípio e o próprio conceito de interesse público.

Melhor explicado, o que se discute hoje é não mais um modelo onde a Administração Pública invoca um interesse público abstrato, não materializado no caso concreto e hipotético para justificar a utilização de suas prerrogativas e sim, um modelo pautado na ponderação de valores, na razoabilidade e na definição de um interesse público concreto, relacionado à situação fática e justificador de sacrifício individual somente na valoração no caso concreto e na exata medida do indispensável ao interesse público primário.

Ou seja, parte-se de um modelo de supremacia abstrata, onde não há níveis de ponderação nem relação com o caso concreto para um modelo de prevalência concreta, onde somente há sacrifício do particular se houver um interesse público bastante e suficiente, que justifique tal sacrifício. É essa releitura do Princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado que permite a teorização de uma Administração Pública consensual e paritária, onde a condição de autoridade cede lugar a um modelo de paridade nas relações contratuais.

A partir desse contexto Gaspar Arino Ortiz alude a existência de um Estado contratual, onde a crescente utilização de instrumentos negociais firmados entre o Estado e as

mas complementares, quase uma relação recíproca. (GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o Público através da Sociedade**: Novas Formas de Gestão Pública e Representação Social. Brasília: ENAP, 1998. p. 272).

⁴³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação Administrativa. In: OSORIO, Fabio Medina Souto, VILLELA, Marcos Jurena (Org.). **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen JÚRIS, 2006. p. 401-427.

⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino. A arbitragem e as Parcerias Público Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 569.

organizações privadas passa a prevalecer sobre antigas práticas que privilegiam a noção de autoridade e de imposição unilateral das decisões tomadas pelo Estado. Esse novo Direito Administrativo é mais participativo, se utiliza menos da lógica da imposição e da unilateralidade e mais da lógica da negociação e da multilateralidade.⁴⁵

Isso acarreta uma nova visão das prerrogativas da Administração Pública nos contratos administrativos, afetando inclusive a sua característica de adesão, posto que seus parâmetros são negociados previamente e não mais impostos. Certamente que esses fenômenos devem ser interpretados sob a égide do Regime Jurídico Administrativo e para a garantia do interesse público. Reflexo desse modelo são os contratos de parceria público privada disciplinados no plano federal pela lei 11079/2004.⁴⁶

A proposta de trabalho nos contratos de parceria público – privada pressupõe um modelo de Administração Pública diferente, uma perspectiva evolucionista onde a condição da autoridade não mais aparece nos mesmos moldes tradicionais. Dito de outra forma, as novas formas contratuais administrativas pressupõem muito mais negociação do que imposição, muito menos prerrogativa e mais consenso.⁴⁷

Porém, se é fato que uma das linhas de transformação do Direito Administrativo é a abertura no campo estatal da imperatividade, para consideráveis espaços de consensualidade, também deve ser destacado a necessidade de preservação do regime juspublicístico nos contratos administrativos, especialmente considerando a sua importância na prestação de serviços públicos⁴⁸.

⁴⁵ ORTIZ, Gaspar Arino. **La reforma de la ley de contratos del Estado**. Madrid: Unión Editorial D.L., 1984.

⁴⁶ É fato que as Parcerias Público Privadas inauguram uma nova figura empregada pelo setor público no campo negocial, a qual visa instituir e formalizar uma relação jurídica entre a Administração Pública e os particulares em bases normativas diversas da Lei de Licitações Públicas, a Lei n. 8666/93 e da Lei de Concessões, Lei n. 8987/95. As Parcerias Público Privadas são parcerias entre autoridades públicas e empresas e investidores do setor privado com o objetivo de conceber, planificar, financiar, construir e operar projetos de infra-estrutura, inserindo-se num cenário de escassez de recursos orçamentários e de uma necessidade de projetos em áreas como transporte, saneamento, energia. Assim, diversamente dos contratos disciplinados pela Lei n. 8666/93 e pela Lei n. 8987/95, as cláusulas exorbitantes não estariam, a princípio, presentes de modo tão abundante nas Parcerias Público Privadas. A grande característica é a ampliação das bases de negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros, sem o enfraquecimento do negócio jurídico.

⁴⁷ As Parcerias Público Privadas trabalham com diretrizes baseadas nesse modelo de substituição das prerrogativas pelo consenso: a) Utilização de técnicas privadas na Gestão do Empreendimento. a) Maior proveito na aplicação dos recursos econômicos. Nesse novo modelo, as cláusulas exorbitantes são substituídas por cláusulas que equilibrem a assunção dos riscos e a divisão dos lucros. Nas Parcerias Público Privadas há uma relação muito mais horizontal entre o parceiro público e o privado, com direitos e obrigações recíprocos, diferentemente das relações verticais dos contratos tradicionais. Marçal Justen Filho, caracteriza as Parcerias Público-Privadas como um “*contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito a remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para obtenção de recursos no mercado financeiro.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549)

⁴⁸ Essa proposta de nova contratualização administrativa substitui em parte o modelo da imposição pelo da negociação e com isso a verticalização entre a Administração Pública e o particular nas relações contratuais é fortemente atenuada. É nesse contexto que parcerias públicas com o espaço privado estão sendo realizadas.

A racionalidade econômica da eficiência e o aumento da legitimação democrática permeiam essa proposta de nova contratualização. O objetivo dessa nova contratualização é possibilitar um incremento qualitativo e quantitativo da atividade negocial entre a Administração Pública e os particulares, de modo a possibilitar uma maior realização de serviços públicos, mais eficiente e universal. A parceria entre Estado e Sociedade é a chave para a satisfação do interesse público, especialmente considerando o aumento exponencial na demanda de serviços públicos, a serem prestados com graus de certeza e eficiência e qualidade capazes de garantir a toda sociedade a satisfação da dignidade da pessoa humana.⁴⁹

É necessário um redimensionamento da autoridade e do consenso nos contratos administrativos, com reposicionamento do regime jurídico exorbitante para além da Administração Pública, entendido como consequência do contrato, o qual é celebrado segundo um pressuposto de desigualdade assimétrica.

O grande desafio é compatibilizar a racionalidade econômica da eficiência, focada no consenso, na paridade e na negociação, com a racionalidade jurídica da legalidade, focada na garantia dos direitos fundamentais, do interesse público primário, no bem estar social e na prestação de serviços públicos adequados.

Não são valores incompatíveis entre si, pelo contrário. Mas faz-se necessário identificar uma via alternativa ao modelo de substituição das prerrogativas públicas, sem olvidar-se da insuficiência do modelo tradicional dos contratos administrativos.

Cabral de Moncada sustenta esse ponto afirmando que autoridade e consenso são e sempre foram os vértices da figura do contrato administrativo, num regime jurídico misto, legal e consensual, onde essa dupla origem exige equilíbrio entre as exigências de interesse público da lei e a autonomia da vontade das partes.⁵⁰

O que se busca é Direito ao Desenvolvimento como uma das premissas dessa nova contratualização administrativa, mais equilibrada entre a autonomia da vontade e a lei. E essa nova contratualização necessariamente influenciará a prestação de serviços públicos no Brasil.

⁴⁹ Nesse sentido Luis Verde de Souza afirma que “A grande vantagem apontada à negociação do projecto contratual é a da eficiência, traduzida na celebração de um contrato que permita obter “good value for Money”, i.e de um contrato (i) cujo objeto responda, de forma óptima, às necessidades da entidade adjudicante, ajustando a procura à oferta e esta àquela; (ii) e que preveja as melhores condições possíveis para a Administração.” (SOUZA, Luis Verde de. **A negociação nos Procedimentos de Adjudicação – uma análise do Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2010. p. 301.)

⁵⁰ Nesse sentido ainda o autor afirma que “A Administração só existe para prosseguir o interesse público e carece dos meios jurídicos indispensáveis para tanto. A autoridade de origem legal está, portanto, perfeitamente justificada e faz parte do código genético daquela figura. Mas um contrato é um contrato e desta constatação evidente resultam amplos limites para a autoridade administrativa. Estamos perante linhas de força completamente opostas e o respectivo encontro não pode fazer-se sem cedências mutuas sendo inevitáveis fricções. É de um problema de equilíbrio que estamos falando. No tratamento deste equilíbrio as soluções legislativas não valem todas o mesmo nem são fungíveis. São possíveis soluções muito diversas consoante o pólo do equilíbrio que se pretenda favorecer.” (CABRAL DE MONCADA, Luís. **Consenso e Autoridade na Teoria do Contrato Administrativo**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012. p. 10.)

Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que serviço público é uma comodidade material considerada de interesse público, que outorga bem – estar e dignidade em sociedade⁵¹, que está inteiramente condicionada a um regime jurídico de direito público *indeclinável* na satisfação dos direitos dos cidadãos.⁵²

Em última análise, esta concepção é elemento de extremo significado pois garante a promoção do bem - estar social através da consecução do serviço público e permite, ao menos, o direcionamento na condução das atividades necessárias à coletividade, especialmente quando se situam tais atividades no contexto de um espaço público não estatal.

Sabino Cassese nesse sentido fala de novos paradigmas do Estado, com o fortalecimento da negociação na Administração Pública por via de acordos. Para ele *“interesses privados coincidentes com interesses públicos comunitários estão em conflito com outros interesses públicos, de natureza nacional não há distinção ou oposição pública-privada, assim como não há uma superioridade do momento público sobre o privado.”*⁵³. Para o autor há um avanço da consensualidade.

No entanto, esses limites das prerrogativas da Administração Pública no ambiente de uma Administração Consensual não podem soterrar o regime jurídico administrativo e caracterizar uma fuga para o direito privado da Administração Pública, como denominou Maria João Estorninho. A crítica à fuga do direito público para o direito privado pela Administração Pública está na retirada de vinculações do regime jurídico público, as quais sempre condicionaram o exercício da função pública, como competência, forma de organização e atuação, controle e responsabilidade⁵⁴.

⁵¹ O autor defende que a noção de serviço público só existe enquanto conceito jurídico na medida que nos oferece um ponto de referência de normas aplicáveis a determinadas situações, refutando a proposta do serviço de interesse econômico geral. Acredita ser o serviço público a prestação que o Estado colecionou por sua relevância e que considerou que não podia ser exercida somente pelo mercado. Em sua exposição defende que não existe crise do serviço público e que este continua imprescindível na realidade brasileira. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público: A falsa crise**. Palestra proferida no Congresso Ibero Americano de Direito Administrativo, em 26 de junho de 2003.)

⁵² “Estas acotações já estão a ressaltar que a noção de serviço público depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividades: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que por isto mesmo – e só por isto – entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar ao Estado. Isto é: o regime de direito público, regime este concebido e formulado com o intento manifesto e indeclinável de colocar a satisfação de certos interesses sob o pálio de normas que, de um lado, outorgam prerrogativas de autoridade a seu titular ou exercente (estranhas, pois, à situação que corresponde aos particulares em suas relações recíprocas) e de outro instituem sujeições e restrições igualmente peculiares., tudo conforme será esclarecido mais além.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil*. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). **Direito do Estado - Novos Rumos. Tomo 2. Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001. p. 20.)

⁵³ CASSESE, Sabino. *La Arena Publica: Nuevos Paradigmas para El Estado*. In: CASSESE, Sabino (Org.). **La Crisis Del Estado**. Buenos Aires: Albeledo Perrot, 2003. p. 131.

⁵⁴ Para Maria João ESTORNINHO *“ao longo dos tempos a Administração Pública acabou muitas vezes por passar de uma fuga que se poderia dizer quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o direito privado (...) hoje existe o perigo de a Administração, através de uma fuga para o direito privado, se libertar das suas vinculações jurídico – públicas.”* ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Editora Almedina, 1996. p. 68. Juarez Freitas combate este estado de coisas: *“vê-se alastrada a pecaminosa tentação de sonegar ou de não*

Estas estratégias de gestão exigem imensa cautela, principalmente em se tratando da prestação de serviços públicos, vez que estes representam, para um grande número de pessoas, o acesso aos direitos fundamentais sociais. A mesma autora ainda assinala que o contrato assume novo papel qualitativo, colocando-se como símbolo de um novo modelo de relação autoridade – liberdade, especialmente ao substituir os meios de atuação unilateral da Administração Pública.⁵⁵ A nova contratualização administrativa deve se estabelecer segundo um regime de direito público e de direito privado, adequado às necessidades de eficiência da Administração Pública Contemporânea.⁵⁶

A dificuldade do consensualismo é que a alteração do vínculo contratual pode vir a colocar a Administração Pública em subordinação a interesses particulares. E esse é um aspecto que não se pretende admitir⁵⁷.

Assim, se há um incremento quantitativo e qualitativo da atividade negocial Administração Pública-particular, com abrandamento do primado da autoridade, deve haver um incremento do primado do interesse público e dos Direitos Fundamentais e das bases da regulação e controle do modelo que ora se coloca. Nesse sentido Pedro Costa Gonçalves assinala que as relações entre regulação e contrato requerem uma visão consensual da atividade regulatória.⁵⁸

A filtragem dos poderes unilaterais da Administração Pública deve acontecer, mas deve ser na medida adequada de modo a deixar intacta a condição da Administração Pública de exercício de poderes unilaterais para a proteção do interesse público. E é evidente a necessidade de estabelecimento de um novo marco regulatório capaz de atender as

conferir o devido reconhecimento às conquistas principiológicas do Direito Público, como se estas fossem, no seu conjunto, um mal, cuja obediência se assemelhasse ao pagamento de um tributo impagável. Ora, precisamos combater essa tendência clara de sonegação dos princípios do Direito Público." (FREITAS, Juarez. Regime dos Serviços Públicos e Proteção dos Consumidores. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 21-50, abr./jun. 2001. p. 30).

⁵⁵ A autora defende que a Administração Pública em vez de impor um ato, acorda com os destinatários a solução para o problema administrativo. O ato administrativo perde a posição de protagonista nas relações Estado – Cidadão. (ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 64.)

⁵⁶ Segundo Gustavo Justino de Oliveira, essa nova contratualização passa por um processo que compreende: privilégio da cultura do diálogo entre parceiro público e privado, maior atenção à negociações preliminares, troca de concessões mútuas, redução da imposição unilateral e proporcional aumento da interação entre os parceiros e maior interdependência entre as prestações do parceiro público e do parceiro privado. OLIVEIRA OLIVEIRA, Gustavo Justino. A arbitragem e as Parcerias Público Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 569.

⁵⁷ No Brasil essa discussão já se apresentava no Código Civil de 2002. Alice Gonzáles Borges assinala que o Código Civil reflete as tendências contraditórias da atualidade, com a interpenetração do público e do privado, com adoção de novas tipologias contratuais, onde as novas regras aproximam a concepção contratual de 2002 com as peculiaridades do contrato administrativo. BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 846, 27 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7509>>. Acesso em: 21 jul. 2014).

⁵⁸ O autor afirma que "dizer-se que a regulação utiliza o contrato como instrumento equivale a considerar que a regulação se pode implementar por via do consenso. Todavia, o consenso entre instancias reguladoras e operadores regulados não se esgota ou não se materializa apenas em instrumentos contratuais." GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. p. 15.

necessidades dessa Administração Pública Contemporânea, especialmente para garantir a satisfação dos interesses públicos primários.

Nesse sentido oportuna a transcrição da obra de Enzo Roppo:

*O significado desta tendência, no sentido da progressiva contratualização de numerosas relações e situações que os esquemas tradicionais da intervenção pública teriam submetido a uma disciplina autoritária e não consensual, não é fácil de decifrar. Também esta aparece, de facto, eivada por certo grau de ambivalência, e aberta a implicações e resultados potencialmente contraditórios.*⁵⁹

A vinculação direta e imediata ao interesse público é o elemento qualificador do contrato administrativo. O declínio de soluções imperativas deve ser norteado pelo atendimento do interesse público e por uma interpretação conforme a Constituição. O Estado Regulador de serviços públicos deverá dar conta dessa nova realidade jurídica.

O Estado do futuro já tem suas bases lançadas. Resta agora estabelecer alicerces que sustentem o interesse público e permitam a ampliação democrática do processo de tomada de decisão administrativa, sem se olvidar na necessária estruturação de um sistema regulatório eficiente sobre as relações negociais administrativas, capaz de identificar as fronteiras entre o consensualismo e a imperatividade e garantir o bem estar coletivo. O inequívoco é que o Direito Administrativo precisa se libertar das fórmulas construídas nos Séculos XIX e XX. E nesse sentido vale a afirmação de Egon Bockmann Moreira: “A pedra de toque dos contratos administrativos é a certeza da mudança”.⁶⁰

Referências

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.
- ANTUNES, Luiz Felipe Colaço. **O Direito Administrativo e a Sua Justiça no Início do Século XXI. O Esquecimento do Interesse Público no Direito Administrativo**. Coimbra: Editora Almedina, 2001.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- BERTI, Giorgio. **Il Principio Contrattuale nell'attività amministrativa**. In **SCRITTI in Onore Di Massimo Severo Giannini**. Milano: Giuffrè, 1988.

⁵⁹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 346 e 347. O autor ainda assinala que: “Por um lado, não deve subvalorizar-se o risco de a difusão das técnicas «consensuais» no campo da ação administrativa, e, portanto, a prática constante do negócio e do acordo com os privados, acabarem por determinar desvios perigosos no modo de proceder e nos objectivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da coletividade. Mas por outro lado, está a afirmação do modelo «convencional» em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas: isto porque a procura e a promoção do «consenso» dos «administrados» significam desenvolvimento da sua activa e consciente «participação», na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo. Neste sentido, o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo modo, como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade.”

⁶⁰ Expressão utilizada nas aulas do Programa de Pós Graduação em Direito do Estado da UFPR, na disciplina de Direito Econômico, no segundo semestre de 2014.

- BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 846, 27 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7509>>. Acesso em: 21 jul. 2014.
- CABRAL DE MONCADA, Luiz S. **Autoridade e Consenso na Teoria do Acto Administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CABRAL DE MONCADA, Luiz S. **Consenso e Autoridade na Teoria do Contrato Administrativo**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012.
- CASSESE, Sabino. La Arena Publica: Nuevos Paradigmas para El Estado. In CASSESE, Sabino (Org.). **La Crisis Del Estado**. Buenos Aires: Albeledo Perrot, 2003.
- CRETELLA JUNIOR, José. Matrizes Civilísticas do Direito Administrativo. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di. **Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DEBBASCH, Charles. L'ê Droit Administratif, Droit Dérégatoire au Droit Commun? In: MELANGES, René Chapus (Org.). **Droit Administratif**. Paris, Montchrestien, 2002.
- ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Editora Almedina, 1996.
- ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.
- FREITAS, Juarez. Regime dos Serviços Públicos e Proteção dos Consumidores. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 21-50, abr./jun. 2001.
- GONÇALVES, Pedro Costa. **O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo**. Coimbra: Almedina, 2004.
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.
- GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o Público através da Sociedade: Novas Formas de Gestão Pública e Representação Social**. Brasília: ENAP, 1998.
- IBÁÑEZ, Santiago González Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri: Ed. Montecorvo, 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KIRKBY, Mark Bobela – Mota. **Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos – O Exercício Contratualizado do Poder Administrativo de Decisão Unilateral**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.
- MACHADO, João Batista. **Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76**. Coimbra: Almedina, 1982.
- MARQUES, Francisco Paes. **As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares – Contributo para a sua compreensão substantiva**. Coimbra: Editora Almedina, 2011.
- MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitada de Obras Públicas. O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Económico Financeiro)**. Coimbra: Editora Almedina, 2014.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). **Direito do Estado - Novos Rumos. Tomo 2. Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público: A falsa crise**. Palestra proferida no Congresso Ibero Americano de Direito Administrativo, em 26 de junho de 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo**. Estudos de Contratação Pública IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. A arbitragem e as Parcerias Público Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo, RT, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação Administrativa. In: OSORIO, Fabio Medina Souto; VILLELA, Marcos Jurena (Coords.). **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ORTIZ, Gaspar Arino. **La reforma de la ley de contratos del Estado**. Madrid: Unión Editorial D.L., 1984.

PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.

PEREZ, Marta García. **Arbitraje y Derecho Administrativo**. Navarra: Editora Aranzadi, 2011.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Vasco Pereira Da Silva. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUSA, Luis Verde de. **A negociação nos Procedimentos de Adjudicação – uma análise do Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

VILLELA, Marcos Jurena. **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen JÚRIS, 2006.

A REGULAÇÃO ESTATAL PELAS LICITAÇÕES E PELOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PARA O AVANÇO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

LUCIANO ELIAS REIS*

Hodiernamente, a reforma da atuação estatal brasileira diante da globalização perpassa pela imperiosidade de revisitar a regulação, inclusive utilizando a contratualização administrativa como instrumento para essa.¹ O Direito tem assumido papel fundamental para este processo de intervenção estatal a partir de prescrições normativas visando ao desenvolvimento. Neste prumo, os contratos e os convênios administrativos precisam ser repensados sobre a sua atual pragmaticidade (sob o viés da necessidade x utilidade), levando em consideração o impacto econômico-social de tais avenças diante do mercado e da sociedade.

Floriano de Azevedo Marques Neto descreve que regulação estatal envolve “toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo).”² Sobre a importância da regulação, Jacques Chevallier defende que a regulação acarreta uma nova concepção do papel do Estado na economia, advogando favoravelmente ao seu papel de árbitro no processo econômico, até porque, segundo o autor, “falar da função regulatória do Estado pressupõe que o sistema econômico não possa atingir por si próprio o equilíbrio, que ela tenha necessidade da mediação do Estado para o alcançar.”³

* Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA. Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela PUC-PR; Especialista em Direito Administrativo e Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Sócio do escritório Reis e Lippmann Advogados Associados.

¹ Outros países também estão no mesmo caminho para uma reanálise da regulação estatal, conforme se desprende de obras da Espanha (PUIGPELAT, Oriol Mir. **Globalización, Estado y Derecho**. Las transformaciones del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2004. p. 95-116), Portugal (MONCADA, Luís S. Cabral de. 6. ed. **Direito Econômico**. Lisboa: Coimbra Editora, 2012. p. 425-438; GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013), França (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-80) e México (VILLANUEVA, Luis F. Aguiar. **Gobernanza y gestión pública**. México: FCE, 2006. p. 137-236).

² MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 17., jul. 2014, p. 03.

³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72.

Dessa maneira, incontestemente a função regulatória do Estado, razão pela qual se discorrerá sobre uma ferramenta utilizada para induzir a missão e a mão regulatória do Estado para a implantação e a proteção dos fins colimados constitucionalmente, qual seja, a contratualização administrativa.

Segundo Jacques Chevallier, o procedimento contratual nas sociedades contemporâneas defluiu um grande crescimento a ponto de aparecer como emblemático na pós-modernidade. De acordo com o autor, o fortalecimento do contrato é acompanhando *pari passu* da quebra, de um lado, de uma concepção tradicionalista e autoritária diante das fronteiras entre contrato e ato unilateral; de outro, pelo aparecimento de procedimentos mais flexíveis e informais de cooperação e de regulação sob variadas denominações, razão pela qual a contratualização não ficará adstrita ao domínio econômico, mas também a outras áreas de suma importância para a intervenção estatal como ação social, meio ambiente, cultura, etc..⁴

Neste norte, Gustavo Justino de Oliveira também sinaliza que a nova contratualização administrativa é desenvolvida em bases negociais mais amplas se comparadas aos modelos contratuais tradicionais, direcionando-se “(i) para uma maior paridade entre Administração e particular e (ii) uma reforçada interdependência entre as prestações a cargo de ambas as partes”.⁵ Consequentemente, é inegável dizer que o maior diálogo e a abertura para consenso evitam condutas arbitrárias ou inapropriadas, as quais por vezes tornam inviáveis ou sacrificantes uma parceria ou contrato administrativo.

Sobre esta mudança de parâmetro e a maior consensualização da Administração Pública em seus contratos, Odete Medauar explica que: “a expansão foi tamanha que surgiram locuções governo por contratos, direito administrativo pactualista, direito administrativo cooperativo, administração por acordos, contratualização das políticas públicas.”⁶ Na mesma ótica, Pedro Gonçalves propugna a importância da contratualização em sentido lato.⁷ Vivian

⁴ CHEVALLIER, Jacques. *Idem*. p. 161-162.

⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias públicos-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org) **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 567-606.

⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 212-213. A Administração consensual ou concertada não pode ser visualizada como um desprestígio ou aniquilamento do ato administrativo, como aponta Almiro Couto e Silva em precioso estudo. (SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (Coords.). **Direito administrativo – Estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 271-292, p. 291).

⁷ “No início de um importante texto sobre a contratação pública, diz Jody Freeman que o moderno Estado administrativo se apresenta como um ‘contractingstate’, isto é, um Estado que interiorizou a ‘cultura do contrato’ como um instrumento ao serviço de realização dos seus fins institucionais. Isso assume particular notoriedade perante a importância que o contrato adquiriu no domínio do estabelecimento de formas de cooperação e de colaboração entre Estado e actores privados na gestão de serviços públicos e na execução de funções públicas. Mas o mesmo deve ainda dizer-se acerca dos chamados ‘contratos regulatórios’, que, em alguns sectores, tendem a substituir as tradicionais regulações unilaterais e autoritárias por uma ideia de ‘contractualgovernance’. Embora se apresente com um espectro mais alargado, a contratação pública detém actualmente um relevo decisivo na reconfiguração do papel do Estado e no estabelecimento de pontes de cooperação com as entidades privadas. Neste sentido, o contrato representa um instrumento fundamental ao serviço das medidas de privatização no domínio da execução de tarefas públicas. Além dos clássicos contratos de concessão de obras e serviços públicos, o Estado recorre a outros modelos

Lima López Valle relaciona a nova contratualização com o incremento qualitativo e quantitativo de modo a possibilitar uma maior realização de serviços públicos, mais eficiente, e, como consequência, a materialização dos direitos fundamentais.⁸

Diante destas breves colocações, não se pode dissociar a regulação estatal via licitação e contrato administrativo da intervenção do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito.⁹ Para tanto, aproveita-se a classificação de Eros Roberto Grau que diferencia esta em três modalidades: (i) intervenção por absorção ou participação quando o Estado intervém diretamente no domínio econômico, mais precisamente na atividade econômica em sentido estrito como agente (sujeito) econômico;¹⁰ (ii) intervenção por direção, “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”; e (iii) intervenção por indução, “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.”¹¹

Neste ensaio, pretende-se examinar a intervenção do Estado sobre o domínio econômico por intermédio da direção e da indução quando se utiliza a regulação via licitações e contratos administrativos para o direcionamento compulsório de determinados comportamentos no domínio econômico e quando incita condutas desejáveis para o desenvolvimento nacional.¹² A contratação administrativa é considerada um importante objeto de regulação, pois envolve dois aspectos, segundo Pedro Costa Gonçalves: (i) a regulação normativa ou

de *contracting out* e de *outsourcing*, por via dos quais confia a entidades privadas a gestão de missões públicas ou a realização de trabalhos essenciais para o desempenho das tarefas públicas pelo próprio Estado.” (GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Edições Almedina, 2008. p. 330-331). No Brasil, Fernando Dias Menezes de Almeida descreve a evolução do contrato administrativo e sua nova postura teórica (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: QuartierLatin, 2012).

⁸ VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 273-284, p. 282.

⁹ “Já se sabe que grande parte da intervenção indirecta do Estado assume hoje em dia a natureza da regulação, característica de um sistema econômico em que o mercado é o meio natural da decisão econômica e a propriedade privada o instituto predominante, mas em que o Estado continua a, por seu intermédio, assegurar certos interesses gerais consubstanciados no adequado funcionamento das regras do mercado e a prestação de certos serviços de interesse geral. A intervenção indirecta subdivide-se em: 1) criação de infra-estrutura; 2) polícia econômica; 3) fomento econômico.” (MONCADA, Luis S. Cabral de. 6. ed. **Direito Econômico**. Lisboa: Coimbra Editora, 2012. p. 439).

¹⁰ A absorção ocorre quando o Estado “assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio”; já a participação “o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercer suas atividades nesse mesmo setor.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 143).

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Idem. Ibidem*.

¹² “Qualquer ação estatal que repercuta na sociedade, criando, modificando ou extinguindo direitos e situações, pode ser concebida como uma forma de interferência do Estado.” Nesse compasso, Célia Mello Cunha defende que interferência estatal é gênero, compreendendo as espécies interferência em sentido estrito, cuja área de incidência é a vida privada, e intervenção, cuja área de incidência é a ordem econômica. Não se desconhece que existem autores

regulamentação dos procedimentos de contratação; e (ii) a regulação jurídica dos operadores econômicos que participam dos certames e integram o mercado dos licitantes.¹³

Quanto à constitucionalidade da regulação estatal pela contratualização administrativa a partir da Constituição da República Federativa de 1988, alvitra-se do comando normativo do artigo 174 da Lei Maior ao prescrever que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo que este será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Logo, o Estado deverá (e não poderá) atuar na fiscalização, planejamento e incentivo.

Segundo Eros Roberto Grau, as normas de intervenção por indução estipulam “preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção”. A norma de intervenção por indução confere ao destinatário a alternativa de aderir ou não à prescrição nela veiculada. Caso haja a sua adesão, resultará em benefícios usufruídos pelo aderente. Diferentemente, as normas de intervenção por direção impõem comportamentos por intermédio da cogência das normas.¹⁴

Atinente à ação estatal na intervenção por indução, salienta-se que o intuito do Estado é justamente que o aderente da medida estatal possa beneficiar-se ante os demais no mercado. O benefício exsurge como um prêmio àquele que realiza a conduta – seja positiva ou negativa – incitada pelo Estado.¹⁵ Por exemplo, na Lei n. 10.973 (Lei de Inovação), os mecanismos de sanções premiaias estão baseados na equação retorno privado dos investimentos em propriedade intelectual versus retorno social na exploração dos direitos garantidos por meio da propriedade intelectual.¹⁶

O enaltecimento à atividade administrativa de fomento tem aparecido como um dos aspectos mais comentados da reforma estatal das últimas décadas. Sobre o assunto, Diogo Figueiredo Moreira Neto qualifica que se trata de um “direcionamento não coercitivo do Estado à sociedade, em estímulo das atividades privadas de interesse público. É uma atividade que se sistematiza e ganha consistência acoplada ao planejamento dispositivo.” Por esta relevância, o autor infere que é “inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado.”¹⁷

que não distinguem interferência e intervenção, porém para o presente ensaio utilizar-se-á o raciocínio de Célia Mello Cunha. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 01-02).

¹³ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 23.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 144-145.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *Idem.* p. 145.

¹⁶ OLIVEIRA, Fabrício de Souza; SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Lei de Inovações tecnológicas: a relação entre direito e economia legislativa da propriedade intelectual. In: KEMPFER, Marlene e outros. **Direito e inovação: estudos críticos sobre Estado, empresa e sociedade**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2013. p. 283-297, p. 290.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 45. Sílvio Luis Ferreira da Rocha define a atividade de fomento de maneira descritiva e excludente, a partir da

Carlos Ari Sundfeld sustenta a necessidade de reconstrução da teoria da ação administrativa, a qual perpassa por três grandes setores, quais sejam: a administração de gestão, a administração fomentadora e a administração ordenadora. Advoga explicitamente favorável à administração fomentadora como impreterível para uma nova concepção e análise da teoria da ação administrativa, sendo que ela deverá ser compreendida como “a função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos.”¹⁸ Ao seu lado, José Roberto Pimenta Oliveira explana que para o cumprimento dos objetivos constitucionais inerentes à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pela Constituição, não há como a função administrativa restringir-se, na atualidade, ao campo ordenador e sancionatório.¹⁹

No tocante à intervenção indireta do Estado a partir da licitação e do contrato administrativo, tal situação pode ser visualizada a partir de algumas legislações brasileiras ou projetos legislativos nos últimos anos, os quais têm promovido ou induzido a intervenção estatal visando ao desenvolvimento, inclusive dando alguns passos importantes no que concerne ao ciência, tecnologia e inovação.

Das aludidas leis, chama-se atenção para a Lei nº 12.349/2010 que trouxe algumas inovações na Lei Brasileira de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/1993), dentre elas, a prescrição normativa da finalidade da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” (artigo 3º, *caput*), critério de desempate das propostas para empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento da tecnologia no país (artigo 3º, § 2º, IV) e a possibilidade de estabelecer uma margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (artigo 3º, § 5º). A referida margem de preferência poderá ser de até 25% (vinte e cinco por cento) e leva em

exposição de que a Administração poderá alcançar a satisfação das necessidades coletivas a partir de sua atuação de modo direto e imediato ou de modo indireto e mediato quando as atividades são prestadas pelos particulares, as quais foram incentivadas pela Administração, e servem para alcançar as necessidades coletivas. (ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 23). Ecoando a mesma finalidade, porém pontuando que poderá alcançar os estabelecimentos particulares, Roberto Dromi define o fomento administrativo como uma “*acción dirigida a proteger o promover las actividades y establecimientos de los particulares, que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general.*” O autor argentino posiciona-se ainda que a ideia predominante do fomento é que versa sobre uma atividade persuasiva ou de estímulo, sendo que a sua finalidade será obtida com o convencimento para que se faça algo ou se omita. (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004. p. 1027).

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 16. Em sentido análogo, Célia Cunha conceitua a administração fomentadora “como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despido do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.” (MELLO, Célia Cunha. Op. cit., p. 38). Nos mesmos termos, vide GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998. p. 647.

¹⁹ Postulou-se da Administração uma crescente e cada vez mais complexa intervenção estatal no domínio social e econômico, formalizada, pela ordem jurídica, com a positivação de dever de prestar serviços públicos nos diversos campos em que o interesse da coletividade mandava uma presença ativa da atividade administrativa, considerados como atividades materiais vinculadas à existência da própria sociedade, passíveis de fruição direta pelos administrados, fornecidos pela Administração, sob regime de direito público. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 514-515).

consideração os seguintes fatores: geração de emprego e renda; efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; custo adicional dos produtos e serviços; e em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. Tal margem poderá ser estendida aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul- MERCOSUL.

Ademais, foi inserido que, para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência *adicional* àquela para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (artigo 3º, § 7º).²⁰

Existe também, dentre outras, a Lei n. 10.973/2004 que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo brasileiro; a Lei n. 8.248/1991, com as alterações principalmente da Lei n. 10.176/2001, que disciplina sobre o processo produtivo básico no setor de informática e automação; a Lei n. 11.196/2005 que prevê um regime especial tributário para a plataforma de exportação de serviços de tecnologia da informação; e a Lei n. 12.715/2012 que versa sobre a desoneração da folha de pagamento de vários setores.²¹

Há ainda o Projeto de Lei n. 2.177/2011 que versa sobre o Código de Ciência, Tecnologia e Inovação, bem como a aguda questão prática sobre a compra dos caças aéreos para as Forças Armadas do Brasil em que se discutia qual seria a empresa internacional contratada para o fornecimento dos caças e como desenvolver-se-á a montagem dos mesmos em território brasileiro para que ocorra o repasse da tecnologia (*know-how*).²²

Recentemente, em janeiro de 2016, foi sancionada a Lei nº 13.243 que trouxe significativas mudanças, tanto que recebeu a alcunha de Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação. Dentre as prescrições normativas, houve profundas modificações e inserções, principalmente, nas Leis nº 10.973/2004, 8.666/93, 12.462/11 e 8.958/94. O legislador deixou de maneira cristalina “o poder de compra do Estado” ao elevá-lo como princípio (inciso XIII do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.973/2004)²³, replicando posteriormente no inciso VIII do § 2º do artigo 19 como instrumento de estímulo à inovação nas empresas, quando aplicáveis, e no inciso IX do § 6º do artigo 19 ao estatuir que as iniciativas da União,

²⁰ Vários decretos federais regulamentaram a margem de preferência e atualmente estão permitindo um favorecimento legal aos produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica executada no Brasil como, por exemplo, os Decretos Federais n. 7.756/2012, 8.224/2014, 8.223/2014, 8.194/2014, 8.186/2014, 8.185/2014, dentre outros, que foram prorrogados até dezembro de 2016 por intermédio do Decreto Federal n. 8.626/2015.

²¹ Em artigo, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelle Franco Espindola Barros explicitam outras várias legislações de incentivo de processo de inovação tecnológica (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Marcelle Franco Espindola. Contratos de transferência de tecnologia: custos de transação versus desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 43-66 out./dez. 2014).

²² Situação retratada na reportagem da Folha de São Paulo: Decisão sobre compra de caças para FAB se arrastava desde 2001; entenda o caso. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1387518-decisao-sobre-compra-de-cacas-se-arrastava-desde-2001-entenda-o-caso.shtml>. Acesso em 18 set. 2014.

²³ XIII - a utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação.

Estados, Distrito Federal, Municípios, ICTs e suas agências de fomento poderão ser estendidas às ações visando à indução de inovação por meio de compras públicas.

Atinente ao impacto do Marco Legal na legislação de licitações, destaca-se, de maneira breve, que (i) houve uma definição do que se entende como “produto para pesquisa e desenvolvimento (artigo 6º, XX) para evitar elucubrações sobre o que estaria dentro de tal conceito ou não; (ii) redesenhou a hipótese de dispensa de licitação do inciso XXI do artigo 24 ao permitir a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, bem como as obras e serviços de engenharia, limitadas estas a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e a regras que serão doravante editadas; e (iii) incluiu as ações de órgãos e entidades dedicados à ciência, tecnologia e inovação como passíveis de serem licitadas por intermédio do Regime Diferenciado de Contratação.

No que toca a faceta da sustentabilidade nas compras governamentais sustentáveis,²⁴ no âmbito brasileiro, sem desconhecer a existência de outros atos normativos importantes para o dever de licitações e contratos administrativos sustentáveis (v. g. Lei n. 6.938/1981, Lei n. 12.187/2009 e Lei n. 12.305/2010), a inserção na Lei n. 8.666/93 por meio da Lei n. 12.349/2010 da expressão “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, como finalidade da licitação pública no Brasil, foi extremamente significativa.²⁵ Em 2010, houve a regulamentação no âmbito federal das licitações e contratos sustentáveis pela Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 01, de 19 de janeiro de 2010, e em 2012, o Governo Federal publicou o Decreto n. 7.746, de 05 de junho de 2012, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e para instituir a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP.

Percebe-se, dessa maneira, que os contratos administrativos ultrapassam as fronteiras de uma mera satisfação imediata dos anseios dos órgãos e entidades da Administração Pública Brasileira, trespassando também a ideia de interesse puramente financeiro para os parceiros e colaboradores do Poder Público a fim de acarretar um direcionamento para a melhor atuação econômica deles. Como se verifica, a regulação estatal via licitações e contratos

²⁴ Sobre a regulação para o incentivo de condutas que visam à proteção ambiental e práticas de consumo e produção sustentável, vide DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: innovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2007. p. 114-118.

²⁵ Convém observar que existiam diversos decretos e regulamentações estaduais que já disciplinavam ou inseriam algumas ferramentas para colimar a sustentabilidade das contratações públicas no Brasil. Por exemplo, Lei do Estado de São Paulo n. 11.878, de 19 de janeiro de 2005, Decreto Estadual do Paraná n. 6.2.52/2006, etc.. Sobre a função social da licitação pública e o desenvolvimento sustentável, vide: FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010*). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 49-64; FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SANTOS, Murillo Giordan (Org.) **Licitaciones e contrataciones públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011; FREITAS, Juarez. **Licitaciones sustentáveis: conceitos e desafios**. In: BACELLAR, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito público no MERCOSUL: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 373-385.

administrativos já tem acontecido por intermédio de diversos e esparsos textos normativos, mormente no aspecto de fomento (indução) de determinadas atividades que sejam de manifesto interesse público.²⁶

A citada regulação é um caminho incontroverso e que precisa ser muito bem planejado, estruturado normativamente e executado, sob pena de sua completa ineficácia.

Em primeiro, é imprescindível que tais esparsos textos normativos sejam compilados de maneira organizada em um único documento, quem sabe num Código de Licitações e Contratos. A insegurança jurídica ocasionada pelo extenso, confuso e teratológico conjunto de normas jurídicas sobre licitações e contratos administrativos tem prejudicado sobremaneira a eficiência administrativa e propiciado, até, uma indelével corrupção nas compras públicas no Brasil. Hoje se tem inúmeras leis e atos normativos infralegais para tratar do tema, como, por exemplo, a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002, a Lei n. 12.462/11, a Lei n. 12.232/10, etc..

Após esta etapa de organização normativa, é necessário que se enfatize melhor a fase de planejamento das compras governamentais, qualifique e propicie condições adequadas para os agentes públicos (etapa que faz parte da boa governança pública), permita maior transparência desde as licitações até as execuções contratuais (*v.g.*, externando a fila cronológica de pagamento dos credores) e facilite possíveis enquadramentos à legislação que tenha impacto regulatório de mercado (sob pena de positivar mais um meio para a continuidade da corrupção e “legitimar” indevidamente a exclusão de potenciais competidores).

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, a regulação é “imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicos ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial, etc..).”²⁷ Até porque, Chevallier pontua que “o novo papel desempenhado pelo Estado na economia não se reduz, no entanto, a uma simples função de regulação: ele se traduz também por uma intervenção ativa no jogo econômico, tomando em conta o contexto de interdependência ligado ao processo de globalização.”²⁸

Sob este raciocínio, pretende-se demonstrar e construir que a regulação estatal pelas licitações e pelos contratos administrativos deverá focar e priorizar a ciência, inovação e

²⁶ Além destas medidas, lembra-se da intervenção estatal nos contratos administrativos pela Lei Complementar nº 123, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, a qual concede um tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte. Sobre este estímulo à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte na América do Sul, vide a obra **Segurança jurídica: os aspectos políticos, legais e econômicos no Brasil e na América do Sul**. São Paulo: FIESP, 2010.

²⁷ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Op. cit.* p. 13.

²⁸ CHEVALLIER, Jacques. *Op. cit.* p. 73.

tecnologia no Brasil almejando o desenvolvimento nacional e regional.²⁹ Esta necessidade e preocupação encontra amparo na Constituição da República de 1988 e reflete uma necessidade primária para a própria subsistência do mercado nacional ante o estrangeiro. O artigo 218 da Constituição preconiza que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.³⁰

Justificando o *caput* do artigo 218, a Constituição também preceitua em seus parágrafos: (i) que a pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado em razão do bem comum e o progresso da ciência, tecnologia e inovação; (ii) que a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional; (iii) que o Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio de apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho; (iv) que a lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho; (v) que o Estado estimulará a articulação entre entes públicos e privados; e (vi) que o Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação.

²⁹ Argemiro Brum explica em sua obra que “a ciência e a tecnologia caracterizam o nosso tempo. Sua importância cresce a cada dia. O saber fazer (know-how) é o produto mais valorizado no mercado mundial – hoje e cada vez mais no futuro. ‘As possibilidades de desenvolvimento de uma sociedade não se baseiam apenas nas suas potencialidades naturais – recursos minerais e terras produtivas – mas, mais e mais, na sua capacidade de gerar conhecimento e novas tecnologias.’” (BRUM, Argemiro J. **Desenvolvimento econômico brasileiro**. 16. Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996. p. 283). Na mesma linha, “A fim de realizar a referida opção de política científico-tecnológica, o Brasil deve consolidar o seu sistema nacional de inovação, ligado à economia e à sociedade, dentre de um conceito amplo, compreendendo tanto a rede de instituições e de empresas financiando ou realizando pesquisa científica e tecnológica, como o conjunto de políticas e instituições relativas à importação de tecnologia (incorporada ou não a equipamentos), propriedade industrial e investimento direto externo em áreas intensivas em tecnologia. (VELLOSO, João Paulo dos Reis. *Novo modelo de desenvolvimento para o Brasil*. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (Org.). **Desenvolvimento, tecnologia e governabilidade**. São Paulo: Nobel, 1994. p. 17-60, p. 42). Sempre preciso, Luiz Alberto Blanchet enaltece a preparação do agente para as escolhas corretas visando ao desenvolvimento, uma vez que “o termo desenvolvimento traz necessariamente implícitos os aspectos de continuidade, sustentabilidade e empreendedorismo. Não basta ao administrador vislumbrar apenas a solução imediata para o motivo fático, como se o mundo acabasse em seguida. A ele compete buscar a solução que atenda a necessidade tal como se apresenta no momento, mas também que neutralize suas futuras mutações, ressaltadas, obviamente, aquelas que, sendo também supervenientes, sejam imprevisíveis, não provocadas pela Administração e por ela inevitáveis, alcançadas pela teoria da imprevisão.” (BLANCHET, Luiz Alberto. *Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável*. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Org.). **Anais do I Seminário Italo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil**. 1. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 26-41).

³⁰ Mesmo antes da promulgação da Constituição, Crodowaldo Pavan e João Alexandre Viégas já pontuavam que a “Constituinte deve, sobretudo, reconhecer o papel vital da pesquisa para o desenvolvimento econômico e social e soberania do país, dotando-o de instrumentos que assegurem sua capacitação científica e tecnológica e oferecendo à Nação razões de otimismo quanto ao seu futuro.” (PAVAN, Crodowaldo; VIEGAS, João Alexandre. **Constituinte, Ciência e Tecnologia**. São Paulo: Editora Hamburg, 1986. p. 68).

Para auxiliar na guarida constitucional desta intervenção por direção e indução estatal, insta recordar do artigo 219 o qual propugna que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.³¹ Mais recentemente (Emenda Constitucional nº 85/2014), foram inseridos na Lei Maior os artigos 219-A e 219-B para preceituar, respectivamente, a cooperação entre os órgãos e as entidades dos entes federativos visando à execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, bem como a previsão do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SINCTI).

A tecnologia deve ser compreendida como o aproveitamento dos conhecimentos da ciência para aplicação prática a fim de influenciar os processos de formação. Inovação, segundo o inciso IV do artigo 1º da Lei nº 10.973/2004 (com alteração pela Lei nº 13.243/16), é a “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho”.³² A ciência está arraigada a formulações teóricas.

Sobre a possibilidade de relacionar a função regulatória estatal em geral e as licitações e contratos administrativos, Luciano Ferraz enfoca inclusive que as medidas de regulação não precisam ser necessariamente via legislativa, mas também há a plena factibilidade de ocorrer a regulação por meio de “medidas administrativas, todas as vezes que a satisfação do interesse público por meio da licitação (e do contrato) estiver em jogo. A utilização dessas medidas atenderá basicamente a duas finalidades: a) garantia de competição no mercado, estímulo, portanto à concorrência legal; b) garantia de qualidade nas contratações

³¹ “O mercado interno não é sinônimo de economia de mercado, como pretendem alguns. A sua inclusão no Texto Constitucional, como parte integrante do patrimônio nacional, significa a valorização do mercado interno como centro dinâmico do desenvolvimento brasileiro, inclusive no sentido de garantir melhores condições sociais de vida para a população e a autonomia tecnológica do país.” (BERCOVICI, Gilberto. *Ciência e inovação sob a Constituição de 1988*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 916, ano 101, p. 267-294, fev. 2012. p. 284). Eros Roberto Grau defende a soberania nacional econômica quando da atuação estatal no domínio econômico para romper a dependência em relação às sociedades desenvolvidas, sendo que a acumulação de saber e tecnologia fazem parte da busca do desenvolvimento nacional (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 226; 263).

³² Nivaldo dos Santos e Viviane Romeiro diferenciam invenção de inovação: “A invenção é a criação industrial objeto de patente, podendo ser descrita como uma nova solução para um problema técnico de produção, desde que ninguém tenha criado anteriormente ou divulgado o acesso de sua informação ao público. a inovação tem sua origem em uma invenção, prosseguindo até a comercialização da própria invenção, sendo o processo inovativo estritamente relacionado ao processo de comercialização. Deve estar necessariamente relacionada a um sistema produtivo, caso contrário será considerado como invenção.” (SANTOS, Nivaldo dos; ROMEIRO, Viviane. *Estratégias competitivas e capacitação tecnológica no Brasil: paradigmas técnico-econômicos*. In: TAVARES NETO, José Querino e outros. *Estado, empresa e desenvolvimento econômico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 479-509; p. 484).

da administração pública.”³³ Como deverá e até em que medida poderá haver a regulação por meio de atos administrativos na questão de ciência, inovação e tecnologia?

Carlos Pinto Coelho Motta explica a diferença de raciocínio e de interpretação nas finalidades da licitação na atual conjuntura ao descrever que “a consciência do momento em que vivemos pleiteia uma nova concepção da licitação, a ser doravante entendida como um procedimento que resguarde o mercado interno – integrante do patrimônio nacional – e que incentive o desenvolvimento cultural e socioeconômico do País, nos termos do art. 219 da Constituição Federal. É um conceito que incorpora a variável de ‘fomento’, decisiva para o tempo econômico atual.”³⁴ Na mesma linha de encarar a contratação pública como um instrumento com reflexos na macroeconomia, Marçal Justen Filho assevera que as contratações representam meio para “fomentar e assegurar o emprego da mão de obra brasileira e o progresso da indústria nacional, mas preservando o equilíbrio do meio ambiente”.³⁵

Além dos preceitos constitucionais aludidos, anuvia-se que toda e qualquer interpretação constitucional no Brasil deve prezar pelos fundamentos e objetivos fundamentais prescritos na Lei Maior. Neste fluxo, a Constituição estabelece em seu artigo 1º que a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem-se como fundamentos da República Federativa do Brasil, já o artigo 3º galga como objetivos fundamentais, dentre outros, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos sem qualquer preconceito e a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.³⁶

Posto isso, percebe-se claramente que a regulação estatal pela via das licitações públicas e dos contratos administrativos focando o resguardo da ciência, tecnologia e inovação atende os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o que per si caracteriza mais uma ratificação da constitucionalidade de todas as medidas que sejam tomadas neste rumo. Por isso, tal regulação é legítima e está fundada na Constituição.³⁷

³³ FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 19, ago.set.out., 2009. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 12. jul. 2014, p. 13.

³⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 104.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 76.

³⁶ Gilberto Bercovici afirma que “todas as atividades e atores da política científica e de inovação tecnológica (‘a pesquisa científica básica’, a ‘pesquisa tecnológica’, o ‘apoio do Estado’, as ‘empresas’ integrantes do sistema) estão subordinados ao objetivo constitucional de superação do subdesenvolvimento. A atividade de inovação é uma parcela da política nacional de desenvolvimento.” (BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.* p. 295). Marcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelle Franco Espindola Barros concluem de maneira peremptória que a promoção do bem-estar social exige o desenvolvimento econômico, e um dos pilares desse desenvolvimento é a tecnologia (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Marcelle Franco Espindola. *Op. cit.*).

³⁷ “Se a Administração encontrar a habilitação do seu agir ou a regulação da sua conduta em normas da Constituição que, sem qualquer mediação legislativa lhe são diretamente dirigidas, diz-se que estamos diante de uma Administração fundada na Constituição.” (OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 203).

O incentivo e a direção normativa deverá acontecer por intermédio de normas gerais estabelecedoras de critérios de preferência (e não de exclusão) nas licitações aos competidores que invistam de maneira comprovada em tais searas no Brasil, bem como a partir de benefícios indiretos aos contratos administrativos como são os casos de isenções fiscais e parafiscais.³⁸

Pelas rápidas considerações retro e supra, pode-se inferir que a regulação estatal para a promoção e o fomento da ciência, tecnologia e inovação no Brasil pelas licitações e pelos contratos administrativos é impreterível ao desenvolvimento nacional e regional, ainda que inicialmente esta forma de regulação possa impactar em majoração de custos ao Estado em suas contratações, mas a longo prazo os benefícios superarão em larga escala tais desembolsos financeiros, apesar de posicionamentos divergentes.³⁹ Para finalizar, impende ressaltar que a importância e a atualidade do tema ante a conjectura socioeconômica brasileira é facilmente evidenciada pela recente Lei nº 13.243/2016 que positivou de maneira cabal o poder de compra estatal como princípio e instrumento para a inovação, ciência e tecnologia.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SANTOS, Murillo Giordan (Org.) **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. Ciência e inovação sob a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 916, ano 101, p. 267-294, fev.2012.
- BLANCHET, Luiz Alberto. Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Org.). **Anais do I Seminário Italo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil**. 1. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2011, p. 26-41.
- BRUM, Argemiro J. **Desenvolvimento econômico brasileiro**. 16. Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

³⁸ Romeu Felipe Bacellar Filho interpreta que a competência em licitações e contratos é de competência concorrente, de acordo com o art. 22, XXVII, sendo que pela legislação, “a delimitação constitucional do tema prevê, ainda, em conformidade com o princípio federativo, que a matéria de licitações e contratos é de competência concorrente, de acordo com o art. 22, XXVII. Destarte, a norma em apreço é nacional somente quanto à emanação de seus preceptivos gerais”. Por isso, a Lei nº 8.666 possui normas gerais para todos os entes e também possui legislação específica competente tão só para a seara federal (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111).

³⁹ Marçal Justen Filho pontua que “O progresso econômico envolve a elevação da capacidade de inovação e da produção de soluções tecnologicamente evoluídas. A opção de adquirir produtos e serviços desenvolvidos no estrangeiro agrava o problema da dependência tecnológica, o que se traduz na inviabilidade de a indústria nacional atingir níveis mais evoluídos de qualificação. Essa dependência apresenta uma dimensão econômica, mas também importa problemas de natureza geopolítica. (...) Não se olvide que o progresso tecnológico propicia, ao longo do tempo, a redução de custos para futuras aquisições. A implantação de novas tecnologias e soluções produz efeitos econômicos de redução de preços, ao longo do tempo. (...) Em médio prazo, é economicamente mais vantajoso promover o desenvolvimento da indústria nacional, o que acarretará a redução dos custos e a elevação das receitas estatais.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 117-118).

- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: inovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2007.
- FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 19, ago.set.out., 2009. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 12. jul. 2014.
- FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do* Brasil, antes e depois da MP 495/2010). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 49-64.
- FREITAS, Juarez. Licitações sustentáveis: conceitos e desafios. In: BACELLAR, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no MERCOSUL: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 373-385.
- GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho publico**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Edições Almedina, 2008.
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 17., jul. 2014, p. 03.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 6. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- OLIVEIRA, Fabrício de Souza; SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Lei de Inovações tecnológicas: a relação entre direito e economia legislativa da propriedade intelectual. In: KEMPFER, Marlene e outros. **Direito e inovação: estudos críticos sobre Estado, empresa e sociedade**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2013, p. 283-297.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias públicos-privadas. In. SUNDFELD, Carlos Ari. (Org) **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2013,.
- PAVAN, Crodowaldo; VIEGAS, João Alexandre. **Constituinte, Ciência e Tecnologia**. São Paulo: Editora Hamburg, 1986.

PUIGPELAT, Oriol Mir. **Globalización, Estado y Derecho**. Las transformaciones del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. Contratos de transferência de tecnologia: custos de transação versus desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 43-66 out./dez.2014.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, Nivaldo dos; ROMEIRO, Viviane. Estratégias competitivas e capacitação tecnológica no Brasil: paradigmas técnico-econômicos. In: TAVARES NETO, José Querino e outros. **Estado, empresa e desenvolvimento econômico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (Coords.). **Direito administrativo – Estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 271-292.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 273-284.

VELLOSO, João Paulo dos Reis. Novo modelo de desenvolvimento para o Brasil. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (org.). **Desenvolvimento, tecnologia e governabilidade**. São Paulo: Nobel, 1994, p. 17-60.

VILLANUEVA, Luis F. Aguiar. **Gobernanza y gestión pública**. México: FCE, 2006.

PARTE VII

RESPONSABILIDADE CIVIL
DO ESTADO E CONTROLE
DA ADMINISTRAÇÃO:
TRANSFORMAÇÕES
CONTEMPORÂNEAS



A IMPORTÂNCIA DA NOÇÃO DE IMPUTAÇÃO PARA A ADEQUADA COMPREENSÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO*

FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA**

Sumário: 1. Apresentação; 2. Causalidade e imputação; 3. Causalidade e imputação na relação de responsabilidade; 4. Nexo de causalidade: configuração para fins de direito; 5. Nexo de causalidade: inexistência para fins de responsabilidade; 6. Nexo de causalidade na responsabilidade por omissão; 7. Referências.

1. Apresentação

Como tantos estudantes e profissionais do direito, conheço e aprecio a obra do Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho de longa data. Todavia, nos últimos cinco anos tive a grande satisfação de desenvolver um contato acadêmico que me propiciou conviver mais pessoalmente com o querido professor.

Particularmente, tive a honra de ser por ele examinado em dois momentos de minha vida docente, para mim muito relevantes, na Universidade de São Paulo: os concursos de livre-docência e de titularidade, aos quais me submeti respectivamente em 2011 e 2013.

A partir desse convívio, somado ao permanente contato com sua produção acadêmica, reforcei minha percepção das notórias virtudes do professor. Delas, parece-me agora pertinente realçar duas, que me chamam a atenção de modo especial.

* O presente texto constituiu a base para exposição oral realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, no evento "Direito Administrativo e suas Transformações Atuais: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho", que ocorreu entre os dias 14 e 17 de setembro de 2015, organizado pelo Centro Acadêmico Hugo Simas, com a coordenação científica dos Professores Daniel Wunder Hachem, Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado. Parte substancial do texto corresponde a trecho de livro do autor, publicado como o volume 7 da obra coletiva *Tratado de Direito Administrativo*, coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015).

** Professor titular da Faculdade de Direito da USP. Doutor e livre-docente pela mesma Faculdade. Professor visitante da Universidade Jean Moulin Lyon 3.

A primeira refere-se ao jurista e professor universitário, que, ao longo de sua exemplar carreira ainda em curso, logrou manter sempre ativa – qualidade de uma inteligência destacada – sua visão crítica e original do direito e da sociedade, de modo a produzir um pensamento inovador, sempre com respeito à obra de mestres que o antecederam, mas sem nenhum receio de criticar o que mereça reprovação.

A segunda refere-se ao ser humano que preza as relações pessoais, nutridas por sincera amizade e franco respeito, dedicando-se com desprendimento à formação de discípulos, os quais generosamente orgulha-se de ver brilhar – do que são prova, entre tantos outros, meus caros amigos Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, organizadores desta homenagem.

Como uma singela contribuição para esta iniciativa, escolhi tratar do tema da responsabilidade do Estado, tema desenvolvido com grande atenção pelo Prof. Romeu Bacellar, desde momento inicial de sua carreira acadêmica e constante com destaque em sua obra *Direito administrativo e o novo Código Civil*.

Nesta obra, tratando do tema por completo, o Prof. Romeu Bacellar deixa claro, tanto ao lidar com abordagens clássicas como ao trazer críticas e contribuições originais, que a responsabilidade da administração pública deve ser compreendida no contexto de “um Estado Democrático de Direito e de uma sociedade organizada sob tal primado”, fundamentando nessa visão político-finalística a interpretação do direito positivo brasileiro sobre o assunto.

A postura de Romeu Bacellar leva-o, coerentemente, a valorizar a técnica da responsabilidade objetiva, de modo a – com grande originalidade e precisão – reposicionar a noção de serviço público para efeito de interpretar o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e assim ampliar o alcance da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas ditas “de direito privado” da administração.

O proficiente manejo do direito, para além da por vezes ilusória dicotomia “direito público / direito privado”, permite a Romeu Bacellar, compreendendo e dominando as tendências do direito positivo brasileiro, no caso, decorrentes do Código Civil, encontrar mais argumentos com vistas a robustecer sua percepção da tendência contemporânea de valorização da posição da vítima de danos causados por outrem, notadamente pela administração pública.

Mas, dentre vários aspectos da obra de Romeu Bacellar sobre a responsabilidade do Estado, gostaria de desenvolver um que entendo de grande importância para o entendimento de um aspecto conceitual fundamental: o nexa de causalidade.

Creio, do ponto de vista da teoria do direito, que a noção de nexa de causalidade é a que mais desafios oferece. E, do ponto de vista prático, é a que, se mal compreendida, mais dificuldades pode ocasionar.

O tema é trazido por Romeu Bacellar logo na introdução de seu capítulo sobre responsabilidade:

Na atualidade, é sempre maior a interferência da Administração Pública na vida do cidadão, ao gerenciar a coisa pública tendo por fim a realização do bem comum. Nesta atividade, desenvolvida por seus agentes, é possível a ocorrência de danos ao patrimônio dos cidadãos. Assim agindo, compelem o Estado à obrigação jurídica de composição desses danos, mediante indenização dos prejuízos (como decorrência da teoria da imputação)¹.

Friso justamente as palavras finais: a teoria da imputação.

Para bem compreender a relação de responsabilidade, é necessário distinguir logicamente quando o “nexo de causalidade” remete à noção de *causalidade natural* e quando remete à noção *jurídica de imputação*.

2. Causalidade e imputação

É certo que, para que se cogite de responsabilidade, devem estar presentes, no plano físico, os elementos fundamentais de uma relação de causalidade: *ação causadora* (como “condição”) e *efeito danoso* (como “consequência”).

Para prosseguir com o argumento que aqui se quer desenvolver, aprofundem-se algumas considerações sobre a noção de *causalidade*, e sua distinção de *imputação*, dados primordiais para a compreensão do próprio direito.

Como de plano esclarece Kelsen²:

causalidade e imputação são dois tipos diferentes de uma relação funcional, dois tipos diferentes nos quais dois fatos são unidos como condição e consequência. A diferença entre os dois reside em que a imputação (quer dizer a relação entre um certo comportamento como condição e uma sanção como consequência, descrita por uma lei jurídica ou moral) é estabelecida por um ato de vontade, do qual uma norma é o significado, enquanto a causalidade (quer dizer a relação entre uma causa e um efeito, descrita por uma lei natural) é independente de uma tal intervenção.

Portanto, tanto a causalidade, como a imputação expressam uma relação funcional de “condição e consequência”, num caso, entre causa e efeito, noutro, entre conduta e sanção.

Mas a diferença essencial entre ambas é a intervenção de um ato de vontade humana a estabelecer a relação de imputação, enquanto é um ato de conhecimento que resulta na enunciação de uma relação de causalidade.

¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 195.

² KELSEN, Hans. **Théorie Générale des Normes**. Trad. Olivier Beaud e Fabrice Malkani. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 31/32.

Na formulação sintética de Ludwig Wittgenstein, “o mundo é independente de minha vontade”³.

A *causalidade* opera no mundo físico. Como lembra Goffredo Telles Junior⁴, “físico” é palavra derivada do termo grego “*physis*”, que significava “natureza”⁵. Nesse sentido, “físico” distingue-se de “ético”, palavra derivada do grego “*êthê*”, significando “costume”, ou seja, atividade própria do ser humano, de seus atos deliberados e voluntários. E o plano ético, é o campo em que opera a *imputação*.

As ditas leis físicas⁶ descrevem, pois, fatos havidos no mundo natural, independentemente da vontade humana. Descrevem fatos regidos pela causalidade e são elas mesmas, as leis físicas, enunciadas como expressão de um ato de conhecimento (e não um ato de vontade) humano.

As leis físicas visam a explicar, a permitir a compreensão de como o mundo natural funciona, seguindo relações de causalidade. Mas as leis físicas não logram explicar o funcionamento da própria *causalidade*.

Segundo Wittgenstein⁷: “Se houvesse uma lei da causalidade poderia ter a seguinte forma: ‘Há leis da natureza’. Mas isso não se pode dizer, revela-se”.

As leis físicas são igualmente um dado da natureza, captado pelo conhecimento humano. De todo modo, enquanto proposição pela qual se expressam, não são idênticas à

³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. Proposição 6.373. Explica ainda Wittgenstein: “Ainda que tudo o que desejamos acontecesse, isto seria apenas, por assim dizer, uma graça dada pelo destino, uma vez que não existe uma conexão *lógica* entre a vontade e o mundo que a garantisse, e a suposta conexão física também não a poderíamos por sua vez desejar” (proposição 6.374).

⁴ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 220.

⁵ Reitere-se, no mesmo sentido, a formulação de Kelsen, já citada: “A natureza é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. vol. I. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962. p. 148).

⁶ Usa-se encontrar na linguagem moderna a referência a “leis éticas” e “leis físicas”. No entanto, no rigor da expressão, *leis* propriamente são as éticas. Isso se aceitar-se, mais uma vez com Goffredo Telles Junior, agora inspirado em Jolivet que “só há lei onde há razão e liberdade” (TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 223). Prossegue o autor:

“Este é o motivo sem dúvida, pelo qual os pensadores da antiguidade grega não tinham na conta de leis as fórmulas com que a ciência buscava explicar os fenômenos da natureza. *Lei* era sempre o que hoje se chama *lei ética*.

“Aristóteles, por exemplo, nunca pensou em leis que não fossem as leis do comportamento humano. É possível que o primeiro autor a se referir a ‘*leis da natureza*’ tenha sido Lucrecio, o iluminado poeta latino, que, em seu poema ‘*Natureza das coisas*’, usou da expressão *leges naturae* (ano 60 a.C. aproximadamente).

“As leis físicas não deveriam ser chamadas *normas*, porque elas não *normalizam* coisa nenhuma: não determinam que coisa nenhuma seja feita, para assegurar uma *normalidade*. Elas não são normas *verdadeiras*, porque não impõem *dever*. Limitam-se a revelar o ser das coisas”.

⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. Proposição 6.36.

realidade. Ainda segundo Wittgenstein⁸: “A proposição é uma imagem da realidade. A proposição é um modelo da realidade tal como nós a pensamos”.

Já as leis éticas – morais e jurídicas – não são um dado da natureza, mas antes são fruto da vontade humana.

As leis éticas “não revelam o *ser* das coisas, mas o que as coisas *devem ser*”, para falar com Goffredo Telles Junior⁹. E claro, não quaisquer “coisas”: “Evidentemente, as coisas, a que estas leis se referem, são os comportamentos humanos, únicos movimentos susceptíveis de se ordenar segundo imposições do dever”¹⁰.

3. Causalidade e imputação na relação de responsabilidade

Retornando à argumentação quanto à responsabilidade, já afirmou-se que a situação jurídica ensejadora de responsabilidade pressupõe um dado do mundo físico especialmente revelador de uma relação de causalidade: há um nexo de causalidade entre a ação e o dano.

O direito, tomando esse dado da realidade natural, interfere sobre ele, estabelecendo, por meio da vontade normativa – por imputação e não por causalidade –, a responsabilidade a um sujeito.

Nesse caso, a situação jurídica então gerada pode ser descrita pela proposição: dada a existência de uma ação causadora de um dano, deve o sujeito A ser responsabilizado, ou seja, deve incidir uma sanção jurídica sobre o sujeito A.

A operação intelectual pela qual, mediante o exercício das faculdades de vontade, enuncia-se uma norma jurídica que prevê responsabilidade não depende – essa operação – da efetiva existência, no caso concreto, da ação causadora do dano a fazer movimentar-se o mecanismo jurídico da responsabilidade.

Por outras palavras, a norma jurídica trabalha com hipóteses e não descreve fatos ocorridos¹¹.

Já a operação intelectual pela qual, mediante o exercício das faculdades de conhecimento, constata-se, no caso concreto, ter havido ação causadora do dano – fato correspondente à hipótese de incidência da norma jurídica sobre responsabilidade – depende, por óbvio, da efetiva existência da ação e do dano como elementos do mundo natural.

⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. Proposição 4.01.

⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 223.

¹⁰ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 223.

¹¹ Na metáfora de Goffredo Telles Junior, a norma jurídica “é uma indicação de caminho, e não o relato do caminho percorrido” (TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 224).

Essa segunda operação intelectual, frise-se, não se esgota com a constatação da ação e do dano, mas deve, especialmente investigar se um nexos de causalidade efetivamente os une.

E a existência de um nexos de causalidade, a seu turno, é também um dado do mundo natural.

Não é uma norma jurídica que, por imputação, liga causalmente uma ação a um dano. É, sim, uma “lei” da física.

Assim, por exemplo, a norma constitucional (art. 37, 6º) que invoca “danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros” não está imputando a causação de danos (enquanto fatos da realidade natural) a um agente (enquanto também um elemento factual da realidade natural).

Está sim imputando a responsabilidade a determinado sujeito desde que, por um ato de conhecimento, detecte-se que danos foram causados por um tal agente – causação essa que depende de uma “lei física” e não da própria norma jurídica (constitucional).

Esse raciocínio mostra a incoerência lógica de se argumentar, em direito, com “responsabilidade presumida”, ou “pressuposta”, atribuída normativamente a um sujeito desde que haja um dano, independentemente da verificação, no caso concreto da existência de tal dano e também da ação (de determinado agente) conectados por nexos de causalidade.

Enfim, para que se trate propriamente de responsabilidade, devem existir efeito danoso e ação causadora (por certo, sendo uma a causa do outro, ou seja, ação e dano conectados por nexos de causalidade). Há que se proceder à constatação, *a posteriori* em relação aos fatos¹², de ter havido efeito danoso decorrente de determinada ação causadora.

A prefixação de que um determinado sujeito, uma vez verificado certo fato qualificado como dano, deva indenizar não expressa situação de *responsabilidade*, mas tão-somente de *obrigação*¹³.

A existência de nexos causal entre a ação (de determinado agente, no caso, ligado ao Estado) e o dano – o que resulta no mesmo que dizer a existência de ação e dano ligados por nexos de causalidade – é, pois, elemento indispensável para que se cogite de responsabilidade civil do Estado.

Sem ele, pode tratar-se de diversas outras situações jurídicas, mas não de responsabilidade.

Esse elemento indispensável, isoladamente, pode ser qualificado como *objetivo*, no sentido de não envolver nenhum aspecto a ser perquirido internamente, no psiquismo, do

¹² “Não podemos inferir os acontecimentos futuros dos acontecimentos presentes. A crença no nexos causal é a *superstição*” (WITTGENSTEIN, Tratado... *Op. Cit.* Proposição 5.1361).

¹³ Não é o caso de aqui desenvolver-se este ponto da distinção entre responsabilidade e obrigação de indenizar. Sobre ele, no plano da teoria geral, ver KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. vol. I. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962. p. 240-243 e, no direito administrativo brasileiro, ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1012.

agente. Aliás, pode até tratar-se de situação em que a causa direta do dano não envolva nenhuma ação humana, mas sim fato da natureza.

A esse elemento, por opção legislativa, podem ser acrescidos matizes de *subjetividade* ao agente (no caso, estatal) como elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil.

Daí a opção terminológica, já criticada, de reduzir-se o panorama da responsabilidade à dualidade “responsabilidade objetiva” e “responsabilidade subjetiva”.

De rigor, o elemento objetivo estará sempre presente, quer na “responsabilidade objetiva”, quer na “responsabilidade subjetiva”.

Com a responsabilidade do Estado não é diferente: a responsabilidade das pessoas estatais decorrente do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, bem como a responsabilidade de pessoas estatais decorrente de outros fundamentos normativos, sempre exigem esse elemento objetivo.

E existência de nexos causal é algo que depende de verificação física, não comportando presunção normativa, nem em se tratando do Estado.

4. Nexos de causalidade: configuração para fins de direito

Portanto, na prática, a grande questão por trás de qualquer litígio envolvendo responsabilidade – também a do Estado – é, antes de mais nada, a comprovação do nexos causal.

A doutrina jurídica que aborda o tema da responsabilidade civil usa descrever o modo pelo qual os aplicadores do direito enfrentam essa questão, organizando os argumentos em torno de “teorias”: “teoria da equivalência dos antecedentes”, “teoria da causalidade adequada”, “teoria da causalidade eficiente”; “teoria da causalidade próxima e direta”; “teoria da causalidade típica”, entre outras¹⁴.

Com todo respeito à relevância das contribuições que, ao longo dos tempos, gerações de autores que se dedicaram a esse debate trouxeram para a evolução da ciência do direito, parece-me que existe um problema intrínseco ao recurso de argumentação jurídica em torno desse uso da noção de “teorias” para a solução do problema.

Alguém que desavisadamente pretenda travar contato com o assunto terá a sensação de ser possível, por uma prévia solução abstrata (mediante adesão a uma das teorias), resolver-se, por antecipação, um problema que é eminentemente empírico.

Ora, sempre haverá um dado inegável, que é a impossibilidade material de se estabelecer, na realidade vivida pelo ser humano, “uma só” causa para “um só” efeito.

¹⁴ Nesse sentido, ver STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 175/181); CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 50/67); CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 71/77); GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 365/398).

Ou bem essa causa será tão abrangente que será rigorosamente inútil para a solução de problemas jurídicos, transpondo-se para a metafísica, ou não será uma causa única.

Recorra-se, mais uma vez, a KELSEN:

Uma outra diferença entre causalidade e imputação é que toda causa concreta deve necessariamente ser considerada como efeito de uma outra causa, e que todo efeito concreto deve necessariamente ser considerado como a causa de um outro efeito, de sorte que a cadeia de causa ao efeito – de conformidade com a natureza mesma da causalidade – é infinita em cada um dos dois sentidos. No caso da imputação, a situação é completamente diferente. [...] Mas na série de causalidades, não há nada similar a um ponto final. A hipótese de uma causa primeira, de uma prima causa, análoga ao ponto final da imputação, é incompatível com a ideia de causalidade, tal como ela exprime-se nas leis da física clássica. A representação de uma causa primeira a qual, enquanto vontade de criação divina ou enquanto livre vontade humana, desempenha um papel decisivo na metafísica religiosa, é característica de um modo de pensar no qual o princípio de causalidade não é distinto (por uma razão ou por outra) do princípio de imputação¹⁵.

Nessa lógica, acrescenta-se, perde sentido a discussão de causas “simultâneas” ou “concausas”: no mundo físico, sempre haverá uma cadeia infinitesimal, se é que não fractal, de causas e efeitos.

Enfim, dada tal realidade, a identificação da causa, para efeito de solução de um litígio envolvendo responsabilidade civil, envolve, inevitavelmente um processo de decisão, de escolha, no caso concreto: a escolha da(s) causa(s) juridicamente relevante(s). Trata-se aqui de um ato de vontade (jurídico) que contém uma relação de imputação; e não de um ato de conhecimento tendo por objeto uma relação (natural) de causalidade.

Essa escolha, insista-se, ocorre no caso concreto. É rigorosamente impossível prefixarem-se na norma jurídica as causas de um dano no caso concreto. Isso é mesmo uma contradição em termos, desde que se admita a distinção entre causalidade e imputação. A norma, ao enunciar o que deve ser, não tem nenhuma relação com o que efetivamente venha a ser.

O que a norma pode fazer é dar parâmetros de aproximação da causa, mediante o recurso a expressões como “consequência imediata e direta”, “consequência imediata e necessária”¹⁶.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Théorie Générale des Normes*. Trad. Olivier Beaud e Fabrice Malkani. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 32.

¹⁶ São exemplos que Sergio Cavalieri Filho dá, citando os códigos civis francês, italiano e argentino, e observando que o brasileiro não tem norma similar (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 55-56).

Porém, será o juiz, no caso concreto, ante as provas produzidas, que irá “se convencer”, ou seja, voluntariamente escolher mediante motivação jurídica, a melhor causa pelo ponto de vista que entende ser o de direito.

Essa decisão admite desde a escolha de uma só causa, como a escolha de várias causas, partilhando-se entre elas, em variáveis proporções, conforme o caso concreto, os efeitos da responsabilidade.

Enfim, todas essas teorias arroladas pela doutrina são, por outras palavras, não expressão de dogmas a serem seguidos, nem reflexo da opção legislativa, mas sim oferta de argumentos de retórica para o juiz escolher a causa juridicamente relevante.

A matéria, pelo ponto de vista tradicional dos autores administrativistas, ganha ainda um elemento complicador.

Isso por força da distinção entre “teoria do risco integral” e “teoria do risco administrativo”, como fundamentos ideológicos para a responsabilidade (objetiva) do Estado.

Eis como o explica Hely Lopes Meirelles¹⁷:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. [...]

Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e a 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 danos a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. [...]

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

Por outro lado, há quem sustente que a leitura que Hely Lopes Meirelles celebrou não faz jus ao sentido da teoria do risco integral – a qual admitiria mitigação da responsabilidade – e que, afinal, a distinção entre as duas “correntes teóricas” é “artificialismo” (Yussef Said Cahali¹⁸), ou que se trata de uma “nebulosa distinção entre *teoria do risco integral* e *teoria do risco administrativo*” (Odete Medauar¹⁹ ou que “as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰).

Pondera Cahali que se a questão for deslocada – como deve ser – para a causalidade, pouco importa a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 555-556.

¹⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 38.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 418.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 720.

da responsabilidade do Estado, permitindo aos tribunais “a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade” quando outros fatores “tiverem prevalecido na causação do dano”²¹.

Ocorre que, em minha opinião, a crítica há de ir além, negando mesmo a utilidade de qualquer “teoria” que vise a explicar o regime da responsabilidade do Estado por invocação de um suposto fundamento ideológico no “risco”.

Com efeito, um regime como o do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (assim como eventual outro regime aplicável a pessoas estatais não abrangidas pela norma constitucional, por força de leis especiais), dispensando a ocorrência de culpa, em momento nenhum exige a demonstração de ter havido qualquer tipo de risco aportado à sociedade pelo Estado.

Nem mesmo – e aqui se argumenta apenas por absurdo – faz menção a que a simples existência de um risco potencial introduzido na vida social pela ação estatal tornaria inexorável a “responsabilidade” do Estado, independentemente de cogitação de nexos de causalidade. Essa hipótese é absurda porque é incoerente com o próprio conceito de responsabilidade.

Aliás, nenhuma teoria é compatível com o regime constitucional brasileiro de responsabilidade civil do Estado se *impedir* que, na apreciação concreta de um litígio, incidam fatores ditos “excludentes” da responsabilidade, quando esses fatores, de rigor, significam que o nexo de causalidade verdadeiro aponta para uma causa que não tem relação nenhuma com o Estado.

A “teoria do risco integral” – ou, para evitar-se a discussão meramente terminológica, “alguma teoria”, independentemente do nome, que sustente aquilo que Hely Lopes Meirelles atribui à “teoria do risco integral” – na verdade, nunca foi adotada no direito brasileiro. Nem se encontram doutrinadores que defendam sua adoção.

No entanto, alguns exemplos mais recentemente têm sido dados, como se fossem de adoção da tese do risco integral: as Leis n. 10.309/01 e 10.744/03, que autorizam a União a indenizar as vítimas em caso de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra e eventos correlatos (nas situações que especifica).

Contudo, conceitualmente, trata-se antes da situação de uma previsão legal de obrigação de indenizar – aliás de faculdade de indenizar, pela dicção das leis – do que de responsabilidade, em que pese as leis usem a palavra “responsabilidade”.

Já em outros casos, a situação pode ficar mais complexa.

Cite-se o exemplo da Lei paulista n. 10.726/01, que prevê autorização ao Estado para “efetuar o pagamento de indenização, a título reparatório, às pessoas detidas sob a acusação de terem participado de atividades políticas no período de 31 de março de 1964 a 15 de agosto de 1979, que tenham ficado sob a responsabilidade ou guarda dos órgãos públicos do Estado de São Paulo ou em quaisquer de suas dependências”.

²¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 38.

Analisando o caso, Elival da Silva Ramos²² aponta com pertinência tratar-se de situação em que a lei procede a um “prévio reconhecimento” da “responsabilidade” do Estado “por danos infligidos a pessoas” que estavam sob sua custódia.

De fato, em um caso como esse, mais do que uma obrigação de indenizar por ato ilícito há o reconhecimento – sob a forma de lei – da responsabilidade por dano (ilícito).

Ainda assim, essa opção legislativa pelo reconhecimento da responsabilidade – antecipando-se à discussão judicial, em cada caso concreto, eventualmente suscitada pelas vítimas – não se confunde com a tese do risco integral.

5. Nexo de causalidade: inexistência para fins de responsabilidade

A propósito do que se disse logo acima, quanto ao que muitas vezes se encontra na doutrina sob a rubrica “excludentes de responsabilidade”, cabem mais algumas considerações.

De plano, soa inapropriado, dado o sentido da palavra em língua portuguesa, cogitar-se de “exclusão” da responsabilidade. Exclui-se algo que está posto, que existe.

Todavia, quando se trata de apreciar fatos que indicam não se haver identificado nexos de causalidade entre efeito danoso e uma ação estatal, ou mesmo não haver ocorrido dano, sequer terá existido uma relação de responsabilidade a ser excluída²³.

Como é sabido, a responsabilidade do Estado, seja conforme a regra do art. 37, § 6º da Constituição, seja conforme outra regra (para pessoas estatais não abrangidas pela primeira), não se configura se não houver dano (resultado ilícito) ou se o nexos de causalidade ligar o dano à conduta de pessoa que nenhuma relação guarde com o Estado.

Dois situações principais podem ser distintas para efeito da análise que ora se propõe:

Uma delas diz respeito à questão material da alegação e da prova, em juízo, quanto à existência dos elementos físicos configuradores do dano e do nexos de causalidade em relação a uma ação estatal causadora. Quanto a essa primeira situação, não há maior interesse em se fazerem considerações em abstrato. Trata-se, eminentemente, de apreciação dos fatos em cada caso concreto.

A outra diz respeito a regras de direito²⁴ que têm por objetivo incidir sobre a apreciação judicial que deve ser feita quanto à existência dos elementos físicos acima referidos, de

²² RAMOS, Elival da Silva. Presos políticos torturados – Indenização – Análise da Lei n. 10.726/2001 – Extensão de reparação aos herdeiros. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, vol. 28, n. 1, p. 21-40, jan./fev. 2004. p. 22.

²³ Admita-se que a linguagem corrente cogita de exclusão por uma expectativa psicológica: quando alguém é chamado em juízo a título de responsável e consegue sucesso ao defender-se – argumentando com inexistência do dano, ou de nexos causal que aponte ser sua a autoria –, resta a sensação de que “se excluiu” sua (suposta) responsabilidade.

²⁴ Com a expressão “regras de direito” quer-se indicar tanto aquelas que estejam explicitamente dadas na legislação como critérios para a aferição da responsabilidade como aquelas que – sempre a partir da base legislativa (ainda que implicitamente) – sejam enunciadas por formulações próprias da doutrina e da jurisprudência. De todo modo, distinguindo-se da situação anterior, neste caso está-se cogitando de um processo intelectual de interpretação do

modo a conduzir o julgador a uma decisão que acaba por alterar o resultado “esperado” (que usualmente seria obtido face a tal litígio não fora a existência dessas mesmas regras). Esta segunda situação justifica maior interesse em uma abordagem teórica.

Pois bem, as regras de direito referidas na proposição que se acaba de formular podem dizer respeito ao nexo de causalidade ou à ilicitude do efeito (“dano”).

As regras de direito que dizem respeito ao *nexo de causalidade*, impedindo que a relação de responsabilidade se forme quanto a determinado sujeito – o Estado, no caso em análise, no direito brasileiro, podem ser identificadas por meio das noções de *causa da vítima*; *causa de terceiro*; *caso fortuito* e *força maior*.

A noção que ora se denomina *causa da vítima* costuma ser referida na linguagem jurídica como “culpa” da vítima.

No entanto, a invocação de culpa, nesse caso, é imprópria²⁵.

Se se está discutindo nexo de causalidade, não é relevante cogitar-se de culpa. Essa investigação subjetiva, se for necessária conforme o regime de responsabilidade de que se trate, ocorrerá em um momento logicamente posterior. Não tem cabimento perquirir culpa de alguém se ainda nem se tem qual o sujeito cuja conduta está relacionada ao dano por meio de um nexo de causalidade.

Enfim, o que está em questão é a verificação de se a própria vítima do dano é que lhe deu causa, seja culposamente ou não seja.

Caso a própria vítima tenha causado o dano, por óbvio não há que se cogitar da responsabilidade de ninguém mais por ele²⁶.

Conforme o que mais acima se observou sobre a causalidade no mundo físico, sempre poderá haver a cogitação judicial sobre a relevância de mais de uma causa juridicamente relevante para um mesmo efeito com consequências igualmente jurídicas.

Assim, usa-se por vezes referir a “causa exclusiva” da vítima, ou “causa concorrente” da vítima.

Essa noção de exclusividade da causa, no ponto de vista físico, é meramente fictícia. Trata-se de operação jurídica pela qual o órgão julgador decide ser apenas uma causa aquela juridicamente relevante para a configuração da responsabilidade (mesmo para sua negação ante atribuição da causa à própria vítima).

direito e, no caso enunciado no parágrafo anterior, está-se cogitando de um processo cognitivo de compreensão da realidade física (prova dos fatos), ambos presentes no processo jurisdicional.

²⁵ Em lugar de “causa da vítima” há quem prefira “fato da vítima” – expressão que também reflete essa visão crítica quanto à invocação da “culpa” neste momento. É a opção de Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68).

²⁶ Salvo hipóteses de uma relação de direito que crie a obrigação para terceiros de indenizar a vítima em um caso assim, como se passa com o contrato de seguro. De todo modo, nessa situação o segurador não é “responsável” e sim “obrigado a indenizar”.

Por outro lado, caso o órgão julgador considere haver mais de uma causa juridicamente relevante, causas essas atribuíveis a sujeitos diferentes, pode então proceder a um compartilhamento da responsabilidade, com resultado sobre a indenização.

Em se tratando de compartilhamento da responsabilidade com a própria vítima, o resultado prático é a redução proporcional do valor da indenização a que ela fará jus.

Raciocínio análogo ao que se acaba de fazer quanto à causa da vítima, aplica-se à noção de *causa de terceiro*²⁷.

Esta noção também se encontra na linguagem jurídica corrente sob a forma imprópria de *culpa de terceiro*. Insista-se: no momento lógico da discussão do nexo de causalidade, não é relevante cogitar-se de culpa. Essa eventual investigação subjetiva, se for necessária conforme o regime de responsabilidade de que se trate, ocorrerá em um momento posterior.

Evidentemente a noção de “terceiro” é relativa: no caso, terceiro em relação ao Estado, que é o personagem referencial deste estudo.

Por outras palavras, se a causa é atribuível a outra pessoa que não o Estado, não há que se cogitar de responsabilidade do Estado e sim dessa outra pessoa²⁸.

Neste passo, valem as mesmas observações sobre exclusividade e concorrência de causas: se a causa juridicamente considerada relevante pelo julgador é atribuível exclusivamente a outra pessoa que não o Estado, o Estado não é responsável; se são concorrentes as causas juridicamente relevantes, partilha-se proporcionalmente a incumbência de indenizar.

Por fim, as noções de *caso fortuito* e *força maior*²⁹. Também elas interferem com o nexo de causalidade.

Caso fortuito e *força maior* designam elementos do mundo físico e, isoladamente, não remetem, via nexo de causalidade, à responsabilidade de algum sujeito em especial.

²⁷ Ou “fato de terceiro” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 69).

²⁸ De rigor, o Estado é que é um “terceiro” em relação a uma situação de responsabilidade como essa. A referência ao outro – o verdadeiro responsável – como “terceiro” é só um recurso de expressão no discurso de quem tome o Estado como “primeira” pessoa.

²⁹ A doutrina, desde longa data, diverge quanto à conceituação dessas figuras, invertendo nomes e conceitos. Tome-se, ilustrativamente, de um lado, a opinião de Álvaro Villaça Azevedo (VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. **Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008. p. 240/241), associando caso fortuito a “acontecimento provindo da natureza, sem qualquer intervenção da vontade humana” e força maior a “fato de terceiro, ou do credor”, sendo “atuação humana”; e, de outro, a posição de Sergio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71), que diz estar-se “em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável” mas, “se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior”. Em verdade, como os citados autores admitem, a discussão perde relevância ante o texto do art. 393 do Código Civil, que equipara as duas figuras: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

A consequência jurídica em termos de responsabilidade, atribuída em se tratando de caso fortuito e força maior, há de ser extraída do direito em cada situação concreta.

Normalmente a existência de caso fortuito ou força maior traz por consequência jurídica a própria vítima suportar o resultado.

No entanto, pode haver, por opção legislativa a indicação de algum responsável por indenizar, ante a ocorrência de caso fortuito e força maior. Essa opção é mais comum em matéria de responsabilidade contratual (verifiquem-se, exemplificativamente, os seguintes artigos do Código Civil: 399, 575, 667, 868), mas também se verifica em responsabilidade extracontratual (p. ex.: Lei federal n. 6.453/77, em matéria de acidentes nucleares).

O tema do caso fortuito e da força maior impacta a responsabilidade do Estado nas situações em que o direito prevê uma obrigação do Estado em agir para evitar o dano decorrente dessas causas que são estranhas a ele (estranhas a ele no sentido de não serem associadas a ação positiva de seus agentes). São casos de responsabilidade do Estado por omissão.

6. Nexos de causalidade na responsabilidade por omissão

A responsabilidade civil do Estado por omissão não deixa de ser uma responsabilidade por atos de terceiros, mas terceiros quanto aos quais o Estado não possui um vínculo especial (contratual ou de tutela).

Nesse caso, existe célebre polêmica entre os que sustentam ser “objetiva”, pelo principal argumento de não haver exceção constitucional a respeito, e os que sustentam que seja “subjetiva”, esta a posição sustentada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁰ e, contemporaneamente desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello³¹.

Eis como o explica este último autor³²:

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 descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo (Introdução)**. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

³¹ Para uma visão geral do tema, ver CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual por omissão do Estado**. São Paulo, 2002. 141. f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1031.

responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita de Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).

Na verdade, parece que os envolvidos na polêmica – ao menos em sua maioria – não divergem em substância.

Todos centram sua ênfase no descumprimento de dever de agir, causando dano.

Mas uns descreverão esse fenômeno, dizendo que tal descumprimento prescinde da discussão da culpa ou dolo (sendo, portanto, caso de responsabilidade “objetiva”).

Enquanto outros dirão que implícito no descumprimento do dever de agir há, inevitavelmente, um aspecto culposo (num raciocínio que remete mais precisamente à ideia francesa de *faute*, do que à culpa³³).

Ora, a dificultar o equacionamento da questão, tem-se, a partir de uma cogitação filosófica, que, no mundo natural, uma omissão não “causa”; quando muito deixa o campo livre para que uma ação “cause”³⁴.

Portanto, o “nexo de causalidade” a ser estabelecido entre uma omissão e o dano não é um nexos factual, detectável sensivelmente no mundo natural; é antes um nexos abstracto e ficticiamente atribuído pelo direito, ao associar uma sanção ao resultado, tornando a omissão o descumprimento do dever de agir. Mais uma vez: cuida-se aqui de uma relação de imputação e não propriamente de causalidade.

De todo modo, não existe no direito brasileiro um dever genérico, nem para o Estado, cujo objeto seja agir sempre *para evitar quaisquer danos*. Existem deveres de agir para certas prestações (serviços). O problema é conectar causalmente a falta a um desses deveres de agir com o dano.

Supor, ao pé da letra, que a omissão – no caso, omissão estatal – seja naturalmente (e não por força do estabelecimento do dever de agir – imputação) uma “causa”, no limite, acarretaria a responsabilidade do Estado por qualquer dano.

Isso porque qualquer dano seria potencialmente relacionado a alguma omissão do Estado; dito de outro modo, sempre seria possível supor que se o Estado (quase onipotente) houvesse adotado determinada medida, teria evitado o dano.

³³ A ambiguidade entre um sentido subjetivo e um sentido objetivo de *faute*, quando traduzida a expressão para o português para “falta” ou para “culpa”, é bem notada por Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 134): “A expressão [*faute du service*], traduzida do francês, tanto pode significar falta do serviço como erro ou culpa do serviço. O entendimento de que *faute* significa falta pode outorgar feição objetiva à teoria. Em contraposição, se traduzida a expressão por erro ou culpa a responsabilização pode assumir cunho subjetivo”.

³⁴ Nesse sentido, CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

Enfim, o tema da responsabilidade por omissão fornece mais elementos a sugerir que a realidade comporta uma explicação teórica mais complexa do que aquela que o binômio “responsabilidade subjetiva” – “responsabilidade objetiva” oferece.

7. Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo (Introdução)**. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual por omissão do Estado**. São Paulo, 2002. 141. f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KELSEN, Hans. **Théorie Générale des Normes**. Trad. Olivier Beaud e Fabrice Malkani. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. vol. I. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- RAMOS, Elival da Silva. Presos políticos torturados – Indenização – Análise da Lei n. 10.726/2001 – Extensão de reparação aos herdeiros. **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, vol. 28, n. 1, p. 21-40, jan./fev. 2004.
- STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. In: Tepedino, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. **Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

WEIDA ZANCANER*

Sumário: 1. Introdução; 2. Responsabilidade patrimonial do Estado por danos ocasionados ao contratado em razão do chamado “Fato do Príncipe”; 3. Danos sofridos pelo contratado em razão de eventos imprevisíveis produzidos por forças alheias às partes contratantes; 4. Danos sofridos pelo contratado em razão das chamadas sujeições imprevistas; 5. Danos sofridos pelo contratado em razão dos chamados fatos da Administração; 6. Referências.

1. Introdução

Para fins deste artigo, analisaremos as atuações estatais, bem como eventos imprevistos passíveis de gerarem responsabilidade patrimonial do Estado nos contratos regidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 8.666/93 e alterações.

No Brasil, todos aqueles que travam contratos com o Poder Público sabem que se sujeitam à regras não usuais àquelas estabelecidas no Direito Privado. O direito de o Estado instabilizar o vínculo consiste, só por si, em questão de monta suficiente para inquietar o contratado, não bastasse a álea ordinária a que se submete ao lavrar o ajuste.

Entretanto, por ser o contrato administrativo um contrato que deve se formar sob a égide do princípio da boa-fé, tendo em vista o disposto no art. 37, caput da Constituição Federal, seria impensável aceitar que este princípio que a todos obriga poderia ser menosprezado especificamente pela Administração Pública, com o fito de obter vantagens indevidas do contratado.

Conforme magistério de Jesús González Pérez:¹

La buena fe, a cuyas exigencias han de ajustar su actuación todos los miembros de la comunidad, sólo puede predicarse, en sus reciprocas relaciones, de la actitud de uno en relación con otro. Significa - dice LACRUZ - que este otro, según la estimación

* Professora de Direito Administrativo da PUC-SP. Mestre e especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. 2ª Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo Paulista – IDAP.

¹ PÉREZ, Jesús Gonzalez. **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 1983. p. 40.

habitual de la gente, puede esperar determinada conducta del uno, o determinadas consecuencias de su conducta, o que no ha de tener otras distintas o perjudiciales. La jurisprudencia civil ha delimitado correctamente su ámbito de aplicación. Como en la sentencia de 24 de junio de 1969 (Ponente: BONET), al decir que la buena fe 'significa confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refieren sobre todo al cumplimiento de la palabra dada; especialmente, la palabra fe, fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de otra en el comportamiento de sus obligaciones, fiado en que ésta no le engañara.

Agustín Gordillo também registra a importância do princípio da boa fé nos contratos administrativos, ao lecionar:

Se dice así que los contratos administrativos son esencialmente de buena fe, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, ni a aprovecharse de circunstancias legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio del contratista.²

Ora, se a boa-fé é princípio cujo cumprimento obriga as partes contratantes, não há como olvidar a importância do objeto contratado neste tipo de acordo, pois ele se presume útil e necessário à toda coletividade, razão pela qual o ordenamento jurídico brasileiro tem por bem proteger o equilíbrio econômico-financeiro nestes contratos para impedir sua descontinuidade.

Ademais, seria desarrazoado que o poder público fizesse um procedimento licitatório para comprar, construir ou reformar um dado objeto que satisfizesse o interesse público e acabasse por adquirir ou obter outro, por descumprir com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se enriquecendo às custas do contratante privado e ponde em risco a qualidade do objeto que motivou o acordo.

Outro não é o entendimento de Georges Pequignot³, quando grafa:

O contratado tem direito à remuneração inscrita em seu contrato. E' o princípio da fidez do contrato. Ele não consentiu seu concurso senão na esperança de um certo lucro. Aceitou tomar a seu cargo trabalhos e áleas que, se não houvesse querido contratar, seriam suportados pela Administração. E' normal que seja remunerado por isto.

Além disto, seria contrário à regra da boa-fé, contrário também a qualquer segurança dos negócios, e portanto perigoso para o estado social e econômico que a Administração pudesse modificar, especialmente reduzir esta remuneração

² GORDILLO, Agustín. **Derecho Administrativo de la Economía**. Buenos Aires: Ed. Macchi, 1967. p. 340.

³ PEQUIGNOT, Georges. **Théorie Générale du Contract Administratif**. Paris: A. Pedone, 1945. p. 434-435. Georges Vedel no mesmo sentido: "A administração pode, dentro de certos limites, modificar o peso das obrigações que, em um prato de balança, estão ao encargo de seu contratante, mas deve logo colocar no outro prato as compensações pecuniárias correspondente". VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1964. p. 369.

A matéria, no direito pátrio, tem ligação umbilical com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, por força do disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal que estabelece a manutenção das condições efetivas da proposta do vencedor do processo licitatório.

O equilíbrio econômico-financeiro está protegido, ainda, conforme grafa Celso Antônio,

*por outro dispositivo constitucional: o art. 5º, XXXVI, segundo o qual 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada'. A equação econômico-financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo.*⁴

Mas afinal, no que consiste o equilíbrio econômico-financeiro do contrato?

Conforme os ensinamentos de Celso Antônio,

*Entende-se por equação ou equilíbrio econômico e financeiro a relação de igualdade entre as obrigações assumidas no momento do ajuste e os termos estipuladores da compensação econômica que lhe corresponderá em razão das referidas obrigações. Essa igualdade que estabelecem deve perdurar ao longo de toda a duração do vínculo e é inadversável garantia do contratado.*⁵

Passa-se, após essas breves considerações, à análise dos casos em que a responsabilização patrimonial do Estado se impõe em razão de seu atuar lícito ou ilícito.⁶

2. Responsabilidade patrimonial do Estado por danos ocasionados ao contratado em razão do chamado “Fato do Príncipe”

Dá-se o fato do príncipe todas as vezes que o contratante público ocasionar ao contratado um agravo econômico decorrente de atos ou fatos lícitos expedidos em razão de competência diversa da contratualmente estabelecida entre as parte.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 638.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo, fato do Príncipe e dever de reequilíbrio da equação inicial. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Pareceres de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 117.

⁶ Sobre o tema da Responsabilidade do Estado, ROMEU FELIPE BACELLAR, em excelente texto, grafa: “A responsabilidade civil advém do descumprimento de cláusulas contratuais, ou da conduta humana comissiva ou omissiva, lesiva a interesses juridicamente protegidos, estranha a qualquer ajuste, podendo ser contratual ou extracontratual”, no capítulo referente à “Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público no Brasil”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 274.

Para José Santos de Carvalho Filho o fato do princípio “se caracteriza por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário, provocando neste último caso funda alteração na equação econômico-financeira do contrato”.⁷

Assim, embora a medida expedida pelo Estado seja editada sob competência diversa daquela que o habilita na relação contratual, ela irá refluir sob um ou alguns contratos específicos, causando a uma das partes da relação um dano que não estaria obrigado a suportar.

Os agravos patrimoniais ocasionados pelo fato do princípio não escusam o contratado, como diz Benoit, de cumprir com as obrigações acordadas com o Poder Público, “mas o contratante tem direito a uma indenização que repare integralmente o prejuízo por ele sofrido em razão do fato agravante dos seus encargos”⁸.

Em França, para que se configure fato do princípio mister que o contratante público seja a mesma pessoa jurídica que edita as medidas - embora desvinculadas de sua relação contratual e ditada em razão de competência diversa,- que agravam a situação econômico-financeira do seu contratado.

Para alguns juristas brasileiros⁹ a questão é despicienda frente nosso sistema jurídico positivo, já que tanto na teoria na imprevisão, como na do fato do princípio, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deve se dar em sua integralidade,¹⁰ o que não ocorre em França, onde a inteireza da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contratado só se dá em ocorrendo o fato do princípio. Na teoria da imprevisão os prejuízos sofridos pelo contratado são repartidos pelas partes.

Entretanto, existe outra razão para que se postule a identidade de pessoa jurídica do emissor da medida gravosa e do contratante público para que se configure o fato do princípio. É que tendo em vista nosso direito positivo, se não houver coincidência da pessoa jurídica que editou o ato e o contratante público, este não tem obrigação de indenizar, mas poderá optar pela rescisão contratual, ficando o agravado no direito de buscar a responsabilização junto ao emissor da regra jurídica que lhe foi gravosa.

Assim, embora nosso sistema jurídico-positivo garanta a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de trato sucessivo, quando a pessoa jurídica de direito

⁷ CARVALHO FILHO, José Santos de. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2010. p. 231.

⁸ BÉNOÎT, Francis-Paul. **Le Droit Administratif Français**. Paris, Dalloz, 1968. p. 641.

⁹ CARVALHO FILHO, José Santos de. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2010. p. 404. Em sentido contrário JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 982.

¹⁰ Nesse sentido acórdão do TCU: Contratação pública – Contrato – Alteração – Elevação dos custos – Fato novo – Teoria da imprevisão – TCU. Acerca da elevação dos custos de aquisição de material para execução de obra, o TCU manifestou-se no sentido de que “o aumento de preço causado por fato novo – mesmo que de terceiro – que resulte em insuportável esforço para a contratada, justifica a aplicação da teoria da imprevisão adotada pela legislação pátria, em especial, pela Lei 8.666, de 21/6/1993, não se mostrando razoável, sob pena enriquecimento sem causa do Estado, compelir a contratada a arcar com tais riscos”. (TCU, Acórdão nº 30/2012, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU de 24.01.2012.)

público da qual emanou o ato lesivo for a mesma que travou o ajuste, isto não ocorrerá se estas não coincidirem, pois pode o contratante público optar pela rescisão, cabendo ao particular ingressar em juízo para obter o devido ressarcimento da emissora do ato lícito.

3. Danos sofridos pelo contratado em razão de eventos imprevisíveis produzidos por forças alheias às partes contratantes

Ao se falar de teoria da imprevisão pensa-se logo na *“rebus sic stantibus”*, cláusula que veio, entre os séculos XIV e XVIII, socorrer os contratantes da aplicação impiedosa da cláusula *“pacta sunt servanda”* que exigia o cumprimento das avenças até a ruína de uma das partes.

A *“pacta sunt servanda”* é de feitio estreito para abarcar a realidade dos contratos em geral e, notadamente dos contratos administrativos.

Todos que contratam o fazem em razão dos fatos e condições existentes no momento em que se deu o acordo de vontades e se a realidade vem e subverte as condições de fato, exigir que o devedor cumpra com suas obrigações é, muitas vezes, manda-lo à ruína, o que afronta o princípio da boa-fé e só traz prejuízos ao devedor e à coletividade.

A *“rebus sic stantibus”*¹¹, hoje sob o nome de teoria da imprevisão, tem aplicação iniduídosa nos contratos administrativos, pois ao travar o ajuste o Estado pretende a concretização de um objeto que visa o atendimento de um interesse público, isto é, importante e desejado por toda coletividade. Para obter seu desiderato, mister que o contratante público evite que alterações econômicas alheias à vontade das partes venham a impedir que o contratado possa cumprir o acordo.

No direito positivo brasileiro, não só na Lei Maior, *ex vi do* art. 37, XXI, mas também art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores, coloca a teoria da imprevisão como uma das causas a ensejar o reequilíbrio econômico financeiro do contrato.¹²

¹¹ Sobre o tema Oswaldo Aranha Bandeira De Mello grafa: “A cláusula *“rebus sic stantibus”* ressurgiu com novas roupagens, na época contemporânea, no direito público, antes de se ver acolhida no direito privado, e ressurgiu, na França, por ação da jurisprudência do Conselho de Estado, ao apreciar a eficácia jurídica dos chamados contratos de direito administrativo. E, como noção específica do direito administrativo. Argumentava-se que a situação dos chamados contratos administrativos, como se disse, é diferente dos de direito privado, firmados tendo em vista, ao menos por parte do Estado-poder, o interesse que deve primar em toda a sua execução, e, destarte, a superveniência de fatos imprevisíveis, a gerar álea extraordinária e a criar situação extracontratual, não pode liberar o outro co-contratante da satisfação das suas obrigações, quais sejam, construir obra pública, de fornecer materiais de interesse público, de prestar serviços públicos.” BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969.

¹² Diz o art. 65, II, alínea “b” da Lei nº 8.666/93: Art. 65 Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II – por acordo das partes: 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.*

Acórdãos do TCU mostram que a revisão de preços tem encontrado guarida nos tribunais:

4. Danos sofridos pelo contratado em razão das chamadas sujeições imprevistas

As chamadas sujeições imprevistas comportam fatos materiais e incidentes técnicos que, por serem desconhecidos das partes quando da lavratura do ajuste, venham a romper o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, onerando de forma abusiva o contratado.

O art. 65, II, alínea “d” é suficientemente abrangente para abarcar as hipóteses das sujeições imprevistas é o que aceita a doutrina pátria sem dissensão.¹³

5. Danos sofridos pelo contratado em razão dos chamados fatos da Administração

O fato da Administração, como conceitua Celso Antônio, “é o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, ‘viola os direitos do contratado’ e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”.¹⁴

Assim, o fato da Administração, por ser um comportamento ilícito do Poder Público, se causar dano ao contratado, gera responsabilização patrimonial do Estado.

Aliás, a Lei 8.666/93 em seu art. 66 estabelece: “O contrato deverá ser fielmente executado pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

Merecem destaque alguns casos tratados pela Lei nº 8.666/93, como por exemplo, o disposto no art. 78, inciso XIII que permite a rescisão do contrato e consequente indenização do contratado se a Administração Pública suprimir obras serviços ou compras, “acarretando

Contratação pública – Contrato – Equilíbrio econômico-financeiro – Reajuste – Revisão – Distinção – TCU: “O primeiro deles, o reajuste, objetiva compensar os efeitos da desvalorização da moeda nos custos de produção ou dos insumos utilizados, reposicionando os valores reais originais pactuados. Como se relaciona a fatores previstos antecipadamente, as partes estabelecem, já nos termos do contrato, o critério para promover esse reequilíbrio. O art. 2º da Lei nº 10.192/2001, convertida da Medida Provisória nº 1.053/1995, assim estabelece: ‘Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano’. 8. Por outro lado, a revisão destina-se a corrigir distorções geradas por ocorrências imprevisíveis ou previsíveis com consequências inestimáveis. Nasce de acordo entre as partes, iniciado a partir de solicitação realizada por um dos contratantes, o qual deve demonstrar a onerosidade excessiva originada pelos acontecimentos supervenientes. Esse instrumento consta do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, nestes termos: ‘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.’” (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 1.246/2012, 1ª Câmara, Rel. Min. José Múcio Monteiro, DOU de 20.03.2012.)

¹³ Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 659; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 294; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 470.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 661

*modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei”.*¹⁵

O contratado fará jus à rescisão contratual nos casos de suspensão da execução contratual, “*por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório das indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações*”. Fica assegurado ao contratado o direito de *optar pela suspensão das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação, ex vi* do art. 78, inciso XIV da lei em questão¹⁶.

O contratado também terá a possibilidade de optar pela rescisão contratual ou suspensão do cumprimento de suas obrigações até que se normalize a situação, se a Administração Pública atrasar os pagamentos que lhe são devidos decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, por prazo superior a 90 dias, desde que recebidos ou executados, *ex vi* art. do 78, inciso XV, da Lei nº 8666/93¹⁷, com alterações posteriores.

Pode, ainda, o contratante privado rescindir o contrato com a Administração Pública quando esta não liberar a área, o local ou o “objeto para a execução da obra, serviço ou fornecimento” nos prazos estipulados no ajuste, bem como as “fontes de materiais naturais especificadas no projeto” que embasa o acordo.

Para o jurista Romeu Felipe Bacellar Filho a

exceptio non adimpleti contractus também fundamenta o art. 78, da Lei nº 8.666/93, que dispõe, como motivo para a rescisão do contrato, “a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução da obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificados no projeto. A aplicação da “exceptio”, nessa situação, não é obstada em se configurando situações graves como calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra. Ao não fornecer os meios em que seriam indispensáveis

¹⁵ Art. 65, § 1º O contratado fica obrigado 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 seus acréscimos.

¹⁶ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XIV – a supressão da sua execução por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação.

¹⁷ Por sua vez, o inciso XV, do art. 78 da Lei nº 8.666/93 reza: XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcela destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

*para que o particular cumprisse o contrato, a Administração acaba por impedi-lo de executar as suas prestações.*¹⁸

Ora, em todos os casos acima expostos, tendo em vista que o fato da Administração consiste em comportamento ilícito do Poder Público cabe, ao contratado, indenização integral.

6. Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Pareceres de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed.. . São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969.
- BÉNOÎT, Francis-Paul. **Le Droit Administratif Français**. Paris, Dalloz, 1968
- CARVALHO FILHO, José Santos de. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva Editores, 2008.
- GORDILLO, Agustín. **Derecho Administrativo de la Economía**. Buenos Aires: Ed. Macchi, 1967.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- PÉREZ, Jesús González. **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 1983.
- PEQUIGNOT, Georges. **Théorie Générale du Contract Administratif**. Paris: A. Pedone, 1945.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 175.

CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO*

EDGAR GUIMARÃES**

Sumário: 1. Noção de responsabilidade; 2. Responsabilidade civil do Estado; 3. Conceito de responsabilidade civil do Estado; 4. Evolução da responsabilidade do Estado; 5. Atual panorama constitucional da responsabilidade do Estado; 6. Responsabilidade contratual *versus* responsabilidade extracontratual; 7. Responsabilidade objetiva *versus* responsabilidade subjetiva; 8. Exclusão da Responsabilidade; 9. Referências.

1. Noção de responsabilidade

O exame do tema ligado à responsabilidade do Estado exige o oferecimento de algumas notas introdutórias relativas ao próprio fenômeno da responsabilidade. Como adiante se demonstrará, a responsabilidade estatal nada mais significa senão a aplicação da teoria geral da responsabilidade ajustada à especial posição do Estado nas relações em geral.

O termo responsabilidade é empregado para designar um vínculo, uma obrigação, que liga um sujeito a uma conduta humana. O próprio senso comum indica que a responsabilidade nada mais significa senão a consequência imposta a alguém que não observa um dever, que poderá ser jurídico ou não.

Em que pese esse tema se revestir de pretensa incontrovérsia, tal noção já repercutiu e repercute, ainda no presente, na formação da inteligência jurídica administrativista.

* A temática suscitada neste ensaio é parte da Tese de Doutorado apresentada pelo autor e aprovada perante banca examinadora da PUC/SP. O livro intitulado *Responsabilidade da Administração Pública pelo desfazimento da licitação*, com a pesquisa completa e as inúmeras premissas defendidas, foi objeto de publicação pela Editora Fórum.

** Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Professor nos cursos de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, da Universidade Positivo e da FAE Business School; Consultor Jurídico (aposentado) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná; Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Membro dos Institutos Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto dos Advogados do Paraná e do Conselho Científico do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Autor dos livros *Controle das Licitações Públicas*, *Contratação Direta: comentários às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação*; *Responsabilidade da Administração Pública pelo desfazimento da licitação*. Coautor dos livros *Cenários do Direito Administrativo*, *Concurso Público e Constituição*, *Pregão Presencial e Eletrônico*, *Licitações e o estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06*, *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. Advogado.

Para demonstrar essa realidade, vale destacar a posição consagrada e até hoje propagável de José de Aguiar Dias:

Digamos, então, que responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem a ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.¹

Sérgio Cavalieri Filho, por sua vez, desenvolve conclusão equivalente. Ao tomar como ponto de partida a responsabilidade civil, conclui:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico.²

2. Responsabilidade civil do Estado

A noção apresentada no tópico anterior pode ser integralmente adotada para oferecer uma noção, ainda que em perspectiva, da responsabilidade do Estado.

Para tanto, a primeira providência é situar a responsabilidade do Estado no campo jurídico. Não faz sentido, em relação ao Estado, aludir à responsabilidade moral ou a quaisquer outras modalidades que envolvam sentimentos anímicos dos sujeitos.

O Estado, tomado em sua feição clássica e amplamente conhecida, constitui o aparato instrumental dirigido a viabilizar a implementação das funções para ele reservadas, o que, nos países de feição constitucional-democrática, são estabelecidas na Constituição e nas leis. Não há meios de tomar a responsabilidade do Estado senão como responsabilidade de natureza jurídica.

No caso brasileiro, é importante situar o Estado como entidade diretamente subordinada ao direito. Naturalmente, haverá de responder pelas condutas praticadas por seus agentes que, de alguma forma, descumpram obrigações jurídicas e gerem prejuízo a terceiros.³

¹ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 8.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programas de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24.

³ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que “segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1007).

Marçal Justen Filho desenvolve interessante raciocínio acerca dos fundamentos da responsabilidade do Estado. Na visão do referido autor, tal fundamento é proveniente da própria concepção de democracia republicana, evidenciando o papel de preponderância da sociedade perante o Estado:

A responsabilidade jurídica do Estado traduz uma característica da democracia republicana. A responsabilidade do Estado deriva da supremacia da sociedade e da natureza instrumental do aparato estatal. O Estado é responsável na acepção de que está obrigado perante a sociedade e os órgãos de controle a arcar com as consequências de suas ações e omissões e de adotar todas as providências destinadas a corrigir as imperfeições verificadas.⁴

A responsabilidade civil do Estado, então, consiste no dever de o Estado reparar os danos provocados por suas ações ou omissões que promovam ofensa ao direito de terceiros.

No mais das vezes, os limites dessa noção permanecem restritos aos casos em que se constata a prática de atos ilícitos, isto é, contrários ao Direito. Celso Antônio Bandeira de Mello amplia essa ideia ao defender que o Estado deverá também responder quando atua sob a proteção das normas jurídicas.

Na visão do referido autor, quando o Estado atua licitamente, mas provoca prejuízos a terceiros, o dever de reparar tais danos advém da necessidade de promover uma divisão equânime dos ônus decorrentes do interesse público. Na verdade, o ponto de partida da conclusão é o princípio da igualdade, na medida em que os danos provocados pela ação coletiva não podem onerar apenas um ou alguns cidadãos, mas todos, representados pelo Estado:

No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público, mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição do ônus proveniente de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.⁵

Há na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal um importante aresto que, invocando precedentes da Corte, baseia-se nessa conclusão:

Responsabilidade civil do Estado: reparação de danos morais e materiais decorrentes de parada cardiorrespiratória durante cirurgia realizada em hospital público. Recurso extraordinário: descabimento. [...] É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado não é necessário que o ato praticado seja ilícito. Precedentes. (RE 456.302-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 6-2-2007, Primeira Turma, DJ de 16-3-2007).

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 1201.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 1015.

Tudo sugere a necessidade de concordar com essa assertiva. De fato, não há sequer adequação lógica em sustentar que os efeitos de uma ação feita em nome coletivo onerem sujeitos de modo singular. Tal realidade ofende a noção de equidade, na medida em que atribui a um ou alguns sujeitos os efeitos de uma conduta que atua no interesse e benefício de todos.

Mas é de extrema importância informar, no entanto, que a questão não constitui ponto pacífico na doutrina nacional. Marçal Justen Filho diferencia a responsabilidade objetiva da responsabilidade por atos lícitos. No primeiro caso, a responsabilidade do Estado advém quando a conduta respectiva ocasiona ofensa à ordem jurídica. No segundo, por sua vez, a responsabilidade é imposta ao Estado sem que ele tenha agido de modo a comprometer a ordem jurídica. Com base nessa realidade, afirma que a responsabilidade do Estado por atos lícitos apenas existirá nos casos em que a lei assim dispuser.

Ao comentar o teor da ementa acima citada (RE nº 456.302), o autor assim conclui seu raciocínio:

Deve-se entender em termos, portanto, a redação da ementa acima reproduzida. Não se pode extrair a orientação de que o Estado seria civilmente responsabilizável por todo e qualquer dano decorrente de uma atuação lícita estatal. Não se configura a responsabilidade civil do Estado por ato lícito, ressalvada a hipótese de solução distinta ser adotada por determinação legal. Não se admite que um ato jurídico conforme ao direito, praticado pelo Estado de modo regular e perfeito, acarrete sua responsabilidade civil – exceto quando essa for a opção explícita de uma lei.⁶

3. Conceito de responsabilidade civil do Estado

Ao cabo dessas notas introdutórias, já se sedimenta o ambiente sugestivo para o oferecimento da ideia que, em nossa perspectiva, oferece os meios suficientes para compreender o fenômeno da responsabilidade do Estado.

A responsabilidade civil do Estado consiste no dever jurídico imposto ao Poder Público em responder pela reparação dos prejuízos de ordem material e imateriais provocados por ações ou omissões de seus agentes, sejam elas lícitas ou ilícitas.

Essa proposta conceitual evidencia os requisitos que devem estar presentes para o fim de corporificar o dever de a Administração recompor danos provocados a terceiros: i) uma conduta, isto é, uma ação ou omissão; ii) um dano injusto sofrido por terceiros; e iii) que a conduta tenha sido a causa do dano (nexo causal).⁷

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* p. 1214.

⁷ Sobre o nexo causal, vale citar a ementa que segue, colhida junto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional

As repercussões decorrentes dessa noção conceitual e dos elementos corporificadores do dever de indenizar que dela decorrem serão objeto dos tópicos que seguem. Antes disso, porém, é indispensável apresentar breve histórico que contempla a matéria para se compreender a racionalidade que edificou esse instituto.

4. Evolução da responsabilidade do Estado

A presente pesquisa não poderia se esquivar de apresentar a evolução histórica na compreensão da responsabilidade do Estado. É o que se fará de maneira breve no presente tópico.

A ideia prevalente nos primórdios do desenvolvimento do Direito Público indicava completa ausência de responsabilidade do Estado. Não sem motivo, remontam a essa época os jargões por meio do qual “o rei não pode errar” ou “o rei não comete erros”.

Entendia-se que a submissão do soberano às leis civis representava causa de fraqueza e até de possível dissolução do Estado, como se pode depreender da transcrição a seguir, retirada da célebre obra *O Leviatã*, de Thomas Hobbes de Malmesbury:

É certo que todos os soberanos estão sujeitos às leis da natureza, porque tais leis são divinas e não podem ser revogadas por nenhum homem ou Estado. Mas o soberano não está sujeito àquelas leis que ele próprio, ou melhor, que o Estado fez. Pois estar sujeito a leis é estar sujeito ao Estado, isto é, ao soberano representante, isto é, a si próprio, o que não é sujeição, mas liberdade em relação às leis. Este erro, porque coloca as leis acima do soberano, coloca também um juiz acima dele, com poder para puni-lo, o que é fazer um novo soberano, e também pela mesma razão um terceiro para punir o segundo, e assim sucessivamente ao infinito, para confusão e dissolução do Estado.⁸

Com o tempo constata-se a existência de responsabilidade nos casos em que leis específicas expressamente a ela aludissem, admitindo-se inclusive, na França, a responsabilidade pessoal do funcionário, em sendo comprovada sua autoria na lesão. Nesse caso era necessário, contudo, autorização do Conselho de Estado, o qual ordinariamente a negava

aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. (RE 409203/RS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 07/03/2006).

⁸ HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hd_hobbes_hobbes_leviatan.pdf>. p. 109.

sob o argumento de que o patrimônio pessoal do servidor era insuficiente para a reparação do dano⁹. Tal regra foi instituída pela Constituição Francesa do Ano VIII.¹⁰

Essa conjuntura de irresponsabilidade restaria superada no século XIX. Por meio de uma diferenciação entre os “atos de império” e “atos de gestão”¹¹, a concepção da responsabilidade fundamentou-se em princípios civilistas, notadamente a culpa, daí decorrendo a “teoria civilista da culpa”¹².

Como o marco inicial para o reconhecimento da responsabilidade do Estado à margem de qualquer texto de lei prevendo-a expressamente, mas embasada em princípios de direito público, tem-se o famoso aresto Blanco, proferido em 1^o de fevereiro de 1873.¹³

A partir de então, a noção de responsabilidade do Estado se expandiu, passando primeiramente por um momento em que era reconhecida como subjetiva, isto é, embasada na culpa civil para, então, avançar para o modelo de responsabilidade objetiva que hoje representa a regra geral aplicada pelo Direito brasileiro.¹⁴

5. Atual panorama constitucional da responsabilidade do Estado

A Constituição da República dedicou uma disposição para regulamentar a responsabilidade do Estado. Trata-se do art. 37, § 6^o, segundo o qual: “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.”

⁹ BEZNOS, Clovis. A responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 607.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 1010.

¹¹ “Distinguiam-se os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 699-700).

¹² BEZNOS, Clovis. *Op. Cit.* p. 608.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 1010.

¹⁴ Interessante observação é feita por Romeu Felipe Bacellar Filho, que adverte a tomada da responsabilidade direta e objetiva nas relações travadas entre Poder Público e cidadão, cabendo a responsabilidade subjetiva somente nos casos em que a Administração busca ressarcimento em sede de ação regressiva. Nas palavras do autor: “A Constituição Federal consagrou definitivamente a teoria objetiva nas relações jurídicas administrativas. O elemento subjetivo só é referido no parágrafo único do artigo, de forma eventual, como pressuposto de ação regressiva da Administração contra o servidor causador do dano. [...] Nessa linha de raciocínio é forçoso entender que o cidadão lesado deverá buscar a devida reparação em face da Administração Pública. A relação nesse âmbito é direta e objetiva, não admitindo litisconsórcio nem solidariedade. O agente só irá responder em caso de comprovado comportamento doloso ou culposos, requisito indispensável para a obtenção pela Administração da reparação em ação regressiva”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 235).

O comando estabelece a regra geral por meio da qual as pessoas jurídicas de direito público, e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, respondem pelos atos que seus agentes causarem a terceiros, resguardando-se ao Poder Público, em qualquer caso, a possibilidade de reaver os danos arcados daqueles que efetivamente os tiverem originado.

O que há de relevante nisso tudo é a necessidade de reconhecer que a responsabilidade da Administração Pública é objetiva. Embora essa questão seja mais bem detalhada em momento oportuno, afirmar que a responsabilidade do Poder Público é objetiva significa que o dever de indenizar/reparar danos se corporifica com a demonstração do dano e do nexa causal correspondente, sem que se tenha que comprovar que a conduta responsável pelo prejuízo adveio de um comportamento culposos (culpa).

Essa mesma realidade não se projeta nas ações regressivas de que dispõe a Administração para o fim de buscar, perante os agentes responsáveis pelo evento, a reparação dos danos que indenizou terceiros. Nesse caso, a prova de que o agente agiu com culpa constitui verdadeiro pressuposto sem o qual não haverá qualquer dever de este último repetir os prejuízos suportados pela Administração com a indenização das vítimas.

Há, ainda, outro detalhe que o exame da disposição constitucional sugere a necessidade de se avaliar. Esse detalhe envolve o regime aplicável às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, notadamente quando o fazem sob a forma de concessão ou permissão.

Ocorre que o Texto Constitucional, ao tratar do tema, afirma que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos somente responderão de modo equivalente às pessoas de direito público (ou seja, de modo objetivo), quando seus agentes agirem “nessa qualidade”. Parece simples argumentar, em vista disso, que as pessoas jurídicas de direito privado responderão de forma objetiva apenas no que se refere aos danos decorrentes da execução do serviço público que lhes compete. Nos demais casos, a responsabilidade de tais pessoas ficará adstrita aos mesmos requisitos impostos para as pessoas privadas, isto é, dependerá da demonstração da culpa.

Essa posição já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da CF. (RE 262.651-1, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-11-2004, Segunda Turma, DJ de 6-5-2005).

Mas a conclusão acima apresentada não pode ser tomada como absoluta. É que o mesmo Supremo Tribunal Federal, em outro precedente, decidiu em sentido rigorosamente contrário, isto é, defendeu a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos independente de os danos terem sido provocados ou não pela execução dos serviços respectivos:

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários, e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da CF. A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. (RE 591.874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26-8-2009, Plenário, DJE de 18-12-2009, com repercussão geral).

Essa análise superficial dos temas, sobretudo da responsabilidade sem culpa (objetiva), foi realizada de modo proposital. O exame mais detalhado do tema será feito em breve, quando forem confrontados os elementos que distinguem a responsabilidade objetiva da responsabilidade subjetiva. O escopo do presente tópico, que se imagina ter alcançado, é o de situar a matéria no panorama constitucional dedicado ao tema da responsabilidade do Estado.

6. Responsabilidade contratual *versus* responsabilidade extracontratual

É importante separar, também, a responsabilidade contratual da extracontratual. E, para tal fim, é necessário posicionar a natureza do dever jurídico descumprido que, nessa qualidade, serve de fundo animador da responsabilidade.

Na responsabilidade denominada contratual, o dever jurídico de recompor danos advém da infração de uma obrigação assumida contratualmente pelo Estado. Em termos mais diretos, a responsabilidade contratual decorre do descumprimento voluntário de obrigações devidamente estabelecidas num contrato.

Como consequência, na responsabilidade extracontratual a causa da responsabilidade advém de situações estranhas a qualquer obrigação assumida numa relação jurídica de natureza contratual.

Em alguma medida, essa distinção projeta no campo do Direito público uma questão já consagrada no Direito privado. É que o Código Civil brasileiro adota a teoria dualista, distinguindo a responsabilidade extracontratual da contratual. A primeira delas é tratada nos arts. 186 a 188 e 927 desse diploma, enquanto que a responsabilidade contratual foi disciplinada nos arts. 389 e seguintes.

Entretanto, cabe afirmar que, quanto aos seus efeitos, tal distinção é tomada como irrelevante por parcela da doutrina que se ocupa do estudo da responsabilidade civil.

Exemplo disso extrai-se da lição de Carlos Roberto Gonçalves. Segundo este autor, “basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade são as três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos.”¹⁵

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 26.

7. Responsabilidade objetiva *versus* responsabilidade subjetiva

Registradas as observações anteriores, cria-se o ambiente sugestivo para retomar uma discussão deveras relevante a fim de viabilizar a adequada compreensão do tema inerente à responsabilidade civil do Estado. Trata-se de identificar e separar a responsabilidade objetiva da subjetiva.

O ponto central dessa distinção reside na relevância que o elemento “culpa” assume na determinação do dever de indenizar.

Na responsabilidade objetiva, o dever de indenizar se corporifica com a identificação de um dano causado pela conduta estatal. Em outros termos, não é necessário demonstrar que a conduta geradora do dano foi ocasionada por uma ação/omissão culposa do agente respectivo.

Já na responsabilidade dita subjetiva, o elemento culpa constitui verdadeiro pressuposto para que haja a responsabilidade. Logo, além do dano e do nexa causal, isto é, que o prejuízo decorra diretamente de uma conduta, é fundamental que os agentes tenham agido com culpa.

Esse contexto permite resumir a questão no sentido de que, na responsabilidade objetiva, a culpa é irrelevante para a caracterização do dever de indenizar; na responsabilidade subjetiva, a conduta culposa é elemento fundamental para materialização da responsabilidade.

Essa observação, no entanto, não parece ser capaz de fornecer as diretrizes necessárias para compreender a diferença havida entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva. De nada adianta situá-la no campo da culpa sem que se ofereça, ainda que em tom de revisão bibliográfica, os elementos formadores da noção de culpa.

7.1 Noção de culpa

A ideia de culpa é pedra fundamental de toda a teoria desenvolvida pela responsabilidade civil no âmbito do direito privado. Não há por que imaginar que tal construção não sirva ao propósito da presente pesquisa. Ao contrário, a noção de culpa é rigorosamente a mesma no campo da responsabilidade civil, seja ela estatal ou não.

Embora o tema seja marcado por severas discussões¹⁶, a noção de culpa sempre envolve a falta de diligência, do dever geral de cuidado e atenção que é exigível do homem médio.

Miguel Maria de Serpa Lopes fez um apanhado acerca do problema, realizando um erudito agrupamento de ideias provenientes de pensadores estrangeiros: para Capitant, a culpa é o ato ou a omissão constituindo um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação contratual, quer de uma prescrição legal, quer do dever que incumbe ao

¹⁶ Para um aprofundamento da questão, sugere-se a leitura de AGUIAR DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 125-143.

homem de se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com seus semelhantes; Crouzel entendeu-a como um prejuízo injusto, lesão de um direito ou erro; Demogue refere-se a duas condições que lhe parecem indispensáveis, uma objetiva e outra subjetiva; uma violação ao direito e o fato de ter percebido ou podido perceber que se atentava contra o direito de outrem; para Demolombe, a culpa compreende em todos os graus todos os fatos de comissão ou de omissão, de desatenção ou de distração ou ainda tão somente de reticências, em razão dos quais o direito de um terceiro é desconhecido ou lesado. Eismein entendeu-a como um desvio de conduta apreciado em comparação com o comportamento do agente, um diligente abstrato, ou ainda, a culpa consistiria em não se ter atingido, numa dada circunstância, como um bom pai de família sob as mesmas obrigações que o devedor, ou, finalmente, a inexecução de fazer ou não fazer determinado ato. Lalou definiu-a como um ato praticado sem direito contra o direito de outrem, enquanto G. Morin concebe-a como um erro de conduta tal qual não teria sido perpetrado por uma pessoa ajuizada colocada nas mesmas circunstâncias externas.¹⁷

Savater, citado por José de Aguiar Dias, afirmava que “a culpa (*faute*) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação de dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito.”¹⁸

Para arrematar, o clássico conceito de culpa para a doutrina nacional cunhado por José de Aguiar Dias: “a culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.”¹⁹

A culpa, então, é a falta do dever geral de cuidado e atenção, motivado por uma conduta negligente, imprudente ou imperita do agente.

Definidas essas premissas, é importante avançar no raciocínio para o fim de identificar se a responsabilidade do Estado será sempre objetiva ou se haverá casos em que ela poderá se apresentar como subjetiva.

7.2 Responsabilidade objetiva do Estado

Afirmou-se brevemente em momento anterior que a regra geral aplicável à responsabilidade do Estado indica que ela é direta e objetiva (conforme art. 37, § 6º, da Constituição da República), vale dizer, dispensa a demonstração de culpa para a configuração do dever de indenizar.

¹⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

¹⁸ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 127.

¹⁹ AGUIAR DIAS, José de. *Op. Cit.* p. 141.

No entanto, como bem salienta Weida Zancaner, ainda que a maioria da doutrina configure a responsabilidade estatal como objetiva, só nisso concordam, já que a teoria objetiva congrega inúmeras modalidades, muitas delas conflitantes entre si.²⁰

Parcela substancial de juristas, capitaneada por Celso Antônio Bandeira De Mello, afirma que essa forma de responsabilidade é aplicável somente aos danos causados por ações comissivas do Estado. Em outros termos, quando uma ação do Estado promove lesão a um direito – e aqui valem as ilações feitas sobre a responsabilidade por atos lícitos e ilícitos – a responsabilidade será objetiva, isto é, dispensará qualquer demonstração de culpa para sua configuração. A efetiva existência do dano e do nexo causal correspondente já será suficiente para constituir o dever de indenizar.

Para esses doutrinadores, nos casos em que houve omissão do Estado (o serviço não funcionou, ou funcionou de maneira ineficiente) não se aplicaria a teoria objetiva. Argumenta-se que se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano, sendo cabível responsabilização somente quando estivesse obrigado a impedir o dano. Ou seja, há responsabilização se o Estado descumprir dever legal que lhe impunha observar ao evento lesivo.²¹

Baseiam-se na doutrina francesa da *faute du service* para pautar a defesa da responsabilidade subjetiva nos casos de comportamentos omissivos. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

*Casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar. É a hipótese da “falta de serviço”, nas modalidades em que o serviço não funcionou, ou “funcionou tardiamente”, ou ainda funcionou de modo incapaz de obstar a lesão. Exclui-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada a conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se aqui, apenas, de conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) de dano.*²²

Seguem a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello: Jacinto de Arruda Câmara²³, Lúcia Valle Figueiredo²⁴, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵, Diogo Figueiredo Moreira Neto²⁶ e

²⁰ ZANCANER, Weida. Responsabilidade do estado, serviço público e os direitos dos usuários. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 339.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 1021.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 1018.

²³ ARRUDA CÂMARA, Jacinto. A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. **Revista de direito administrativo aplicado**, Curitiba, n. 12, jan./mar. 1997. p. 4.

²⁴ VALLE FIGUEIREDO, Lucia. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. Cit.* p. 711.

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 580.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti²⁷. De outra banda, Toshio Mukai²⁸, Carmen Lúcia Antunes Rocha²⁹, Odete Medauar³⁰, Weida Zancaner³¹, Regina Maria Macedo Nery Ferrari³² e Romeu Felipe Bacellar Filho³³ posicionam-se no sentido de que na relação Administração *versus* cidadão a responsabilidade sempre é objetiva.

Filiamo-nos a estes últimos autores, tendo por base os argumentos expostos a seguir.

7.3 (Im)possibilidade de responsabilidade subjetiva do Estado

A solução adotada para os casos em que os danos são provenientes de uma omissão do Estado, como já exposto, é diversa. Nessa hipótese, parcela da doutrina e, inclusive, dos Tribunais judiciais, defende que a responsabilidade do Estado quando deveria agir e deixa de fazê-lo é subjetiva, de modo a vincular a demonstração de culpa como pressuposto para que surja o dever de indenizar.

Sobre o tema, colhe-se o seguinte precedente no acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

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, a falta do serviço. 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 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 27-2-2004).³⁴

Também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça existem precedentes em sentido equivalente:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO

²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. Responsabilidade civil do estado na gestão do serviço público. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 545.

²⁸ MUKAI, Toshio. **Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente**. Conferência pronunciada no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental, 11 a 13 de novembro de 1987, Curitiba.

²⁹ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 81.

³⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 404.

³¹ ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 62.

³² NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 289.

³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.* p. 235.

³⁴ No mesmo sentido: RE 602.223-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-2-2010, Segunda Turma, DJE de 12-3-2010; RE 409.203, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 7-3-2006, Segunda Turma, DJ de 20-4-2007; RE 395.942-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009.

DO ESTADO. 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexa causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto. 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente. 5. Incidência de indenização por danos morais. 7. Recurso especial provido. (RESP 602.102, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJU de 21.02.2005).³⁵

No entanto, a crítica a esse entendimento de que a “responsabilidade por omissão” seria um resquício da responsabilidade subjetiva é bastante contundente para a defesa de posicionamento diverso.

Odete Medauar, neste sentido, propugna:

*Reina certa nebulosidade na doutrina e jurisprudência pátrias quanto à responsabilidade por omissão. Há afirmações no sentido de tratar-se de responsabilidade subjetiva. Mas acórdãos do STF usam a expressão francesa *faute du service*, associada a casos em que o poder público deixou de tomar providências, ocorrendo o dano; [...]. Não parece apropriado o uso do termo subjetiva, nem da expressão culpa do serviço, pois tais vocábulos se mostram adequados a ações ou omissões de pessoas físicas. Além do mais, a palavra francesa *faute* significa também erro, ausência.³⁶*

Igualmente defendendo a responsabilidade objetiva em todos os casos pautados pela relação Administração *versus* cidadão, mesmo que em comportamentos omissivos do Poder Público, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem esclarecem:

*o critério adotado no Direito francês para distinguir a responsabilidade *pour faute* da responsabilidade *sans faute* não é a natureza comissiva ou omissiva da conduta estatal [...]. Por imposição da Constituição de 1988, todo e qualquer comportamento ineficiente do Estado Brasileiro – seja comissivo ou omissivo – submete-se ao regime de responsabilização objetiva [...]. O critério para distinguir responsabilidade subjetiva e objetiva no direito francês não é, seguramente, o fato de o dano ter*

³⁵ Há, na jurisprudência do STJ, hipóteses em que se reconhece a responsabilidade subjetiva nos casos de omissão. No entanto, excepciona duas situações em que, mesmo em omissões, a responsabilidade independe da culpa. Trata-se do RESP 1.071.741, rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 16.12/2010, do qual vale transcrever parcela da ementa do julgado: “Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microssistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional”.

³⁶ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.* p. 404.

*decorrido de ação ou omissão do Estado. O que se leva em conta para diferenciar o regime de responsabilidade do estado – subjetivo ou objetivo – é a natureza da atividade e não o excesso ou inoperância da Administração.*³⁷

Já dizia Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “para o Direito Administrativo, o dano-prejuízo provado e concreto é condição essencial da responsabilidade. Irrelevante que havendo um dano economicamente avaliável, adote-se diante das obrigações legais critérios de boa ou má conduta administrativa.”³⁸

Vale, ainda, compilar excerto categórico de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, demonstrando a limpidez da tratativa constitucional sobre a temática: “com efeito, esta parece ter sido a real intenção do legislador constituinte de 1946, no que se seguiram os de 1967, 1969, e 1988, vale dizer, eliminar, de vez, a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado, simplificando sobremaneira a lide a ser enfrentada pela vítima, a qual já não mais precisa demonstrar a ocorrência da culpa, ainda que anônima, na atuação omissiva ou comissiva do Estado.”³⁹

Há julgados que conformam o raciocínio esposado por esses doutrinadores:

Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne a omissão do agente público – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente da caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público, não importando que se trate de comportamento positivo ou que se cuide de conduta negativa daqueles que atuam em nome do Estado [...] (Voto do Min. CELSO DE MELLO, nos autos do Ag. Reg. do Recurso Extraordinário nº 385.943 – São Paulo, de 15.12.2009)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE 573595, AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 24.06.2008)

³⁷ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 241-276.

³⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 349.

³⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 54.

*RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS – FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECCIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL – PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL – PARTO TARDIO – SÍNDROME DE WEST – DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESSARCIBILIDADE – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. – A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o *eventus damni* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. – Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). – Filho recém-nascido acometido da “Síndrome de West”, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. – Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido. (STF, RE 495740 AgR/ DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Julgamento: 15/04/2008. Publicação DJe-152. 14/08/2009) (grifo nosso)*

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS E PEDIDO DE PENSIONAMENTO. REBELIÃO NO PRESÍDIO. INCÊNDIO. FUMAÇA NA CELA ONDE SE ENCONTRAVA O AUTOR. INTOXICAÇÃO POR MONÓXIDO DE CARBONO. LESÃO CEREBRAL GRAVÍSSIMA E IRREVERSÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS E MORAIS

MANTIDOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. PENSIONAMENTO DEVIDO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. A responsabilidade civil do Estado decorre do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, que impõe a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. A responsabilidade do Estado é objetiva, tendo em vista a omissão do seu dever de proteção da integridade física da vítima. Os danos morais restaram comprovados, em face da presença dos elementos da responsabilidade civil, em especial o ato ilícito e o nexo causal. Quantum indenizatório mantido, pois fixado de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Pensionamento devido no valor de um salário mínimo. APELO DESPROVIDO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70035797927, Quinta Câmara Cível, TJRS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 22/06/2011) (grifo nosso)

Destarte, constatando-se que a máquina estatal não exprime consciência ou vontade, é evidente que quem a detém é o agente. Se a *faute du servisse* independe da individualização do agente, não se pode buscar a “culpa” do Poder Público, mas o cometimento de uma conduta antijurídica.

Por essa razão não consideramos apropriada interpretação do texto constitucional que pauta a teoria da *faute du service* como forma de eximir o Estado da responsabilidade objetiva.

Valemo-nos do questionamento postulado por Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem sobre o assunto: “se o próprio Direito francês, tanto na seara doutrinária quanto na jurisprudencial, admite explicitamente a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, qual seria a justificativa para negar tal possibilidade no direito brasileiro, utilizando paradoxalmente uma teoria francesa?”⁴⁰

7.4 Questão da objetivação do elemento subjetivo

Nos últimos tempos tem crescido o desenvolvimento da ideia da objetivação da culpa para justificar a responsabilidade do Estado. Marçal Justen Filho é um dos que tem se ocupado do tema.

Referido autor afirma o reconhecimento de que a mera relação causal entre uma ação e a consumação do dano tem se revelado insuficiente para definir os liames da responsabilidade do Estado.

Sustenta ainda que o ponto central para definir a responsabilidade civil do Estado está “na disciplina jurídica da atividade estatal, para efeito da verificação da juridicidade ou antijuridicidade”⁴¹. Em seguida, conclui:

É mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências adequadas a evitar

⁴⁰ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.* p. 277.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* p. 1212.

*danos às pessoas e ao patrimônio. Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido de ação ou omissão causadoras do dano.*⁴²

Marcelo Meireles Lobão, valendo-se das lições de Eduardo Garcia De Enterría, discorre sobre a teoria do dano antijurídico, a qual respalda a passagem da concepção de responsabilidade subjetiva para a de responsabilidade objetiva, no seguinte sentido: “ao se articular a responsabilidade estatal à margem de toda a ideia de ilicitude ou culpa, o fundamento daquela se transporta da perspectiva tradicional da ação do sujeito responsável (que parte da concepção primitiva de ver na responsabilidade patrimonial a sanção de uma conduta culpável) para a da esfera jurídica da pessoa lesionada.”⁴³

Nesse contexto, o citado autor arremata que o cerne da responsabilidade consiste no princípio abstrato de garantia dos patrimônios, não sendo mais considerada como sanção por comportamento pessoal inadequado. Assim, ela representa mecanismo objetivo de reparação, o qual funcionaria somente se produzida lesão patrimonial. E é esse conceito, o de lesão patrimonial, que é o atual fundamento do sistema de responsabilidade.⁴⁴

Portanto, para que se conforme a reparabilidade, é necessário que o detrimento patrimonial, o dano, seja antijurídico. E a antijuridicidade do dano não emerge do fato de a conduta do agente ser contrária ao Direito (antijuridicidade subjetiva), mas de que a vítima não tenha o dever jurídico de suportá-lo (antijuridicidade objetiva).⁴⁵

Destarte, segundo Marcelo Meireles Lobão: “a antijuridicidade suscetível de converter o prejuízo econômico em lesão indenizável consiste, pois, no efeito da ação administrativa, e não na atuação do agente da Administração causador material do dano”⁴⁶.

Em consonância com essas ideias, Marçal Justen Filho defende que a adoção da concepção da antijuridicidade para avaliação do ressarcimento pelo dano é relevante na medida em que permite uma unificação entre a responsabilidade por atos comissivos e omissivos. Faz isso ao sustentar que a responsabilidade civil do Estado surgirá sempre que danos forem

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem. Ibidem*. Com relação à antijuridicidade do dano, o que seria passível de indenização, Weida Zancaner explica o tema no seguinte sentido: “podemos então dizer que danos de pequena monta, provenientes de atividades lícitas são encargos que devem ser suportados pelos administrados, pois são frutos de atividades feitas em prol da coletividade. Entretanto, há danos provenientes de atividade lícita do Estado que, por seu grau, por seu porte, devem ser considerados antijurídicos, por serem anormais e especiais e, portanto, romperem o princípio da igualdade de todos os cidadãos frente aos cargos públicos. [...] Dano antijurídico é: a) qualquer dano originado de ato ilícito, b) o dano anormal e especial resultante da atividade lícita do Estado”. (ZANCANER, Weida. *Op. Cit.* p. 340).

⁴³ LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade do estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29.

⁴⁴ LOBÃO, Marcelo Meireles. *Idem. Ibidem*.

⁴⁵ LOBÃO, Marcelo Meireles. *Idem. Ibidem*.

⁴⁶ LOBÃO, Marcelo Meireles. *Idem. Ibidem*.

provocados por conta da não observância do dever geral de cautela/cuidado que é típico da natureza da atividade estatal, não sendo relevante se a conduta foi comissiva ou omissiva.⁴⁷

Ao cabo dessa análise, propugna:

*Defende-se uma concepção, então, de objetivação do elemento subjetivo, não de sua ausência. A afirmativa da existência da responsabilidade objetiva deve ser interpretada em termos. Não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas há presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial. Como decorrência, se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, o valor de uma eventual condenação será minimizado.*⁴⁸

Ressalvando-se parte do argumento de Marçal Justen Filho, já que entendemos que justamente pelo fato de a culpa do Estado ser tida como uma presunção é que se constata a responsabilidade objetiva⁴⁹, compartilhamos da mesma preocupação. Nasce aí nossa defesa em favor de que a culpa é hoje tida como um elemento objetivo.

Isso porque se reconhece que o Estado tem um dever legal de cuidado para que sua conduta não prejudique o convívio social, cabendo-lhe a observância de certas cautelas para não lesionar bens jurídicos alheios. Contudo, para aferição da responsabilidade não mais se baliza no elemento volitivo do Poder Público e sua possibilidade de ter evitado o dano, mas na constatação da existência do prejuízo à parte lesada.

Destarte, se antes a culpa era compreendida como elemento de conformação da responsabilidade, representando óbice ao particular para comprovar se houve culpa do Poder Público – já que é muito difícil demonstrar a vontade de um ente tão abstrato quanto o Estado – e a consequente responsabilização, agora, para se evidenciar a reparabilidade, independe que se comprove a culpa, notadamente por ser presumida.

Todavia ela pode vir a ser comprovada e, nesse caso, representaria, numa analogia com o direito penal, forma de “dosimetria da pena”⁵⁰, ou seja, contribuiria para o cômputo da indenização a ser paga ao lesado.

⁴⁷ Nos dizeres do referido autor: “A natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros. Se o agente estatal infringir esse dever de diligência, atuando de modo displicente, descuidado, inábil, estará configurada a conduta ilícita e surgirá, se houver dano a terceiro, a responsabilidade civil”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* p. 1215).

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem.* p. 1221.

⁴⁹ Diogo L. MACHADO MELO define responsabilidade objetiva no seguinte sentido: “quando se fala em Responsabilidade civil do Estado, sabe-se que a regra, à luz da Constituição Federal (CF, art. 37, § 6º) e Código Civil (CC, art. 43) é a da responsabilidade objetiva. Ou seja, independentemente da aferição da culpa do agente ou do seu representante estatal, será o Estado responsável se comprovado a ligação de sua conduta (de seus agentes) e o dano indenizável”. (MACHADO MELO, Diogo L. O papel da culpa na responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 128).

⁵⁰ Como defende Marçal Justen Filho: “a avaliação do elemento subjetivo é indispensável, em certas circunstâncias, para a determinação da indenização devida. Assim se passa, por exemplo, no tocante à indenização por dano moral, cuja determinação envolve a verificação do grau de reprovabilidade da conduta do agente estatal”. (JUSTEN FILHO,

Interessante mencionar excerto de Diogo L. Machado Melo:

*A Culpa, tomada em sentido objetivo, como desconformidade a um padrão geral e abstrato de comportamento, faz com que sua comprovação seja enormemente facilitada. [...] O certo é que a concepção objetiva da culpa foi responsável por atenuar as dificuldades inerentes à sua demonstração, por outro lado implicará em um divórcio entre a culpa e a sua tradição ética, moral – o agente não é mais tido em culpa por ter agido de forma reprovável no sentido moral, mas simplesmente por ter deixado de empregar a diligência social média, ainda que sua capacidade se encontre aquém desse patamar [...] podendo ser culpado ainda que tenha feito o seu melhor para evitar o dano.*⁵¹

Portanto, dizer que a responsabilidade é objetiva considerando-se a culpa como elemento objetivo significa, resumidamente, o seguinte:

O ônus probatório do lesado não envolve mais a comprovação de que o Estado agiu culposamente – entendimento este presente na teoria da responsabilidade subjetiva. O Poder Público é que deve comprovar que inexistente nexos causal ou que se fazem presentes uma das excludentes de responsabilidade.

Independente o Estado ter agido sob a proteção legal, ou seja, se sua conduta foi legal ou ilegal, já que o que importa é se com ela causou um dano insuportável a particular, ou seja, um dano antijurídico.⁵²

Não influi à categorização da responsabilidade se a conduta estatal representa uma ação ou omissão. Como a culpa do Estado não é fator considerado para a configuração da responsabilidade, que é objetiva conforme o art. 37 § 6º da Constituição da República, e sim é tida como presumida e, portanto, elemento objetivo, discordamos de que a conduta omissiva do Poder Público seja resquício da responsabilidade subjetiva. Constatado o nexos causal, considerando-se a teoria do risco administrativo, deve haver reparabilidade.

Consoante Odete Medauar, estabelecendo os elementos pertinentes à definição de responsabilidade objetiva do Estado:

informada pela “teoria do risco”, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como “responsabilidade objetiva”. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou a falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre a ação ou omissão

Marçal. *Op. Cit.* p. 1212). No que tange à relação Administração *versus* agente, o elemento culpa pode ser base para eventual direito de regresso. (Sobre este tema, bem como a possibilidade do Estado se valer da denúncia da lide, vide MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2006; e ZANCANER, Weida. *Op. Cit.*

⁵¹ MACHADO MELO, Diogo L. O papel da culpa na responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 143.

⁵² Na verdade o conceito de dano antijurídico acaba por contemplar avaliação da legalidade ou não da conduta estatal, conforme doutrina de Weida Zancaner. Mas a essa análise não se restringe.

*administrativa e o dano sofrido pela vítima. É o chamado nexa causal ou nexa da causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexa da causalidade, o Estado deve ressarcir.*⁵³

8. Exclusão da Responsabilidade

Explicitadas as principais divergências doutrinárias acerca da responsabilidade objetiva do Estado e assentados os fundamentos para a sua defesa, vale mencionar duas importantes teorias que conformam essa matéria, quais sejam, a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo.

Tais teorias trabalham com a concepção de risco presente na atividade estatal. Exemplificando: o poder público ao realizar alguma obra, como a troca de calçadas ou alargamento de ruas, corre o risco de danificar a propriedade particular; a força policial, ao perseguir transgressor de normas penais, sujeita-se ao risco de ferir particulares.⁵⁴

O alicerce dessas hipóteses repousa no princípio da equidade, isto é, na igualdade de todos os cidadãos perante as cargas públicas. No intuito de superar a desigualdade individual entre Poder Público e cidadão, há a concorrência dos membros individuais para a compensação do dano. Como ensina Romeu Felipe Bacellar Filho: “a ideia é que os benefícios advindos da atuação estatal repartem-se por todos, assim como o prejuízo sofrido por alguns. O equilíbrio de encargos sociais deve ser mantido entre todos os particulares, sem distinções”⁵⁵.

No entanto, tais teorias divergem com relação ao cabimento das excludentes de responsabilidade. Para a teoria do risco integral, a simples comprovação de relação de causa e efeito (nexa causal) entre a ocorrência do evento danoso e a participação do ente público enseja a obrigação da reparabilidade. Não há qualquer tipo de abrandamento.

Já a teoria do risco administrativo se mostra mais coerente, revelando objetividade na responsabilização, mas admitindo excludentes nos casos nominados como força maior, culpa da vítima e caso fortuito. Essas atenuantes concentram-se no comportamento exercido pela vítima, representando, portanto, forma circunstancial de lidar com a teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria do risco integral não é utilizada pela maioria dos autores, buscando-se evitar a transformação do Estado em um “segurador universal”. Para não dizer que ela nunca é

⁵³ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.* p. 402.

⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.* p. 216.

⁵⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem. Ibidem.*

pautada, citamos o caso de responsabilidade por dano nuclear, para o qual parte da doutrina posiciona-se no sentido de ser ela modalidade de risco integral.⁵⁶

É uma preocupação recorrente da doutrina publicista viabilizar a responsabilidade estatal objetiva. Combatendo-se o discurso dos que acodem a responsabilidade subjetiva nos casos de atos omissivos do Estado, defende-se a teoria do risco administrativo para a responsabilidade objetiva, e, portanto, o cabimento das excludentes de responsabilidade, como interpretação em maior consonância ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho:

*[...] o receio de que, ao se descartar a necessidade de prova da culpa na omissão, o Estado possa se tornar o segurador universal de todos os danos advindos dos administrados, fundamento último em que se busca amparo para o argumento da natureza subjetiva da responsabilidade, não torna a vetusta culpa indispensável. Isto porque, mesmo em tema de responsabilidade objetiva, admite-se a eficácia das chamadas excludentes, que atuam na verdade sobre o nexos causal, rompendo-o em hipóteses de culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, força maior ou caso fortuito. Estas clássicas excludentes de responsabilidade acabam por funcionar como o ponto de equilíbrio que afasta o risco de se transformar o Estado em um grande de tudo e de todos.*⁵⁷

Da mesma forma articula Gustavo Tepedino: “nem se objete que tal entendimento levaria ao absurdo, configurando-se uma espécie de panresponsabilização do Estado diante de todos os danos sofridos pelos cidadãos, o que oneraria excessivamente o erário e suscitaria uma ruptura no sistema de responsabilização civil.”⁵⁸

A rigor, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado comporta causas de excludentes, que atuam, como acima já aludido, sobre o nexos causal entre o fato danoso (a ação administrativa) e o dano, de tal sorte a mitigar a responsabilização, sem que, para isso, seja preciso violar o texto constitucional e recorrer à responsabilidade aquiliana.

⁵⁶ Neste sentido: Em relação à responsabilidade civil pelos danos causados por atividades nucleares, será aferida pelo sistema da responsabilidade objetiva, conforme preceitua o art. 21, XXIII, c, da Constituição Federal. Com isso, consagraram-se a inexistência de qualquer tipo de exclusão da responsabilidade (incluindo caso fortuito ou força maior), a ausência de limitação no tocante ao valor da indenização e a solidariedade da responsabilidade. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 204). Em particular, entende-se que o art. 21, XXIII, “c”, diferentemente do art. 37, § 6º, contemplou a teoria da responsabilidade do Estado pelo risco integral. É que quando o constituinte se valeu da expressão “independentemente de culpa” para reconhecer aí a responsabilidade estatal, excluiu, de plano, a possibilidade de se cogitar de culpa, seja ela do Estado, da vítima ou mesmo derivada de evento alheio à ação ou omissão de ambos: desde que configurado o dano e o nexos causal, inexistente a possibilidade de excludente de responsabilidade de parte do Estado. Caso contrário, a prescrição do art. 21, XXIII, “c” seria completamente desnecessária. (FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa: o caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (Org). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 214).

⁵⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Op. Cit.* p. 55.

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 191-192.

Portanto, reconhecem-se situações que, ocorridas, impedem a formação do dever de indenizar. Marçal Justen Filho apresenta uma conclusão sintética sobre o tema, ao afirmar que “é evidente que, se o resultado danoso proveio de evento imputável exclusivamente ao próprio lesado ou de fato de terceiro ou pertinente ao mundo natural, não há responsabilidade do Estado”.⁵⁹

Trata-se, em primeira instância, das denominadas causas excludentes de causalidade, quais sejam a culpa da vítima, do caso fortuito e da força maior.⁶⁰

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...] não há que se pretender que, por haver o acórdão recorrido se referido à teoria do risco integral, tenha ofendido o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição que, pela doutrina dominante, acolheu a teoria do risco administrativo, que afasta a responsabilidade objetiva do Estado quando não há nexos de causalidade entre a ação ou a omissão deste e o dano, em virtude da culpa exclusiva da vítima ou da ocorrência de caso fortuito ou de força maior. (RE 238.453, voto do Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 12-11-2002, Primeira Turma, DJ de 19-12-2002.) De igual forma: RE 385.943, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-10-2009, DJE de 16-10-2009; RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-5-1996, Primeira Turma, DJ de 2-8-1996.⁶¹

A culpa da vítima exclui a relação de causalidade havida entre a conduta da Administração e o dano correspondente. Nesse caso, o dano decorre de um comportamento imputável diretamente ao respectivo lesado.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* p. 1209.

⁶⁰ Consultem-se sobre o tema BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 977 e seguintes, e MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.* p. 409 e seguintes.

⁶¹ Tribunais estaduais no mesmo sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PERDA DE FUMO EM ESTUFA. CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. CELESC. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE INEXISTENTES. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. SENTENÇA MANTIDA. Caracterizado o dano ocasionado pela interrupção no fornecimento de energia elétrica, presente está o dever de indenizar, em conformidade com a teoria do risco administrativo (art.37, § 6º, da Constituição Federal). (TJSC. AC nº 2010.082427-4. Rel. Sérgio Roberto Baasch Luz. Primeira Câmara de Direito Público, 23/02/2011).

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÕES DE ABUSO DE AUTORIDADE PRATICADA POR POLICIAL MILITAR QUE NÃO RESTARAM SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS (ART. 333, INCISO I DO CPC). Ainda que se considere a possibilidade da subsistência do agir culposo do agente estatal, bem como de causas de exclusão da responsabilidade, porquanto não basta a mera relação de causalidade objetiva entre uma ação ou omissão estatal e a consumação do dano, evidenciada a fragilidade da prova advinda nos autos, apenas com a comprovação do dano não traz de imediato a conclusão de que o militar demandado tenha excedido em sua conduta. Não comprovado, pois, o fato constitutivo de seu direito, especialmente o nexo de causalidade entre a atuação estatal e o resultado apontado, bem como o agir anormal do miliciano, o julgamento de improcedência da ação era medida que se impunha. Apelação desprovida. Sentença mantida. Decisão unânime. (Apelação Cível Nº 70035707140, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 30/06/2011).

Vale recorrer, para esclarecer a contento a questão, ao pensamento de Silvio Rodrigues, para quem “no caso de culpa exclusiva da vítima, o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame da causalidade entre seu ato e o prejuízo por ela experimentada”⁶².

Celso Antônio Bandeira de Mello parece concordar, em alguma medida, com essa conclusão. Isso se deve ao fato de que, na visão do referido jurista, a culpa exclusiva nada mais significa senão casos em que a vítima é a própria causadora do dano:

*A culpa do lesado – não é, em si mesma, causa excludente. Quando, em casos de acidente de automóveis, demonstra-se que a culpa não foi do Estado, mas do motorista do veículo particular que conduzia imprudentemente, parece que se traz à tona demonstrativo convincente de que a culpa da vítima deve ser causa bastante para elidir a responsabilidade estatal. Trata-se de um equívoco. Deveras, o que se haverá demonstrado, nesta hipótese, é que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o nexa causal.*⁶³

Interessante ressaltar que o termo “culpa da vítima” é também entendido de maneira objetiva. Pertinente ressalva é feita por Odete Medauar:

*A expressão é usual, embora imprópria, porque nem sempre a vítima atua com dolo ou culpa. Mais apropriada se apresenta a expressão “conduta da vítima”. Nesse caso, a conduta da vítima, exclusiva ou concorrente, contribuiu para o dano que sofreu: se a vítima teve participação total no evento danoso, a Administração se exime completamente; se o dano decorreu, ao mesmo tempo de conduta da vítima e da Administração, esta responde em parte.*⁶⁴

O regime jurídico de direito público não se ocupa de definir em que casos ocorrerão o caso fortuito e a força maior. O tema é tratado pelo direito privado, contando com previsão no Código Civil Brasileiro (art. 393, parágrafo único).

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves, “o caso fortuito geralmente decorre de ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto”⁶⁵.

Ambos atuam de modo a impedir a formação do nexa causal, retirando da conduta da Administração o papel de causa adequada e fundamental para a ocorrência dos danos respectivos.

⁶² RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 181.

⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 978.

⁶⁴ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.* p. 409.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.* p. 736.

Novamente valendo-nos das lições de Odete Medauar, que acolhe essa generalização com reserva, para os casos de força maior, se houver omissão do Estado na adoção de medidas que poderiam ter impedido ou atenuado os danos, caberá sua responsabilização.⁶⁶

9. Referências

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARRUDA CÂMARA, Jacinto. A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. **Revista de direito administrativo aplicado**, Curitiba, n. 12, jan./mar. 1997.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BEZNOS, Clovis. A responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 1.071.741, Rel. Min. **Herman Benjamim**, DJ de 16.12/2010.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 395.942-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 409.203, Rel. p/ o ac. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 7-3-2006, Segunda Turma, DJ de 20-4-2007.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 409203/RS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. **JOAQUIM BARBOSA**, Julgamento: 07/03/2006).
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 602.223-AgR, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 9-2-2010, Segunda Turma, DJE de 12-3-2010.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. AC nº 2010.082427-4. Rel. **Sérgio Roberto Baasch Luz**. Primeira Câmara de Direito Público, 23/02/2011.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apel. Cível Nº 70042059287, Nona Câmara Cível, Rel. **Marilene Bonzanini Bernardi**, Julgado em 29/06/2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programas de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁶⁶ Cita-se, a título de exemplificação, o seguinte julgado: Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALAGAMENTO DE RESIDÊNCIA EM CONSEQUÊNCIA DE ENCHENTE DO ARROIO FEIJÓ. 1. PRELIMINAR ACOLHIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO RECONHECIDA. DECRETO DE EXTINÇÃO AFASTADO. O Estado é legitimado passivo a responder a ação indenizatória decorrente de danos ocasionados por enchente em arroio que abrange mais de uma cidade. É sua responsabilidade a manutenção hídrica do arroio. Exegese do art. 96, inciso I, da CF. 2. ANÁLISE DE MÉRITO. ART. 515, §3º, DO CPC. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Conforme vem entendendo esta Corte e o STF, quando há uma omissão específica do Estado, ou seja, quando a falta de agir do ente público é causa direta e imediata de um dano, há responsabilidade objetiva, baseada na Teoria do Risco Administrativo e no art. 37, § 6º da CF. 3. DANOS MATERIAIS EVIDENTES DE ACORDO COM AS FOTOGRAFIAS JUNTADAS AOS AUTOS. VALOR ÍNFIMO. CONDENAÇÃO SEM NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO, ANTE A MENOR ONEROSIDADE. 4. DANOS MORAIS EVIDENTES. 5. SENTENÇA PROCEDENTE. PRELIMINAR ACOLHIDA. EXTINÇÃO AFASTADA. APELAÇÃO PROVIDA. (TJRS. Apel. Cível Nº 70042059287, Nona Câmara Cível, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 29/06/2011).

- FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa: o caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (Org). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. Responsabilidade civil do estado na gestão do serviço portuário. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade do estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MACHADO MELO, Diogo L. O papal da culpa na responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **O leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MUKAI, Toshio. **Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente**. Conferência pronunciada no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental, 11 a 13 de novembro de 1987, Curitiba.
- NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VALLE FIGUEIREDO, Lucia. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- ZANCANER, Weida. Responsabilidade do estado, serviço público e os direitos dos usuários. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO À LUZ DO ART. 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

MAURÍCIO ZOCKUN*

Sumário: 1. O direito tutelado por meio do art. 37, §6º da Constituição da República; 2. O direito de ação ensejador da concreta aplicação do art. 37, §6º da Constituição da República; 3. Contra quem se pode ajuizar a ação e reparação pelo dano estatal causado? 4. O pensamento do STF ontem e hoje: evolução ou retrocesso? 5. Conclusões. 6. Referências.

1. O direito tutelado por meio do art. 37, §6º da Constituição da República

Cada direito positivo prevê, a sua moda, como se recomporá a ordem jurídica violada. Na maioria dos Estados modernos, uma das formas de recomposição é, justamente, a Responsabilidade Patrimonial do Estado.

O patamar hierárquico dessa garantia é variável entre as Nações, não havendo entre elas um denominador comum a esse respeito.

Na França a Responsabilidade Patrimonial do Estado é uma construção pretoriana. Na Espanha, seu fundamento é constitucional, mas, sendo esse preceito veiculado em uma norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo, há ampla margem de liberdade para lei formal fixar os limites dessa responsabilidade. Na Inglaterra seu fundamento é infraconstitucional. E muito mais recentemente, em julho de 2014, aprovou-se na Argentina a nova Lei de responsabilidade do Estado (Lei 26.944).

Vê-se, pois, não haver uniformidade sobre o tema, pois a Responsabilidade Patrimonial do Estado é um tema jurídico-positivo (e não lógico-jurídico), de forma que cada ordem jurídica fixará o seu perfil e o seu regime jurídico.

Assim deve-se analisar o que a nossa ordem jurídica prevê para, com isso, apurar qual sua matriz principiológica.

* Professor de Direito Administrativo nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC/SP. Doutor em Direito Administrativo e Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP.

O art. 1º da Constituição da República proclama que o Brasil é uma República e, por essa razão, Geraldo Ataliba sustenta que “a simples menção ao termo *república* já evoca um universo de conceitos intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial. Regime republicano é regime de responsabilidade”¹.

No entanto, é o mesmo art. 1º, em seu *caput*, que prevê que “A República Federativa do Brasil... constitui-se em Estado Democrático de Direito...”.

Logo, seria difícil apurar se o regime de responsabilidade a que alude Geraldo Ataliba é, em nosso direito positivo, fruto da República ou do Estado de Direito, mormente porque a Constituição da República praticamente amalgamou esses dois conceitos.

Todavia, é o próprio Geraldo Ataliba quem nos fornece a resposta a esse dilema ao esclarecer que “...a república que erigimos é a expressão concreta do Estado de Direito que a cidadania brasileira quis criar, ao plasmar suas instituições. A partir da consciência cívica da titularidade da *res publica* e da convicção da igualdade fundamental entre todos os cidadãos, estruturou-se o Estado brasileiro na base da idéia de que o governo seria sujeito à lei e esta haveria de emanar do órgão de representação popular”².

Ou seja, é por força do princípio Republicano que, entre nós, se edifica o Estado de Direito, daí defluindo a Responsabilidade Patrimonial do Estado³.

Não é outra a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello que, apoiado nas lições de Eduardo Soto Kloss⁴, pondera:

*Perfilhamos ainda seu entendimento de que a idéia de República (*res publica* – coisa pública), traz consigo a noção de um regime institucionalizado, isto é, onde todas as autoridades são responsáveis, ‘onde não há sujeitos fora do Direito’. Procede inteiramente a ilação que daí extrai: se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seus atos, ou seja: no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo*⁵.

¹ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 65.

² ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 121.

³ Acreditamos que um pensamento similar é sufragado por Romeu Felipe Bacellar Filho. E ainda que o ilustre professor não tenha seguido o mesmo *iter* da República ao Estado de Direito, ele também sufraga o entendimento no sentido de que esses são os dois primados que dão calço à Responsabilidade Patrimonial do Estado. Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudências brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 297.

⁴ KLOSS, Eduardo Soto. La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno. **La Revista de Derecho Público**, Santiago (Chile), vol. 14, n. 21-22, p. 149-156, ene./dic. 1977. p. 152-153.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Atos Administrativos e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981. p. 129.

Se essas considerações prosperam e se, entre nós, a Responsabilidade Patrimonial do Estado decorre do regime de observância à lei (fruto do Estado de Direito) que, por seu turno, deflui da noção elementar de República, então, tal garantia constitucional é uma cláusula pétrea por força do art. 60, §4º, da Constituição da República.

Cumpriu a Geraldo Ataliba demonstrar, para além de qualquer espécie de dúvida, a estatura constitucional do princípio republicano. Segundo o seu magistério “No Brasil os princípios mais importantes são os da federação e da república⁶...Foram lógica e cronologicamente fixados como basilares, pela circunstância de virem em primeiro lugar (art. 1º) nos textos constitucionais republicanos (o que, por si só, nada significaria, mas assume expressão decisiva e radical à vista das considerações sistematicamente expostas)...A Constituição de 1988 foi mais explícita e arrolou as matérias substanciais que dão contexto ao princípio republicano (art. 60, §4º), de modo a não deixar ao intérprete, mesmo o mais resistente, dúvida sobre o alcance do princípio e, pois, do preceito que o protege⁷...É a disposição peremptória e categórica do §4º do art. 60 do texto constitucional, porém, que mais patenteia e sublinha o excepcional prestígio desses dois princípios constitucionais, ao vedar terminantemente que seja ‘objeto de deliberação’ proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto secreto, direto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos individuais (em uma palavra: república)”⁸.

Há, ainda, uma outra forma de demonstrar que a Responsabilidade Patrimonial do Estado é uma cláusula pétrea e, além disso, decorrente do primado republicano.

Com efeito, a projeção econômica de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais está acutelada explicitamente no art. 5º, V, X, XXIV, XXV e LXXV da Constituição da República e implicitamente como direitos e garantias fundamentais (Título II da Constituição da República).

Quando, por exemplo, o Estado se vê na contingência de pagar indenização pelo fato de ter cometido um dano ambiental, à moral etc., essa sanção patrimonial recompõe a projeção econômica que emergiu do próprio direito esgarçado⁹.

Logo, fora daquelas hipóteses em que o sacrifício desse direito encontra assento constitucional implícito ou explícito¹⁰, caso uma pessoa invista ilicitamente contra o patrimônio jurídico alheio causando-lhe dano economicamente mensurável, a Constituição outorga ao prejudicado ou ao legitimado processual a prerrogativa de demandar a recomposição de esfera jurídica economicamente protegida desse direito.

⁶ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 36.

⁷ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 37.

⁸ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 38

⁹ Sobre o assunto já nos debruçamos longamente em: ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

¹⁰ A saber: desapropriação, servidão e requisição.

Como o direito constitucional subjetivo de demandar a recomposição do patrimônio jurídico economicamente mensurável imputa ao seu agente uma responsabilidade patrimonial, percebe-se que essa sanção é a contrapartida jurídica que assegura e preserva esse direito.

Desse modo, não apenas um direito economicamente mensurável, mas também a garantia de sua preservação, tem *status* de cláusulas pétreas por força do art. 60, §4º, da Constituição da República.

Ademais, como o regime de responsabilidade é decorrência lógica do primado republicano, a Responsabilidade Patrimonial, assim entendida como forma de expressão da garantia republicana, é, também ela, uma cláusula pétrea.

Daí porque não é difícil concluir que a Responsabilidade Patrimonial do Estado, tal como desenhada no art. 37, §6º, da Constituição da República, é cláusula pétrea e, portanto, intocável por produção normativa ulterior.

2. O direito de ação ensejador da concreta aplicação do art. 37, §6º da Constituição da República

O reconhecimento da responsabilidade patrimonial do Estado pode se aperfeiçoar tanto na esfera administrativa como na esfera judicial. Afinal, nem sempre, e necessariamente, os conflitos decorrentes do ilegítimo esgarçamento do direito de propriedade pelo Estado se resolvem na ponta da pena de um magistrado.

Daí uma das virtudes da Lei paulista 10.177 (disciplinadora do processo administrativo no Estado de São Paulo) que, em seus arts. 65 a 71, dispôs sobre o procedimento por meio do qual a Administração pode reconhecer o seu dever de pagar pelos danos causados a terceiros.

3. Contra quem se pode ajuizar a ação e reparação pelo dano estatal causado?

Historicamente o Estado era irresponsável pelos danos causados a terceiros. Em nossa primeira constituição (de 1824) previa-se que “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte... XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos”. Assim, os danos antijurídicos eram reparados diretamente pelo agente público causador do dano, à moda da responsabilidade civil.

Apenas com o advento das Constituições de 1934 e 1937 prescreveu-se a responsabilidade dos agentes públicos solidariamente com o Estado. E, finalmente, a partir de 1946, a responsabilidade do Estado assumiu os contornos atuais, prevendo-se a responsabilização

objetiva do Poder público e o dever de ele propor a ação de regresso contra o agente causador do dano, por responsabilidade subjetiva.

Assim, ao se imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos causados pelos seus agentes no exercício de função pública, acautelou-se mais intensamente as garantias outorgadas aos particulares para efetiva recomposição do seu patrimônio. Afinal, enquanto o agente público causador do dano por ele responde até o limite do seu patrimônio, por dolo ou culpa, o Poder público goza de presumível solvibilidade, respondendo objetivamente pelos ilícitos cometidos.

Em última medida, a Constituição da República dispõe ao lesado dos meios através dos quais poderá recompor o seu patrimônio, com os ônus e benefícios decorrentes da via eleita.

Se por um lado o Estado goza de presunção de solvibilidade, o regime de pagamento das obrigações decorrentes de condenações judiciais é praticamente um estelionato, ante a reiterada resistência de o Poder público liquidar as dívidas que lhe foram imputadas, por encarar estes encargos como um problema de Governo (por vezes atribuído às gestões pretéritas) e não de Estado.

De outra banda, contudo, há meios judiciais e extrajudiciais bastante expeditos para se investir contra o patrimônio do devedor, cuja dívida lhe foi judicialmente imputada: de penhora *on line* a protesto de dívida privada perante o tabelionato de protesto.

Mas ao assim dispor, teria o Texto Constitucional inviabilizado a possibilidade de o particular, ao seu talante, optar por acionar diretamente o agente público causador do dano, responsabilizando-o subjetivamente?

4. O pensamento do STF ontem e hoje: evolução ou retrocesso?

Atualmente o STF responder afirmativamente a esse questionamento.

Com efeito, por ocasião do julgamento do Recurso extraordinário 327.904, o Ex-Ministro Carlos Britto afastou a possibilidade de acionamento direto do agente público nestes casos. Isso ao fundamento de que o agente só “responde administrativa e civilmente, perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular”, após o Estado ser condenado a desembolsar valores a terceiro a título de indenização. Assim, a responsabilização do agente público não surge com o cometimento do dano à moda da responsabilidade subjetiva, mas, adicionalmente, com a condenação do Estado pela prática deste ato. Este era, precisamente, o pensamento de Hely Lopes Meirelles, não mencionado, contudo, no julgado.

Não era (e não é) este o juízo de significativa parcela da doutrina, tampouco da jurisprudência do STF produzida até então, especialmente sob o pálio da Constituição pretérita¹¹.

¹¹ Registre-se que a responsabilidade estatal está prescrita de modo praticamente idêntico nas Constituições de 1967/1969 e de 1988. Assim, as modificações de pensamento da Suprema Corte a esse respeito não decorrem de mutação constitucional, senão que de mutação interpretativa.

A tese vencedora nos autos do Recurso extraordinário 327.904 foi outrora rejeitada pelo STF ao fundamento de que (i) “reputar sucessivo e obrigatório regresso, seria instituir uma sinuosidade de todo incompatível com o princípio da economia processual” (RE 105.157 – RTJ 115/1384); (ii) “essa disposição não foi feita contra os cidadãos que sofreram os danos praticados por funcionários públicos no exercício de sua função. Pelo contrário, foi a favor deles contra o Estado, o cidadão não tem que provar a culpa. A responsabilidade é objetiva. Parece-me que o se dar mais um direito ao cidadão não exclui o direito que ele já tinha de haver a reparação do dano sofrido, tanto do Estado quanto do funcionário, porque o que se fez foi uma limitação quanto ao Estado, que só pode ir contra o seu funcionário provando culpa ou dolo” (RE 90.071 – RTJ 96/243); (iii) “O que se deu foi uma garantia a mais ao cidadão acidentado pelo funcionário público... isso não impede que o cidadão escolha contra quem vai demandar. Por exemplo, sabemos que os precatórios ficam em filas intermináveis; pode haver uma municipalidade deficitária. Então, em vez de o art. 107 beneficiar os cidadãos, seria como que condená-los a não ter reparação de danos” (RE 90.071 – RTJ 96/244); e (iv) “Há, pois, uma única dívida e duas responsabilidades: a da Administração perante o lesado, baseada na teoria do risco administrativo, e a do autor do dano, com fundamento na teoria da culpa. Quem deve ao lesado, em princípio, é aquela; mas este também é responsável pela dívida, desde que tenha agido com culpa ou dolo” (RE 99.214 – RTJ 106/1185).

Sendo a Responsabilidade Patrimonial do Estado uma sanção decorrente de um ato ilícito, sua eclosão independe de condenação do Estado ao pagamento de indenização. Aliás, uma vez caracterizado o cometimento da infração pelo agente público, o Estado está obrigado a instaurar processo administrativo pretendendo apurar a viabilidade de lhe sancionar. A responsabilidade, nestes casos, contudo, poderá ser civil, administrativa e, eventualmente, penal.

Caso a Administração apure a responsabilidade subjetiva do servidor público civil pelo cometimento de dano patrimonial ilegítimo a terceiro, ela deverá convocar o particular para que receba a indenização devida. Neste caso, não haverá direito de regresso da Administração em relação ao servidor, pois o dever de pagar a indenização ao cidadão lesado nascerá ao mesmo tempo da obrigação imputada ao servidor para repará-lo¹². Daí a discordância com as premissas eleitas no Recurso extraordinário 327.904 para o exame da questão.

Deveras, na Constituição da República de 1967/169 previa-se: “Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. *Parágrafo único.* Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”. Na Constituição atual prevê-se: “Art. 37. § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

¹² O que gerará, ademais, uma consequência curiosa: o dever de o Estado pagar a indenização ao particular nasce ao mesmo tempo do cometimento da obrigação do servidor para satisfazer essa obrigação. É possível, até mesmo, que o dever de o servidor honrar esta obrigação preceda ao desembolso de valores pelo Estado (caso, por exemplo, de o lesado ter falecido sem deixar herdeiros, caso em que o valor da indenização deverá ser entregue ao Município, ao cabo e ao fim do inventário).

No mais, não se pode impedir que o particular opte por resguardar seu direito patrimonial de modo menos protetivo, caso a ordem jurídica lhe confie esta opção. A Responsabilidade Patrimonial objetiva do Estado é, sobretudo, garantia adicional conferida ao particular. Se outra for sua opção para defesa e restauro patrimonial, como o direito ajuizamento de ação contra o agente público, ter-se-á feita uma escolha irreversível, não se podendo, ulteriormente, ajuizar nova ação, desta vez para responsabilizar objetivamente o Estado¹³.

Tampouco prosperar os argumentos processuais supostamente inviabilizadores da propositura de ação de responsabilidade diretamente contra o agente público ou contra ele e o Estado. Com efeito, afirma-se que, sendo objetiva a responsabilidade do Poder público, **há** que se observar um rito processual específico, incompatível com aquele aplicável aos casos em que se exige a comprovação da prática infracional com dolo ou culpa.

A solução a esse suposta objeção é argutamente afastada por Rui Stoco¹⁴. Para esse autor, sendo demonstrada apenas a responsabilização do Estado, não poderá o agente ser condenado ao pagamento da indenização, sendo vedado, inclusive, a instauração de processo administrativo tendente a apurar a responsabilização funcional com base nesse fato.

O que não se pode fazer, e nisto acerta uma vez Rui Stoco, é promover a ação contra o Estado, requerendo-se que o agente público seja denunciado à lide. E mesmo assim há que se temperar esta negativa, pois, sendo o caso de responsabilidade subjetiva do Estado (pela omissão), não existe qualquer espécie de óbice para que o agente faltoso seja denunciado à lide, como acertadamente observou Gilson Delgado Miranda¹⁵.

5. Conclusões

Há inegáveis virtudes na renovação de julgamentos sobre matérias anteriormente apreciadas pela Suprema Corte. Afinal, por meio dela permite-se que a ordem jurídica seja redesenhada à luz de um pensamento mais compatível com o atual estágio evolutivo das ciências jurídicas.

Todavia, cessa esta virtude caso (i) a questão seja revisitada de modo reiterado, deflagrando inegável insegurança jurídica na fixação dos seus confins (como tantas vezes ocorreu e ocorre, especialmente no campo tributário); e (ii) os fundamentos anteriormente empregados não sejam dialeticamente superados em novo julgamento, demonstrando-se a

¹³ Daí a feliz afirmativa de José Roberto Pimenta, para quem "...a forma de satisfação da pretensão do lesado está na sua própria esfera de decisão". Cf. PIMENTA, José Roberto. O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício de função administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel de Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 1131).

¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1328-1329.

¹⁵ MIRANDA, Gilson Delgado. A denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel de Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 1180).

produção, senão de uma melhor solução, ao menos de uma solução mais condizente com o atual estágio do direito positivo (desabonadora dos argumentos que anteriormente obstavam o acolhimento da tese; que, de anteriormente vencida, passou a vencedora).

O que se processou na espécie? O argumento lançado no Recurso extraordinário 327.904 para afastar a direta responsabilização dos agentes públicos pelos danos patrimoniais causados a terceiro já fora anteriormente rejeitado pelo STF (nos Recursos extraordinários 105.157, 90.071 e RE 99.214, dentre outros).

Assim, renovou-se argumento vencido sem que, com isso, fossem superados ou objetivamente afastados os argumentos que o enjeitaram no passado (que permanecem tão atuais, como se tivessem sido lançados no presente).

Não houve, pois, um salto evolutivo no exame do tema, senão que a renovação do mesmo e pretérito debate, apenas com a proclamação de resultado antagônico daquele anteriormente atingido.

Vê-se que nestes casos não se observou o procedimento recomendável para superação de um precedente ou de um entendimento jurisprudencial, por meio da denominada técnica do *overruling*. Essa técnica, implícita em um sistema jurídico curador da segurança jurídica, foi, por exemplo, explicitada na Lei n. 11.417, de 2006, dispositiva dos casos e do procedimento para o cancelamento de Súmulas vinculantes.

A questão não foi objeto de amadurecimento e evolução jurídica no seio do STF por meio de técnica do *overruling*, situação que causa de inegável insegurança jurídica ao cidadão. Mas como a razão de existir do Direito (e da própria Suprema Corte) é a previsibilidade das condutas estatais, é altamente recomendável que esta questão volte a ser novamente debatida pelo STF.

6. Referências

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudências brasileiras. In: FREITAS, Juez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Atos Administrativos e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel de Fonseca; (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

KLOSS, Eduardo Soto. La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno. **La Revista de Derecho** Público, Santiago (Chile), vol. 14, n. 21-22, p. 149-156, ene./dic. 1977.

MIRANDA, Gilson Delgado. A denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel de Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIMENTA, José Roberto. O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício de função administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel de Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

O ESTADO RESPONSÁVEL: EFICIÊNCIA DO CONTROLE E CONTROLE DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: SUPERANDO A CULTURA BUROCRÁTICA DOS CONTROLES PELA NOÇÃO DE *ACCOUNTABILITY* E DE NOVA GESTÃO PÚBLICA

RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO*

A expressão gerencialismo ou Estado Gerencial, em nosso país, traz consigo uma carga negativa intrínseca, como se o modelo fosse totalmente avesso ao implemento de uma melhor gestão pública, ou ainda, como se suas práticas fossem importadas da Administração Privada ou de modelos aplicados em outros países para envolver o desenvolvimento do Estado contemporâneo, com uma flexibilização desregrada e despreocupada.

A grande questão que se coloca neste aspecto é justamente entender as premissas deste modelo, sua aplicação e o motivo pelo estigma negativo que carrega, é dizer: foi o modelo gerencial que fracassou (se é que ele teve chance de ser implementado) ou a cultura administrativa burocratizante (estamento burocrático) impediu uma formatação razoável do modelo no Estado brasileiro?

Independentemente do rótulo utilizado para definir o Estado atual e mesmo que ainda estejamos fortemente apegados à esquizofrenia de um modelo que sobrepõe práticas típicas de modelos – ao menos em tese – “sepultados” sob a ótica da evolução de um modelo de Estado Gerencial, é importante destacar que há que se revelar uma necessária postura responsável do Estado (noção de responsividade), em que não apenas importa o atingimento do fim, mas uma conjugação entre a eficiência estatal e o melhor resultado possível, com a total assunção das responsabilidades do Estado na condução dessa solução.

É dizer, não se admite contemporaneamente um Estado que não assuma o papel de protagonista na realização dos interesses coletivos, que se esquive de assumir suas funções e responsabilidades diante de cenários adversos que porventura lhe sejam apresentados,

* Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Positivo. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Social PUC/PR. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado sócio fundador da banca Pironti Advogados.

que não entregue ao cidadão aquilo que efetivamente corresponde ao adimplemento da alta carga tributária existente e, principalmente, não se admite pela noção de responsividade que se instaure uma espécie de “jogo de empurra” entre as diversas esferas de competência estatal, onde ao revés de determinar especificamente as funções de cada ente (entidade), as interpretações possíveis levam a uma definição de que no caso concreto a competência para a realização do interesse questionado era de “a” e não de “b”, eximindo o Estado de responsabilidades que lhe são típicas e que por um dever de moralidade, por ele devem ser assumidas.

Tudo isso com o intuito de impedir que haja

Pelo lado dos funcionários, um desrespeito pela clientela [...] e uma completa falta de zelo pelos dinheiros públicos [...]. Pelo lado do público, uma atitude de aceitação passiva quanto ao favoritismo, ao neopotismo e todo tipo de privilégio: tolerância e passividade ante a corrupção, a dupla tributação [...] e o desperdício de recursos.¹

É essa a lógica pensada por Frederick Mosher, quando afirma que a Administração na Europa buscou mais que ser uma mera executora de atividades administrativas, mas principalmente, um meio para realização da justiça social:

[...] la administración pública se ha considerado en Europa más como un medio para La realización de fines de justicia que como centro motor de una sociedad políticamente organizada, más en función de las leyes existentes que como institución social que concurre de manera importante a la formar el contenido de las leyes que ejecuta. Ahora bien, si la administración pública se considera como un complejo de organismos ejecutores de programas y si la mayor preocupación del estudioso consiste en la forma de la acción administrativa y en sus consecuencias jurídicas, gran parte del sentido intrínseco de la administración se pierde inevitablemente. Quizá esto ha determinado que se formen una serie de prejuicios comunes en todos los países europeos, como, por ejemplo, la desconfianza hacia todo lo que sea actividad del gobierno.²

E complementa:

La administración pública es responsable de algo más que de la mera ejecución de un programa político; debe poder manifestar inventiva, dinamismo adecuado, para la continua interpretación de las necesidades públicas. La administración pública es la depositaria del concepto ideal de bienestar colectivo, y su función se manifiesta particularmente significativa en el momento histórico que atravesamos, en el que atenuarse o desaparecer algunos principios liberales aparece un creciente aumento de la acción estatal.³

¹ CAMPOS, Ana María. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 24, n.2, p. 30-50, fev./abr. 1990. p. 31.

² MOSHER, Frederick C.; CIMMINO, Salvatore. **Ciencia de La Administración**. Madrid: Rialp, 1961. p. 39.

³ MOSHER, Frederick C.; CIMMINO, Salvatore. **Ciencia de La Administración**. Madrid: Rialp, 1961. p. 30.

Essa noção de responsividade traz consigo uma adequação da conduta estatal em razão das responsabilidades, que pelo Estado, devem ser assumidas, devolvendo ao cidadão o mínimo necessário à uma boa administração. Por isso:

*Nas sociedades democráticas mais modernas espera-se que os governos – e o serviço público – sejam responsáveis perante os cidadãos. A maioria dos estudiosos norte-americanos acreditam que o fortalecimento da accountability e o fortalecimento das práticas administrativas andam juntos.*⁴

A noção de responsividade, portanto, integra a lógica de Governança tendente a uma boa administração pública, impondo ao gestor, em todos os aspectos de sua gestão, uma atenção aos preceitos de atuação responsável e consonante aos interesses envolvidos.

Atuar com responsabilidade, portanto, vai muito além da mera conformação de responsabilidade fiscal, que configura apenas um dos aspectos da noção de responsividade, contemplada dentre outros no artigo 37, §6º, da Constituição Federal.⁵

Não é outro o entendimento de Marcio Kelles:

*A responsabilidade do gestor público é da gênese da gestão pública responsável. Num ambiente em que se exige do administrador público acessos democráticos de participação, planejamento pautado pelo diálogo e busca de consensos, controle burocrático a pari passu ao controle democrático e transparência de todo esse processo administrativo, a responsabilidade do gestor é mera decorrência de todas as exigências que se impõem no curso do Estado democrático de Direito.*⁶

É dizer, no Estado de Direito impõe-se o respeito ao princípio da responsabilidade que decorre, logicamente da observância da legalidade. No Estado Democrático se inova o princípio da responsividade, em razão da própria alteração da noção de legalidade (agregada do conceito de juridicidade), introduzindo um novo dever substantivo, pelo qual o administrador público também fica obrigado a prestar contas à sociedade pela legitimidade de seus atos.⁷

A lógica de responsabilidade no Estado contemporâneo deve ser aperfeiçoada como questão inerente ao desenvolvimento da democracia, conjugando a inevitável necessidade de desenvolvimento das estruturas burocráticas e dos controles, para atendimento às obrigações do Estado, com uma delimitação mais exata da discricionariedade administrativa,

⁴ CAMPOS, Ana Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 24, n.2, p. 30-50, fev./abr. 1990. p. 30.

⁵ MOTTA, Carlos P. C.; CASTRO, Flávio Régis Xavier Moura *et alli* (Coords.). **Lei de Responsabilidade Fiscal**: abordagens pontuais - doutrina e legislação. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2001. p. 66.

⁶ KELLES, Marcio Ferreira. **Controle da Administração Pública democrática**: Tribunal de Contas no Controle da LRF. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 259.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 60.

financeira e contábil dos entes políticos, permitindo assim uma maior sensibilização para o atendimento das demandas sociais existentes.⁸

Frederick Mosher, ao tratar desse necessário papel do Estado Democrático de Direito, ressalta que:

En cualquier país democrático son diversos los puntos de vista, los deseos, las peticiones que se dirigen al gobierno. Cualquiera que tenga familiaridad con experiencias totalitarias acordará que tal situación de pluralismo es un índice de vitalidad y de sana constitución, aunque haga la actividad administrativa más difícil y más compleja. Sin embargo, concretamente por esto, la función del administrador público se hace cada vez más fascinante e interesante. Toda administración tiende a separar-se de los conflictos que el pluralismo de las sociedades democráticas determinan necesariamente, y ello es natural, dado que de la misma forma que el individuo intenta sustraerse a las complicaciones y a los problemas difíciles, así también la administración intenta sofocar la expresión de las opiniones contrarias o diferentes. Pero ¿es este un imperativo ético del buen administrador? ¿Debe intentar por todos los medios de hacerse el sordo, o de taparse los ojos, o bien debe sensibilizar al máximo sus propios órganos y su conciencia para responder mejor a las exigencias del momento? Francamente, nos sentimos partidarios de este segundo modo de ser ars administrandi.⁹

E complementa com a noção de reponsabilidade global ou responsividade, que permite um real desenvolvimento das estruturas administrativas e condiciona o gestor a assunção de seu efetivo papel de agente modificador da sociedade:

Al concepto de democracia sigue el de responsabilidad en el intento de alcanzar una síntesis de los aspectos que se refieren al fenómeno administrativo. La palabra, tal y como la entendemos aquí, comprende una responsabilidad legal, social, política, etc. Si se toman en cuenta la serie de consideraciones que acabamos de hacer a propósito del concepto de democracia, no se puede menos de convenir que el administrador y la administración son, en último término, responsables ante la colectividad y solo una parte se esta responsabilidad suya se expresa o aparece en la norma de derecho positivo.¹⁰

Estabelecer parâmetros para uma boa administração, passa pela concepção de um Estado Responsável, pelo viés da noção de responsividade, onde a atuação do gestor passa a estar totalmente voltada à realização dos interesses envolvidos e os controles deixam de ser meramente formais e passam a dinamizar uma lógica preventiva e consensual transformadora, conduzindo a responsabilização (dentro da responsividade), a parâmetros de correção e conformação de futuras condutas.

⁸ MOTTA, Carlos P. C.; CASTRO, Flávio Régis Xavier Moura *et alii* (Coords.). **Lei de Responsabilidade Fiscal**: aborda-gens pontuais - doutrina e legislação. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2001.

⁹ MOSHER, Frederick C.; CIMMINO, Salvatore. **Ciencia de La Administración**. Madrid: Rialp, 1961. p. 101.

¹⁰ MOSHER, Frederick C.; CIMMINO, Salvatore. **Ciencia de La Administración**. Madrid: Rialp, 1961. p. 102.

A conjugação clara entre a eficiência estatal e o melhor resultado possível ao cidadão, inova uma postura responsável do Estado (noção de responsividade), que deve pautar a atuação do gestor para um controle eficiente não apenas em sua forma, mas principalmente em seu conteúdo, daí a expressão a eficiência do controle e o controle da eficiência.

A discussão passa necessariamente por uma análise da eficiência estatal e da denominada crise da eficiência, muito bem circunscrita por Emerson Gabardo:

*A crise da eficiência do Estado Social está posta, mas, diferentemente do que se vem cogitando, ela não implica uma incompatibilidade entre Estado Eficiente e Estado Social. O entendimento contrário conduziria a um sério problema constitucional, pois certamente não é possível que se admita uma república democrática ineficiente, notadamente no Brasil, após a Constituição Federal de 1988.*¹¹

E contrapondo o conceito de eficiência aos ditames do Estado Democrático de proteção aos direitos fundamentais, esclarece:

*A partir dessa construção teórica de natureza substancial, a democracia liberal não é democracia no sentido mais apropriado ao termo. Não é possível admitir, portanto, qualquer espécie de “eficiência de Estado”, em uma democracia, que não seja aquela de proteção aos direitos fundamentais, notadamente os sociais. Certamente que se terá, então, um conceito de Estado Social que é indissociável do regime democrático material.*¹²

Tratar de eficiência do controle, para que seja factível o controle da eficiência, é tratar de um Estado responsável com práticas concretas de *accountability*¹³, fundamentado em uma perspectiva ampla, com base não apenas em formas e processos, mas como um instrumento a serviço dos ideais democráticos do país, não daqueles que imaginam o controle como casuístico e de mero formalismo, ou ainda dos que o supõem como simples controle de processos garantidores da prestação de determinados serviços públicos.

Ora, imaginar que a eficiência do controle pode ser determinada por uma definição ritualística qualquer, sem conhecer a complexidade das funções desempenhadas nas Administrações Públicas contemporâneas, afasta a construção de uma Administração com controle voltado ao atingimento do “bem comum”.¹⁴

Romeu Felipe Bacellar Filho, ao tratar do princípio da eficiência, comenta:

¹¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 162.

¹² GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Editora Manole, 2003. p. 158.

¹³ No plano geral, a *accountability* se realiza no processo eleitoral, com o cidadão exercendo o seu poder para eleger os seus governantes e representantes. Porém, ela também se realiza no dia a dia da atuação dos agentes das organizações públicas. E ocorre não só baseado nos diferentes instâncias de controle no interior da estrutura do estado, mas também mediante o controle exercido pelo imprensa, pelas organizações e associações da sociedade civil e pelos próprios cidadãos, cujas ações, de alguma forma, resultem algum tipo de constrangimento ou sanção.

¹⁴ ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens*. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, vol. 14, n. 2, p. 82-97, mai./ago. 2011. p. 83.

O princípio da eficiência foi inserido pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998 entre os princípios constitucionais da Administração Pública elencados no caput, do art. 37, da CF. O princípio não é inédito no direito comparado: a Constituição Espanhola de 1976 já o prevê, assim também as Leis de Procedimento Administrativo dos países vizinhos do Brasil, como é o caso, por exemplo, da Argentina, Uruguai e Peru (fala-se em princípio da eficácia). Também não é inédito na doutrina brasileira: Hely LOPES MEIRELLES já tratava do “dever de eficiência”, consagrado no Decreto-Lei 200/67 e correspondente ao “dever de boa administração” da doutrina italiana.¹⁵

Nesse contexto ganham relevância os conceitos trazidos pelo modelo de Novo Serviço Público¹⁶, em contraponto ao que se convencionou chamar de modelo da Nova Gestão Pública¹⁷.

Em uma primeira análise, no modelo idealizado de Nova Gestão Pública, há a concepção de que a burocracia tradicional é ineficaz porque seus controles estão centrados nos recursos e não nos resultados, é dizer, nesta concepção, controlar os processos em vez dos resultados conduz à ineficiência e, nesse sentido, o modelo do mercado deveria sobrepor-se ao modelo de Administração Pública atual (que muito embora tratado pela teoria da Nova Gestão Pública como burocrático, entendemos como esquizofrênico) e, portanto, deve ser igualado a este.

Em uma segunda análise, a diferença se acentua pela concepção de classificar o cidadão como consumidor e cliente. É dizer, para esta teoria a Administração Pública deveria intensificar as ações de governo para atender as expectativas de seus clientes, que tem sua participação qualificada em razão de consumirem os serviços oferecidos.

Em última análise estaria o desenvolvimento – para esta teoria – pautado por práticas descentralizadoras do Estado, alterando a perspectiva pela qual se analisa a lógica de *accountability*, abandonando-se uma visão fundamentalmente pública para conceber-se uma visão essencialmente privada, onde a *accountability* se caracterizaria por uma visão tipicamente de mercado.¹⁸

Veja-se, porém, que a proposta da teoria da Nova Gestão Pública não se cinge apenas ao fato de dever o Estado emular as práticas da iniciativa privada, vai além, propondo uma alteração do modelo de Administrador Público para Administrador Empresário.

É dizer, com essas perspectivas se rompe o paradigma tradicional da Administração Pública da dicotomia entre a Política e a Administração, justamente porque consideram tal distinção inexistente nas atividades concretas de Gestão Pública. Nesse sentido, sempre que

¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. A ética na Administração pública. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Servidor Público**: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 455.

¹⁶ DENHARDT, J.V.; DENHARDT, R.B. **The New Public Service: serving, not steering**. Nova York: M. E. Sharp. Inc., 2007.

¹⁷ KETTL, D. F. **The global public management revolution**. Washington: Brookings Institution's Press. 2000.

¹⁸ ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability* na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, vol. 14, n. 2, p. 82-97, mai./ago. 2011. p. 89.

se estiver diante do implemento de uma política pública, o administrador tomará decisões políticas e discricionárias.¹⁹

A autonomia decisória e discricionariedade do Administrador ganha destaque na teoria da Nova Gestão Pública uma vez que fazendo parte do processo, terá melhor condição de entender e, mais prontamente, buscar os melhores resultados para a satisfação de seus clientes e consumidores; para que isso seja factível, propõe-se a não vinculatividade a regras e procedimentos rígidos a determinar as condutas dos agentes, mas sim, parâmetros normativos razoáveis e critérios abertos que possibilitem a melhor tomada de decisão em cada caso concreto.

Preocupa-se esse modelo de Nova Gestão Pública em garantir os resultados das atividades governamentais, mesmo que para isso seja necessário o estabelecimento de padrões menos rígidos para as regras e procedimentos previstos à solução do caso concreto.

Porém e aproximando a análise desse modelo com a noção de controle da eficiência, existe a necessidade do estabelecimento de critérios concertados de controles externo e interno, com o objetivo de aferir os objetivos e metas estabelecidos ao atingimento do fim proposto, com o objetivo de permitir que a noção de *accountability* se concretize.

Neste aspecto, muito embora a proposta de maior eficiência na gestão pública, com a busca efetiva pelos resultados almejados pelo interesse comum (dos clientes), existe forte restrição à filosofia de pensar a Administração Pública por uma lógica fundamentalmente de mercado, em uma concepção de quase subordinação do aparato do estado às estratégias próprias do setor privado,²⁰ o que gera um *deficit* de *accountability* social, no que pertine ao poder discricionário dos gestores não eleitos, e ainda um déficit de *accountability* institucional, no que diz respeito a conformidade da ação desses gestores em razão das leis e regulamentos instituídos.²¹

Assim, sobrepõe-se à análise do modelo de Nova Gestão Pública, o denominado modelo de Novo Serviço Público, já que o proposto foco nos resultados, única e exclusivamente, não satisfaz a necessidade de *accountability* no estabelecimento de normas e valores democráticos. Com o foco nos resultados as organizações públicas conseguem traduzir ao cidadão, importantes e relevantes, avanços em prol de sua qualidade de vida, porém, isso não induz ao entendimento de que a orientação para os resultados seja objetivo central que deve guiar a ação governamental.²²

¹⁹ “Administração não é só uma questão de eficiência e regras racionais; mas envolve inerentemente escolhas políticas que serão aplicáveis a todas as situações.” BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. **Revista do Serviço Público**, Brasília, vol. 49, n. 4, p. 05-45, out./dez. 1998. p. 16.

²⁰ ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability* na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, vol. 14, n. 2, p. 82-97, mai./ago. 2011. p. 91.

²¹ ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability* na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, vol. 14, n. 2, p. 82-97, mai./ago. 2011. p. 91.

²² DENHARDT, J V; DENHARDT, R B. **The New Public Service: serving, not steering**. Nova York: M. E. Sharp. Inc., 2007.

Nesta análise, a concepção de *accountability* no modelo do Novo Serviço Público é reconhecida por uma multiplicidade de complexas funções desempenhadas contemporaneamente pelos gestores públicos, sem descartar que as medidas de controle de eficiência e de resultados são relevantes, porém, reconhecendo que são insuficientes para contextualizar todos os anseios dos cidadãos em face da atuação da Administração Pública.

É neste contexto que a visão de *accountability* na proposta do Novo Serviço Público, ao admitir a complexidade da relação travada pelos gestores em suas atividades diárias, sugere um novo conceito do papel do servidor público, que passaria de mero conformador das condutas previstas na norma ou de executor dos resultados propostos, para líder, protagonista e responsável pela efetiva realização do interesse público.

É nesse sentido que:

*Partindo da premissa de que o governo não deve ser conduzido como um negócio, mas sim como uma democracia, a administração pública é caracterizada por uma nova postura frente aos seus desafios: a) servir os cidadãos; b) buscar o interesse público; c) dar mais valor à cidadania do que ao empreendedorismo; d) pensar estrategicamente e agir democraticamente; e) reconhecer que a accountability não é simples; f) servir ao invés de dirigir [ou controlar]; e g) valorizar as pessoas e não somente a produtividade. Essa nova visão da administração pública coloca o servidor público diante de novas exigências e expectativas de atuação. Essas novas exigências e expectativas, que se poderia denominar de “dever”, consubstanciam-se em: servir aos cidadãos e valorizar as pessoas, agir eticamente, buscar o interesse público e defender os princípios democráticos.*²³

Os princípios normativos do Estado Democrático de Direito, previstos na Constituição da República e nas normas infraconstitucionais, são fundamentais para um agir estatal responsável, devendo a atuação do gestor ser dirigida efetivamente a resposta estatal que melhor satisfaça os interesses dos cidadãos, daí a noção de responsividade da atuação administrativa.²⁴

É neste sentido que para a *accountability*:

Ser efetiva exige a observância de uma série de pré-condições: 1. existência de informações suficientes, que proporcionem uma discussão informada e o real debate; 2. as considerações relevantes à construção da decisão devem ser explícitas; 3. o processo de explanação e justificação de cada qual dos participantes deve ser estruturado de forma isonômica; e 4. é de se prever conseqüências que previnam decisão arbitrária ou caprichos. Se nesses termos se busca a construção da decisão pública,

²³ ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability* na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, vol. 14, n. 2, p. 82-97, mai./ago. 2011. p. 92.

²⁴ ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability* na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, vol. 14, n. 2, p. 82-97, mai./ago. 2011. p. 92.

*outro pode ser o padrão de atratividade em favor da cidadania, por razões práticas ou sociológicas.*²⁵

Assim, a garantia efetiva de *accountability* na atuação estatal permite que seja realizado de maneira concreta o controle da eficiência do Estado na prestação de suas atividades, sem a qual, impossível se imaginar a Eficiência do Controle, pois ausente estaria o pressuposto essencial de responsividade.

Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. A ética na Administração pública. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Servidor Público**: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. **Revista do Serviço Público**, Brasília, vol. 49, n. 4, p. 05-45, out./dez. 1998.
- CAMPOS, Ana Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 24, n.2, p. 30-50, fev./abr. 1990.
- DENHARDT, J V; DENHARDT, R B. **The New Public Service: serving, not steering**. Nova York: M. E. Sharp. Inc., 2007.
- GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Editora Manole, 2003.
- KELLES, Marcio Ferreira. **Controle da Administração Pública democrática**: Tribunal de Contas no Controle da LRF. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- KETLL, D. F. **The global public management revolution**. Washington: Brookings Institution's Press. 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- MOSHER, Frederick C.; CIMMINO, Salvatore. **Ciencia de La Administración**. Madrid: Rialp, 1961.
- MOTTA, Carlos P. C.; CASTRO, Flávio Régis Xavier Moura *et alli* (Coords.). **Lei de Responsabilidade Fiscal**: abordagens pontuais - doutrina e legislação. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2001.
- ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability* na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, vol. 14, n. 2, p. 82-97, mai./ago. 2011.

²⁵ ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability* na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, vol. 14, n. 2, p. 82-97, mai./ago. 2011. p. 92.

PARTE VIII

ARTIGOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS “PRÊMIO PROFESSOR ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO” E DA SESSÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS



A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS RISCOS DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL*

ANA CRISTINA AGUILAR VIANA**

Sumário: 1. Introdução; 2. O processo peculiar da instrumentalização participativa no Brasil; 3. Constitucionalização do Direito Administrativo e o processo de participação administrativa; 4. A participação na *práxis* brasileira: os riscos da participação apontados pela literatura e sua evidência no plano concreto; 5. À guisa de conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

A obsolescência das fórmulas da democracia representativa impulsionou o desenvolvimento de uma nova dimensão participativa na sociedade contemporânea, sendo este fenômeno atualmente uma tendência, que o Brasil vem acompanhando. Pode-se dizer que há um certo consenso de que as práticas participativas são um escopo virtuoso para os países em desenvolvimento, em especial àqueles que passaram por processos de democratização após período de autoritarismo.¹

Com efeito, desde a constitucionalização do direito administrativo as práticas participativas não só têm sido festejadas, como também incorporadas. A defesa pela instrumentalização de interfaces socioestatais no âmbito da Administração Pública é tamanha que

* Artigo oriundo do trabalho classificado em 1º lugar na Sessão de Comunicados Científicos do Seminário Direito Administrativo e suas Transformações Atuais: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho e classificado em 1º lugar no Concurso de Artigos Jurídicos Prêmio Professor Romeu Felipe Bacellar Filho.

** Vencedora do Prêmio Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupo de Estudos “Desafios da democracia: participação, legitimidade e transparência” da Comissão dos Advogados Iniciantes da OAB-PR. Advogada em Curitiba, integrante do escritório Professor René Dotti, no núcleo de Direito Administrativo.

¹ LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, vol. 1, n. 1, p. 63-93, 2009. p.63.

foi instituída a Política Nacional de Participação Social² e atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 349/2015, com objeto de tornar mais eficiente as ações e processos no âmbito da administração, com dispositivos que contemplam formas de participação social.

Sendo assim, não é demais pronunciar que existe atualmente uma “verdadeira teoria da participação administrativa”.³ Ocorre que, se no âmbito da ciência política e das políticas públicas já existe um exame apurado sobre as experiências participativas instrumentalizadas no país, no âmbito jurídico o debate ainda não saiu do seu caráter deontológico, pouco se falando sobre a forma pela qual essas interfaces têm se inserido na Administração. Assim, muito embora a doutrina jurídica da Administração Pública tenha discorrido sobre alguns riscos da participação, eles jamais foram observados em atenção à realidade da participação já implementada.

Tendo em vista que o debate da literatura sobre o tema transcende as fronteiras das disciplinas, já que trata de temas que perpassam diversas searas – legitimidade, empoderamento, *accountability* – a observância das inferências encontradas sobre a participação social em outras áreas merece ser analisada no âmbito jurídico, o que por certo enriquecerá os estudos sobre a participação na Administração Pública.

Diante disso, o propósito do presente trabalho é traçar algumas considerações sobre o tema da participação social, em especial, o uso da ideia para projetos antagônicos, assim como alguns riscos encontrados que podem impactar diretamente na atuação da Administração Pública.

Mas, para que se possa compreender esse cenário, deve-se primeiro ter conhecimento do que é e de que forma a participação foi inscrita no Brasil e o que ela significa para a Administração Pública contemporânea, a qual passou por um processo de constitucionalização.

Posteriormente, após a contextualização do cenário, passa-se ao objeto de estudo, dedicando parte relevante do ensaio a experiência da participação social no Brasil e a complexidade de suas implicações.

2. O processo peculiar da instrumentalização participativa no Brasil

Entender a participação no Brasil não é possível sem antes compreender, mesmo que sucintamente, o percurso político e econômico brasileiro recente.

Foi durante o século XX que as elites buscaram a modernização do país. Implementaram-na sobre um país rural, o que não impediu que em pouco tempo a *terra brasílis*

² O Decreto n.º 8243/2014 que instituiu a Política Nacional de Participação Social foi objeto de amplo debate político e atualmente tramita o Projeto de Decreto Legislativo n.º 1491/2014 que visa sustar os seus efeitos, já tendo sido aprovado na Câmara dos Deputados.

³ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120.

passasse a ser a décima economia industrial do mundo. Contudo, com a mesma proporção com que a modernização virava realidade, as vulnerabilidades sociais davam suas caras, o que conseqüentemente fez com que ao longo deste século o Brasil tenha se tornado um dos países mais desiguais do mundo.

Citam como exemplo desse fosso o fato de o aumento da população urbana não ter sido proporcional ao aumento da prestação de serviço público. Diz-se, ainda, que o processo de modernização, marcado por um viés weberiano, não deu conta das necessidades sociais do país. Mas, segundo Leonardo Avritzer⁴, são a tradição clientelista do país e o baixo nível de organização da população os responsáveis por essa situação.

Clientelista, de fato, foi a pecha dada ao Estado brasileiro por muito tempo. Trata-se de alcunha dada ao resultado do estabelecimento do regime representativo sobre uma estrutura econômica e social não adequada, caracterizado por uma manifestação do poder privado. Representando a troca de proveitos entre o poder público e os senhores de terra, o coronelismo se alimentou do regime representativo, utilizando o sufrágio universal como modo de alimentar o poder público, surgindo daí o mandonismo, o falseamento e a desorganização dos serviços públicos.⁵

Outrossim, consoante lições de Raymundo Faoro a formação do Estado brasileiro se deu através de um estamento patrimonialista que se regulou ao modo clássico de dominação política, instruído a se adequar às transformações perpetuando um exercício de poder que se delinea na apropriação de interesses privados.⁶

Ou seja, o arcabouço clientelista patrimonial resistiu à modernidade, utilizando-a como uma nova roupagem para perpetuação das velhas práticas já estabelecidas. Ocorre que aventada circunstância acentuou a desigualdade social que impera no Estado brasileiro, conduzindo a democracia mais para manutenção de privilégios particulares que na consecução de conquistas democráticas.

Essa circunstância remete, infelizmente, ao que Girardo Pisarello dispôs sobre a forma como a democracia exsurge na sociedade, isto é, como um elemento subordinado a outros que não são democráticos dentro da divisão de poderes da Constituição.⁷

Dentro desse cenário, a ideia de participação parte do outro flanco. Originando-se nos idos da década de 60 como uma insurgência das camadas populares, a preocupação era em construir uma sociedade justa, cujo ideário se viu concretizado somente décadas depois com a promulgação da Constituição Cidadã. Isso porque, antes dessa conquista, em

⁴ AVRITZER, Leonardo. **Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12479_cached.pdf. Acesso em: 10/09/2015.

⁵ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. O município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 43.

⁶ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. Rio de Janeiro / Porto Alegre / São Paulo: Editora Globo, 1958. p. 243.

⁷ PISARELLO, Gerardo. **Um largo termidor**. História e crítica do constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el partido de transición, 2012.

virtude da busca das elites em modificar os resultados de eleições, a quimera democrática estacionou estabelecendo-se a ditadura.⁸

E foi assim, por meio de uma manobra no seio da efervescência popular que o Estado conduziu o processo político das décadas seguintes através das vias autoritárias.⁹ Porém, no âmago deste cenário começam a fulgurar alguns movimentos sociais que trazem novos contornos a essa realidade e demarcam espaço para a abertura política do movimento democrático.

O processo de redemocratização no Brasil, portanto, inseriu novos atores na arena política, instituindo uma nova gramática social. Essa democracia que apareceu na década de 70 no sul da Europa chega a América Latina nos anos 80 inserindo a discussão sobre a democracia na relação entre procedimento e participação social. Essa nova gramática modificou as relações das minorias e do patriarcado com bens públicos o que ensejou um experimentalismo na esfera pública, transformando o Estado em um movimento social.¹⁰

Sendo assim, pode-se concluir que os métodos participativos têm intrínseca relação com os movimentos sociais e as práticas do movimento operário das décadas de 70 e 80, as quais podem ser compreendidas por meio de uma teoria de conflito social, apontando para formas de participação popular e da distribuição de bens públicos.¹¹

Com efeito, apesar de a década de 80 enfrentar duras perdas econômicas, o que fez com que fosse batizado de “a década perdida”, foram nesses anos que se viu um crescimento da organização popular e experiências de participação germinado.¹² O cenário subsequente foi o desenvolvimento de um cenário político que permitiu a realização de uma Assembleia Constituinte, que foi composta também pela participação da sociedade.

Este processo, “maculado pela origem da Assembleia Nacional Constituinte e por seu funcionamento legitimado pela participação popular” foi “capaz de estabelecer, se não um conceito concreto de democracia, um projeto democrático que traz para vida real fins democráticos”.¹³

Destarte, o marco distintivo dessa luta é, indubitavelmente, a promulgação da Constituição em 1988. Como meio de garantir os projetos propostos pelos movimentos sociais,

⁸ AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil, instituições representativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. **Dados**, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 3. p. 443-464, 2007.

⁹ AVRITZER, Leonardo. *Idem*.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

¹¹ PAOLI, M. C. Movimentos sociais no Brasil: em busca de um estatuto político. In: HELLMANN, M. (Org.). **Movimentos sociais e democracia no Brasil**. São Paulo: Marco Zero; Ildes Fes, 1995. p. 25-55.

¹² GURZA LAVALLE, Adrian. Após a participação: nota introdutória. **Lua Nova**, São Paulo, n. 84, p. 13-23, 2011. p.13.

¹³ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 280.

estabeleceu-se não só um Estado Democrático de Direito, como um Estado promotor de políticas públicas.

A cidadania, ao seu turno, sai remodelada, não se reduzindo aos direitos políticos, mas trazendo no seu bojo outros direitos, em especial os de segunda geração. A participação, assim, figura como uma ferramenta que proporciona a manutenção dos postulados revolucionários do processo de redemocratização, estabelecendo a ponte entre a Sociedade e o Estado, constituindo uma das conquistas democráticas inscritas na Constituição, batizada, não por acaso, de cidadã.

3. Constitucionalização do Direito Administrativo e o processo de participação administrativa

Embora o cerne do surgimento da Administração Pública e da Constituição tenham se dado com a mesma finalidade, isto é, a limitação do Estado, os caminhos trilhados por eles foram sobremaneira distintos¹⁴. Enquanto a primazia da soberania da lei sobre a Constituição representou a existência de uma Carta formal, na seara administrativa a edificação do Estado Liberal representou a soberania da lei sobre os cidadãos¹⁵.

Cabia neste momento ao Estado unicamente a proteção da liberdade e da propriedade dos indivíduos, na concepção de uma mínima atuação estatal. Assim, a malfadada origem milagrosa¹⁶ do Direito Administrativo, representou nada mais que o um mito, porquanto suas categorias jurídicas principais, como supremacia do interesse público, prerrogativas, discricionariedades, entre outros, serviram tão somente para a continuidade da reprodução das práticas do *ancien regime*.¹⁷

Em outras palavras: a teoria da Administração Pública centrava-se na administração e ignorava a sociedade, cujos sujeitos eram visualizados como súditos. Somente com o advento da doutrina do serviço público que se passa a enxergar o administrado no âmbito das relações com a Administração Pública. As *potestates*, contudo, ainda se faziam presente sendo que as prerrogativas da administração alicerçavam a relação entre o Estado e a Sociedade.

A visualização do administrado como um sujeito de direito, por conseguinte, foi sendo incorporado de maneira paulatina. Mas, conforme acima já observado, as transformações na ordem política e jurídica brasileira, deram-se com a Constituição Federal de 1988. Juridicamente, os efeitos do processo de redemocratização que culminou com o advento da Constituição, traduzem-se em “novo momento da dogmática e pensamento constitucionais

¹⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Op. Cit.* p.36.

¹⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de derecho administrativo**. t. I Buenos Aires: Thompson, 2006. p. 37.

¹⁶ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedida, 1977. p. 51.

¹⁷ BINENBOJM. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 10.

que, conquanto não uniforme, compila determinados avanços da teoria constitucional¹⁸. Desde então, preconiza-se pelo uso emancipatório¹⁹ da dogmática constitucional, falando-se numa verdadeira constitucionalização do direito. Citam como características da Constitucionalização do Direito²⁰, a irradiação dos seus valores por todo o ordenamento jurídico, a força normativa dos princípios com especial atenção aos direitos fundamentais²¹, a rejeição ao formalismo com novas técnicas interpretativas, como a ponderação²², o retorno da ética²³ a discussão jurídica, a relativização da separação de poderes e a judicialização da política.²⁴

Aventado desenho institucional impactou o direito como um todo, e, evidentemente sobre a Administração Pública. Substanciando a constituição em ação²⁵, ela necessitou se adequar a esse novo norte, o que exigiu não só a busca pela materialização dos Direitos insculpidos no sistema jurídico, mas, sobretudo, o respeito a eles, edificando-se sobre os princípios e valores constitucionais formais e substantivos.²⁶

A implicação na relação entre a administração e administrado é que este, de súdito, passou a cidadão, uma posição calcada no estabelecimento das garantias fundamentais. Tal exigiu a alteração do papel da Administração Pública, que teve que ir abandonando o modelo autoritário para se tornar um centro de “captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social”.²⁷

Outrossim, a partir da ideia de dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre a Administração Pública e

¹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 set. 2013.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2. imp. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013. p. 110.

²⁰ HESSE, Konrad *et alii*. **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996. p.115.

²¹ CARBONELL, Miguel. Prólogo In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **Neoconstitucionalismo y sociedad**. Serie justicia y derechos humanos. Quito (Equador): Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p.57.

²² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p.48.

²³ Autores usam a expressão “virada kantiana” para se referirem à influência de Kant no debate jurídico hodierno, assim como o abraço da ética e moral. Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 1999. p.249.

²⁴ “Há Judicialização da Política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política”. Desta maneira,, pode-se afirmar que a Judicialização da Política se consubstancia na apreciação e intervenção do Poder Judiciário em questões políticas. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Judicialização da Política. Público**. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/en/articles.php>>. Acesso em: 01 set. 2015.

²⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard **La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema**. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007. p. 25.

²⁷ BAPTISTA Patricia. *Op. cit.* p. 130.

o administrado²⁸, que dá concepção de administração da agressão, passa a ser visualizada como administração da prestação.

Por sua vez, os direitos fundamentais, alicerçados no texto constitucional, passam a balizar as ações do administrador público, fazendo com que o direito administrativo não deixe de ser analisado através de critérios de prerrogativas ou poder, mas no sentido de promoção e proteção desses direitos.²⁹

Nada obstante, o princípio da legalidade, pedra basilar do Direito Administrativo sofre uma importante alteração, transmutando de uma concepção estritamente legal, para um atendimento jurídico a todo ordenamento, levando a uma vinculação administrativa ao Direito.³⁰ Há, portanto, uma vicissitude da legalidade a juridicidade, isto é, a subordinação à constituição e à lei, nesta ordem³¹.

Some-se a esse contexto o fator das leis não serem mais a única fonte do direito. A ideia de administração como mero braço mecânico³² foi abandonada, porquanto a própria Administração Pública se tornou uma produtora de normas, assumindo a função de produzi-las por meio de regulamentos administrativos.³³

Segundo Patrícia Baptista, a nova configuração administrativa cumulada à crise de legitimidade democrática abriam espaço para o desenvolvimento da participação administrativa. Como o exercício da cidadania passou a ser premissa de primeira ordem, as formas de participação cumprem esse desiderato, ao possibilitar a defesa pelos próprios cidadãos dos interesses gerais da sociedade.

É por isso que a participação está intrinsecamente relacionada a democratização e efetivação dos direitos fundamentais.³⁴ Rodriguez-Arana Munoz também perfilha esse entendimento. Sustentando que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, a participação salta como o reconhecimento da dimensão social do cidadão, com a constatação que seus interesses transcendem o viés individual e são de toda a sociedade em conjunto. Para o autor, a participação resulta na verificação de que cada ser humano é dono de si mesmo, não se subsumindo a soberania estatal.³⁵

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* p. 22.

²⁹ BALBÍN, Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 137.

³⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa á juridicidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007. p. 15.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* p. 224.

³² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 121.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 1. Edição São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 145.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Idem.* p.132.

³⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012. p. 75.

Juridicamente, a participação administrativa ganha contornos por meio da Constituição, que autoriza a sua instrumentalização por meio de diversos dispositivos³⁶, sendo que o principal deles é o art.1º§ único. Portanto esse conteúdo axiológico de aproximação do cidadão a administração, a participação tem sido desde então festejada por toda a doutrina jurídica.

Atualmente, a preocupação com a participação no âmbito da Administração é tamanha, que o projeto de lei n.º349/2015 - elaborada por Carlos Ari Sundfeld e Floriano Marques de Azevedo - de inclusão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que estabelece disposições sobre a segurança e eficiência na criação e aplicação do direito público e tramita no Senado Federal dedica alguns dispositivos³⁷a inclusão no âmbito do direito público de formas de participação social.

O caráter prescritivo e descritivo jurídico da participação encontra-se desenhado. Porém, nem tudo são flores, e externalidades podem implicar consequências deveras apartadas daquelas almeçadas.

4. A participação na *práxis* brasileira: os riscos da participação apontados pela literatura e sua evidência no plano concreto

Seguindo esse raciocínio, isto é, **a)** processo de redemocratização, marcado por manifestações populares que defendiam as formas de participação; **b)** a participação como um *continuum* das lutas desses movimentos, como forma de efetivar os postulados constitucionais; **c)** a constitucionalização do direito administrativo que permite e se amolda a essa nova formatação estatal; a participação chegou a ser considerada a panaceia dos males da administração, resultando na euforia doutrinária sobre o tema.

Não se pode ignorar, contudo, a existência de alguns riscos da participação. Cabe analisá-los.

³⁶ Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

³⁷ Art. 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação o direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.

^{Art} 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será considerada na decisão. § 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.

4.1 A necessária atenção ao uso da participação social por projetos antagônicos

O primeiro dos riscos a ser citado é o excesso da retórica³⁸, já que ante a polissemia da locução, a definição do que vem a ser participação social não é concreta. Vale dizer: ante a indefinição do que ela é, ela pode se encaixar em qualquer discurso.

E, infelizmente, essa é uma realidade. A literatura revela que após a onda de redemocratização que resultou na promulgação da Constituição, o Brasil assistiu ao que se chama apatia dos movimentos sociais, porquanto durante toda a década de 90 viu-se a uma redução da sua temática, chamando o que se denominou de refluxo.³⁹

Nada obstante isso, o novo século trouxe novos atores sociais que foram incorporados à ideia de sociedade civil. Conforme acima já observado, os movimentos sociais que estiveram presentes na Assembleia Constituinte buscaram implementar um projeto democratizante e participativo. Para Evelina Dagnino esse processo culminou no reestabelecimento da democracia formal, por meio de eleições livres e também na ação conjunta de dois polos até então antagônicos, Estado e sociedade.⁴⁰

Porém, com a eleição de Fernando Collor em 1989, inseriu-se no Estado brasileiro o ajuste neoliberal, o que conseqüentemente trouxe um projeto de Estado mínimo mitigando o ideal conquistado preteritamente. Dá-se, conseqüentemente, um encolhimento da responsabilidade estatal por questões sociais e a sua transferência para a sociedade civil.

Outrossim, do Consenso de Washington adotou-se uma agenda para América Latina que inseriu reformas institucionais, para que essas diminuíssem suas amarras burocráticas, reduzindo gastos com funcionalismo, diminuindo a garantia dos direitos de segunda geração e liberalizando inúmeros setores para o mercado.⁴¹

Com efeito, a desconcentração e descentralização das atividades estatais que ocorreram na década de 90 com a Reforma do Estado, trouxeram a criação de novas entidades, organizações sociais (OSs), organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip's) e programas de parceria público-privado (PPP), entre outras alterações.

Mas, trata-se de caminho distinto daquele da década de 70 e 80, que privilegiava a politização das bases. Nessa *novel* formatação, a sociedade civil passa a atuar como gerenciadora de serviços sociais não se posicionando nem no mercado nem no Estado, mas compondo o chamado terceiro setor. Dentro desta perspectiva, o Estado deixa de prestar diretamente alguns serviços públicos e transfere a operacionalização desses para o setor privado, para entidades sem fins lucrativos.

³⁸ BAPTISTA, Patrícia. *op. Cit.* p. 147.

³⁹ DOIMO, Ana Maria. Perfil dos Movimentos Sociais e das ONGs na Grande Vitória em Meados dos Anos 90: A Face Integrativa em Tempos de Globalização. **SINAIS – Revista Eletrônica**, Vitória, vol. 1, n. 4, p. 225-275, dez. 2008.

⁴⁰ DAGNINO, Evelina. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. **Política & Sociedade**, Florianópolis, vol. 4, n. 5, p. 139-164, oct. 2004. p.139.

⁴¹ NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p.24.

É um panorama que reconfigura a concepção de movimento social no Brasil, gerando a criação de novos espaços de interlocução entre o Estado e a sociedade civil. Junto a isso, também se criam novas facetas, como o exercício da cidadania e a responsabilidade social do cidadão como um todo. Nesse contexto, visualiza-se a ampliação das ONGs com sua generalização nos espaços de participação e gestão de políticas públicas.⁴²

Ocorre que tal generalização fez com que se apontasse para uma crise dos movimentos sociais. Distintamente de outros países, no Brasil a “cidadania” não se limitou ao conjunto da população, mas teve um significado político, que passou a ser alvo das concepções neoliberais de cidadania, reduzindo o seu significado coletivo a um entendimento individualista. Estabelece-se uma relação entre cidadania e mercado, onde para se tornar cidadão deve se integrar ao mercado, como consumidor.⁴³

E é aí que se encaixa a abordagem crítica da incorporação da concepção de solidariedade aos vínculos neoliberais, o que acaba por subverter a participação.⁴⁴ Destarte, como agudamente observa Irene Nohara, no Brasil existe uma tensão entre “as políticas sociais de inclusão e a sangria desatada provocada pelas imposições dessa nova ordem excludente e pautada essencialmente nas forças desigualizadoras de um mercado orientado pela busca do lucro e pela acumulação acelerada de capital”.⁴⁵

As consequências deste panorama inscrevem-se naquilo alcunhado por Evelina Dagnino de confluência perversa, isto é, o encontro do projeto político democratizante, participativo com o projeto neoliberal.⁴⁶

Quer dizer, se por um lado a implementação de mecanismos de participação e o aumento de espaços públicos trazem um saldo positivo das lutas pela democratização, o processo de encolhimento do Estado e transferência de suas responsabilidades à sociedade civil representa a dimensão perversa dessas experiências. Assim, a participação da sociedade nas instâncias decisórias, defendidas por forças que apresentam o projeto participativo como mecanismo de aprofundamento democrático pode acabar servindo aos objetivos do projeto oposto.⁴⁷

E, a despeito de se apontar para direções antagônicas, ambos projetos requerem uma sociedade civil ativa e propositiva. A identidade de propósitos, contudo, é aparente, construída por meio de referências comuns, o que dificulta a sua observância, em especial para os atores civis envolvidos, que estão sedutoramente envolvidos. Esses dois lados acabam

⁴² GOHN, Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, vol. 13, n. 2, p. 20-31, maio/ago. 2004. p. 242.

⁴³ DAGNINO, Evelina. *Op. Cit.* p. 155.

⁴⁴ SCHERER-WARREN, Ilse, LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Situando o debate sobre movimentos sociais e sociedade civil no Brasil. **Política & Sociedade**, Florianópolis, n. 5, out. 2004.

⁴⁵ NOHARA, Irene. *Op. Cit.* p. 25.

⁴⁶ DAGNINO, Evelina. *Op. Cit.* p. 142.

⁴⁷ DAGNINO, Evelina. *Idem. Ibidem.*

disputando os significados de referências que parecem simples: participação, sociedade civil e democracia.⁴⁸

Rodrigo Horoschowski e Gisele Meirelles⁴⁹ expõem os desdobramentos complexos dessa disputa. Por exemplo, há aqueles que defendem que o empoderamento⁵⁰ deve se centrar na prestação de serviços, cujo pensando é balizado por concepções conservadoras. O empoderamento, para esses teóricos, significa o fortalecimento da esfera privada, representando a redução de despesa pública, impostos, entre outros. Combate-se, por revés, políticas e programas de bem-estar social.⁵¹

Um segundo grupo sugere o empoderamento como uma mobilização social defendendo que as ações sucedidas não só colaboram com os grupos excluídos na sua sobrevivência, mas sobretudo ultrapassam a barreira da assistência social e buscam a mobilização por meio de redes amplas, exercendo a *advocacy*.⁵²

Outra distinção é aquela sobre o papel da sociedade civil. Há uma primeira corrente que a vê como um local externo e independente do Estado e outra de leitura gramsciana que concebe de forma emancipatória a sociedade civil, que transformam grupos excluídos. Segundo Horoschowski e Meirelles o problema das primeiras práticas é que elas “pasteurizam o empoderamento ao retirar-lhe seu componente de conflito, mediante a despolitização da mudança e o controle desta pelo *status quo*” Horoschowski.⁵³

É aí que reside a chamada confluência perversa. Evelina Dagnino cita como exemplo dessa confluência a relação entre o Estado e as ONGs. Reconhecidas como entidades de competência técnica, com inserção social, elas são mediadoras da confiança entre a sociedade civil e o Estado. São vistas como parceiras ideais por setores estatais que buscam transferir suas responsabilidades para a sociedade civil.⁵⁴

No Brasil, assiste-se ao crescimento rápido e renovado das organizações não governamentais, bem como a emergência do terceiro setor e fundações empresariais, fundados

⁴⁸ DAGNINO, Evelina. *Idem. Ibidem*.

⁴⁹ HOROCHOVSKI, Rodrigo R.; MEIRELLES, Gisele. Problematizando o conceito de empoderamento. In: **Seminário Nacional de Movimentos Sociais, Participação e Democracia**, 2, 2007, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: UFSC, 2007. p. 485-506. p. 487.

⁵⁰ Em apertada síntese, pode-se definir empoderamento como um processo no qual os sujeitos que os compõe detém controle sobre suas vidas e participam do processo decisório de questões que afetam diretamente seu ambiente, aprofundando a democracia.

⁵¹ HOROCHOVSKI, Rodrigo R.; MEIRELLES, Gisele. Problematizando o conceito de empoderamento. In: **Seminário Nacional de Movimentos Sociais, Participação e Democracia**, 2, 2007, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: UFSC, 2007. p. 485-506. p. 487.

⁵² HOROCHOVSKI, Rodrigo R.; MEIRELLES, Gisele. Problematizando o conceito de empoderamento. In: **Seminário Nacional de Movimentos Sociais, Participação e Democracia**, 2, 2007, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: UFSC, 2007. p. 485-506. p. 487.

⁵³ HOROCHOVSKI, Rodrigo R.; MEIRELLES, Gisele. Problematizando o conceito de empoderamento. In: **Seminário Nacional de Movimentos Sociais, Participação e Democracia**, 2, 2007, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: UFSC, 2007. p. 485-506. p.491.

⁵⁴ DAGNINO, Evelina. *Op. Cit.* p. 143.

em filantropia. Por outro lado, movimentos sociais são dia-a-dia negligenciados. A sociedade civil reverte-se em ONGS e terceiro setor. Isso remete a uma ionização dos movimentos sociais e a cidadania se resume a um trabalho filantrópico, reduzido à solidariedade para pobres.⁵⁵

Esse panorama de imposições econômicas, heranças culturais e interesses particulares auxilia na visualização da emergência de uma sociedade civil - primeiramente constituída por movimentos sociais independente e em segundo por organizações não governamentais profissionalizadas - que deslocou o ativismo da cidadania para a solidariedade⁵⁶. Por sua vez, o Estado enxerga as ONGs como portadoras de representatividade, em razão dos vínculos que essas entidades possuem com determinados atores sociais.⁵⁷

Há quem diga que esse deslocamento de representatividade não é inocente. Evelina Dagnino cita como exemplo o Programa Conselho da Comunidade Solidária, criada no governo FHC, onde a representação da sociedade civil ocorria por meio de convites de pessoas conhecidas.⁵⁸

Celi Regina Jardim Pinto, em análise ao Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, implantado no primeiro ano do governo Lula, cujo escopo era a promoção de um espaço de deliberação de projetos do governo com a sociedade, revela que esse também incorreu em déficits. Mais uma vez ficou evidenciada a problemática da representatividade uma vez que a sociedade civil não foi representada pelas organizações, mas por pessoas conhecidas pelas lideranças, que foram escolhidas pelo Presidente o que não colaborou com o alargamento da representação.⁵⁹

Tratam-se, como se vê, de exemplos que mostram a dificuldade em operacionalizar os mecanismos participativos em um contexto político cuja marca sobre a sociedade civil se dá de maneira problemática não o vendo como ator no mecanismo decisório, mas sim como um local onde se transfere responsabilidade.⁶⁰

E é nesse contexto que se deve questionar o pensamento comum de que a sociedade civil é um polo de virtudes democratizantes ao passo que o Estado é a representação do mal. Isso porque, como se viu, o deslocamento da concepção original deste processo democratizante participativo se assistiu com melhor escala na redefinição de sociedade civil.

Destarte, segundo Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer, apesar de o projeto participativo ter sido promovido com o escopo de combater visões reducionistas

⁵⁵ Nesse sentido: DAGNINO, Evelina. *Op. Cit.*; PAOLI, M. C. *Op. Cit.* p. 25-55.

⁵⁶ PAOLI, M. C. *Idem.* p. 26.

⁵⁷ PAOLI, M. C. *Idem. Ibidem.*

⁵⁸ DAGNINO, Evelina. *Op. Cit.*

⁵⁹ PINTO, Celi Regina Jardim. A sociedade civil institucionalizada. **Política & Sociedade**, Florianópolis, n. 5, out. 2004. p. 104.

⁶⁰ FARIA, Claudia Feres. Do ideal ao real: as consequências das mudanças conceituais na teoria deliberativa. **Lua Nova**, São Paulo, n. 87, p. 63-81, 2012.

da política e da democracia, o ativismo social dos empresários contra a exclusão social é exemplo do ideal de participação cooptada por setores hegemônicos.

Os autores não negam o potencial de mobilização responsável em face da pobreza e oportunidades da população carente. Mas para eles essa mobilização aprofunda a exclusão social e desorienta a própria sociedade.⁶¹

Maria Célia Paoli remete essa situação ao que Hanna Arendt⁶² chama de produção humana supérflua, cujos indivíduos perdem voz e expressão na impossibilidade de participação, resumindo-se a naturezas descartáveis pelo desmonte do setor público. Para esses sujeitos não restam alternativas senão a esperança de serem capturados pela política compensatória das filantropias sociais organizadas no âmbito dos grupos da sociedade civil.⁶³

4.2 O riscos da participação social na Administração Pública

Para além do uso escuso da participação, a literatura aponta para alguns riscos inerentes as formas de participação. De acordo com análise de Rebecca Abers⁶⁴ existem três celeumas na participação. A primeira é a sua própria implementação, pois ainda quando os governos buscam implementar mecanismos participativos que não tenham como objeto grupos mais poderosos, esses detêm força para impedir a participação,

A segunda é a desigualdade, pois nada obstante os espaços criados para participação busquem atender a toda a população, as desigualdades socioeconômicas podem obstaculizar a participação de determinados grupos sociais. Finalmente, existe o problema da cooptação, vez que mesmo que os espaços de participação sejam representativos, o desequilíbrio entre o governo e os participantes, no controle da informação e de recursos, permite que a participação seja manipulada pelos membros do governo⁶⁵.

A cooptação desemboca nos conceitos de *underprotection* e *overintrusion*. *Overintrusion* significa a interferência excessiva de interesses mais fortes e organizados, e *underprotection* corresponde ao enfraquecimento dos indivíduos e grupos sociais menos mobilizados da sociedade, gerando um efeito contrário ao que se quer assegurar com o princípio da participação⁶⁶.

Vale dizer: existe na sociedade uma grande parte de interesses organizados e corporificados em associações, sindicatos, cartéis, partidos políticos, dentre outros, os quais se mostram interessados em participar da discussão pública.

⁶¹ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. *Op. Cit.* p. 52.

⁶² Nesse sentido: ARENDT, Hanna. **A Condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁶³ PAOLI, M. C. *Op. Cit.* p. 45.

⁶⁴ ABERS, R. From clientelism to co-operation: local government, participatory policy, and civic organizing in Porto Alegre, Brazil. **Politics & Society**, vol. 26, n. 4, p. 511-523, dec. 1998.

⁶⁵ SOUZA, Celina. Construção e consolidação de instituições democráticas: papel do orçamento participativo. **São Paulo Perspectiva**, São Paulo, vol. 15, n. 4, p. 84-97, 2001.

⁶⁶ BAPTISTA, Patrícia. *Op. Cit.* p. 162.

Os obstáculos que normalmente atingem os cidadãos comuns a participar das decisões administrativas não atingem esse grupo, que, ao contrário, possuem consciência da importância de sua participação no exercício da função administrativa para a satisfação dos interesses representados.

Desnecessário constatar que aventada situação pode ensejar desequilíbrio entre indivíduos e corporações sociais, especificadamente na possibilidade de intervenção em pleitos participativos. Assim, sob uma pretensa legitimidade, ocorre um verdadeiro sequestro da administração por interesses setoriais, em detrimento das demais categorias de interesses.

Os estudos enfocados em instrumentos locais evidenciam essa celeuma. Wagner de Melo Romão, em pesquisa realizada junto a Conselheiros do Orçamento Participativo de Osasco, observou que grande parte destes instrumentos são compostos por “*franjas* da sociedade política, situam-se em ascensão a ela, buscando melhor posicionamento no campo político local, no âmbito das disputas internas aos partidos e ao governo municipal”.⁶⁷

Celina Souza examinando os Conselhos locais, cujos diversos foram criados em razão de programas de financiamento internacionais, revelou que grande parte deles apenas reproduz o que as regras exigem, e que existe certo controle do prefeito sobre os membros desses conselhos.⁶⁸

Trata-se de informações relevantes que revelam o quão necessário é a participação dos atores sociais envolvidos nessas interfaces. A literatura é ciente da inerente assimetria nas relações entre os atores, delineada na preponderância de agentes estatais no processo participativo. Para alguns teóricos uma transformação nessa situação pode ocorrer mediante uma mudança no desenho institucional. Defende-se, assim, a efetiva e real participação de atores civis no processo de construção da esfera participativa.⁶⁹

Uma pesquisa realizada no Vale da Ribeira mostrou que o desenho institucional dos foros contribuiu na reprodução de coalizões político-partidária dentro da esfera participativa. Isso porque os agentes envolvidos nos fóruns definiram os critérios de organização, de escolha de representantes entre outras dinâmicas internas.⁷⁰

Por isso, fulcral identificar não só as condições de desenho dos espaços participativos como também os valores que vão balizar essas esferas e os atores que irão compor esses espaços. Além disso, deve-se observar o escopo desses foros participativos, que não são unívocos.⁷¹

⁶⁷ ROMÃO, Wagner de Melo. Conselheiros do orçamento participativo nas franjas da sociedade política. **Lua Nova**, São Paulo, n. 84, p. 353-364, 2011. p. 359-360.

⁶⁸ SOUZA, CELINA. *Op. Cit.*

⁶⁹ COELHO, Vera Schattan P.; FAVRETO, Arilson. Conexões entre participação, democracia e desenvolvimento: investigação dos impactos políticos e distributivos. In: GURZA LAVALLE, Adrian (Coord.). **O Horizonte da política**. Questões emergentes e agenda de pesquisa. São Paulo: UNESP, 2012.

⁷⁰ COELHO, Vera Schattan P.; FAVRETO, Arilson. *Idem.*

⁷¹ COELHO, Vera Schattan P.; FAVRETO, Arilson. *Idem.*

Essa discussão põe em mesa outra questão controversa, isto é, a relação entre atores políticos, sociais e o Estado. Marcelo Kunrath Silva e Gerson de Lima Oliveira⁷² expõem que a relação entre movimentos sociais, estado e partidos políticos é bem mais complexa do que aparenta.

Os autores sobrealçam que apesar de ser compreensível a análise nas décadas de 70 e 80 sobre os movimentos sociais como externos ao estado, já que representavam um viés alternativo ao autoritarismo, é um erro universalizar essa interpretação para os dias de hoje, pois “parcela significativa das organizações de movimentos sociais passou, nas últimas três décadas, por um marcante processo de inserção como membros efetivos (mesmo que, muitas vezes, subalternos) de redes de políticas públicas em praticamente todos os setores do Estado brasileiro”⁷³

Os autores destacam que as relações entre esses atores conformam-se por meio de um *continuum* que passa da exclusão legal completa dos movimentos sociais, perpassando por exclusão via normas societais, exclusão por leis, inserção mas na posição de marginalidade, inserção sem chance de influência até chegar a inclusão completa. Por isso a externalidade dos movimentos sociais figura como uma das formas de configuração desta relação⁷⁴.

A relação entre eles, por sua vez, pode se dar de três formas: independência, cooperação, e interpenetração. No primeiro há uma separação estanque entre a política institucional e não institucional, a segunda ocorre quando partido e movimento cada qual em seu território estabelece cooperação entre si e o último se dá quando as fronteiras entre partido e movimento social estão diluídos.⁷⁵

Marcelo Kunrath Silva e Gerson de Lima Oliveira salientam que um candidato político que faz parte de um movimento muda de foram substancial as oportunidades de acesso institucional do movimento como todo. Por isso, de acordo com os autores, esse trânsito no deslocamento de militantes entre movimentos e partidos substancia uma possibilidade efetiva dos movimentos sociais no Estado, que passa a ouvir determinadas questões que não seriam objeto de discussão tendo como voz unicamente os movimentos. 76

Como se vê, ante a complexidade do tema, a análise da correlação entre a existência de atores políticos no âmbito das interfaces socioestatais de modo algum pode partir do pressuposto que qualquer tipo de relação nesse sentido é maléfica para o incremento da participação. Ao revés, como visto, existem casos nos quais é justamente em razão da

⁷² SILVA, Marcelo Kunrath; OLIVEIRA, Gerson de Lima. A face oculta (da) dos movimentos sociais: trânsito institucional e intersecção Estado – Movimento – uma análise do movimento de Economia Solidária no Rio Grande do Sul. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, vol. 13, n. 4, p. 86-124, set./dez. 2011. p. 89.

⁷³ SILVA, Marcelo Kunrath; OLIVEIRA, Gerson de Lima. *Idem. Ibidem.*

⁷⁴ SILVA, Marcelo Kunrath; OLIVEIRA, Gerson de Lima. *Idem.* p. 92.

⁷⁵ SILVA, Marcelo Kunrath; OLIVEIRA, Gerson de Lima. *Idem.* p. 95.

⁷⁶ SILVA, Marcelo Kunrath; OLIVEIRA, Gerson de Lima. *Idem.* p.108.

maleabilidade dos agentes em percorrer diversas esferas que se permite o aprofundamento da democracia.

Por isso, não há como se estabelecer *a priori* uma cooptação do Estado somente por sua participação nos mecanismos de participação, que aponta para outras condicionantes mais relevantes, a exemplo do grau de influência do cidadão no processo decisório.

5. À guisa de conclusão

O processo de redemocratização aliado à crise de legitimidade democrática fez com que o fenômeno da participação social não só fosse festejado, mas, sobretudo, implementado no Brasil.

Mas, como visto, a instrumentalização das formas de participação tem se dado no meio de um ambiente perverso, no qual dois projetos antagônicos buscam operacionalizar seus escopos por meio dos mesmos recursos, isto é, a participação, a sociedade civil e a democracia.

Por isso, apesar da participação ter surgido como louro das lutas dos movimentos sociais no processo de redemocratização, ela está sendo incorporada como meio de perpetuação do poder por setores da sociedade que se distanciam do escopo inicial.

Com efeito, em atenção ao percurso histórico brasileiro, pode-se sugestionar que, mais uma vez, assiste-se no seio da ordem brasileira, tal como agudamente observado por Raymundo Faoro, a tentativa de perpetuação do estamento patrimonialista, que se adequa as especificidades do momento contemporâneo e segue, sob a aparência da legitimidade, a manter a crassa distinção entre os representantes e representados.

Tal constatação serve de alerta para que se analise com reservas o uso desenfreado de mecanismos de participação. O fundamental nessa análise é a busca por mecanismos que assegurem ao cidadão a voz e presença nos locais participativos, e que esses não se transformem em objeto das práticas assistencialistas.

Ademais, é importante ter em mente que nem sempre a atuação de agentes políticos no âmbito da participação pode influir de maneira negativa. Ao revés, há forte possibilidade de haver uma maior atenção ao reclamo do movimento social cujos partícipes também passem por partidos políticos.

Sendo assim, depreende-se que, para haver um aprofundamento da democracia, é preciso que o cidadão não seja só parte, mas protagonista da história. Ainda assim, mesmo com todas as adversidades e riscos inerentes, a participação é indeclinavelmente uma forma de trazer para a arena política o cidadão, e assim diminuir a crassa distinção entre representante e representado. Como se diz por aí, nada como a democracia para aprofundar a democracia.

6. Referências

- ABERS, R. From clientelism to co-operation: local government, participatory policy, and civic organizing in Porto Alegre, Brazil. **Politics & Society**, vol. 26, n. 4, p. 511-523, dec. 1998, p.511-23
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ARENDT, Hanna. **A Condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009.
- AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil, instituições representativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. **Dados**, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 3. p. 443-464, 2007.
- AVRITZER, Leonardo. **Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12479_cached.pdf. Acesso em: 10/09/2015.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BINENBOJM. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- BRASIL. **Presidência da República. Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014**. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 26 maio 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm. Acesso em: 20/07/2015.
- BRASIL. **Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º 349/2015**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em 10/09/2015.
- CARBONELL, Miguel. Prólogo In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **Neoconstitucionalismo y sociedad**. Serie justicia y derechos humanos. Quito (Equador): Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- COELHO, Vera Schattan P, FAVRETO, Arilson. Conexões entre participação, democracia e desenvolvimento: investigação dos impactos políticos e distributivos. In: GURZA LAVALLE, Adrian (Coord.). **O Horizonte da política**. Questões emergentes e agenda de pesquisa. São Paulo: UNESP, 2012.
- DAGNINO, Evelina. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. **Política & Sociedade**, Florianópolis, vol. 4, n. 5, p. 139-164, oct. 2004.
- DOIMO, Ana Maria. Perfil dos Movimentos Sociais e das ONGs na Grande Vitória em Meados dos Anos 90: A Face Integrativa em Tempos de Globalização. **SINAIS – Revista Eletrônica**, Vitória, vol. 1, n. 4, p. 225-275, dez. 2008.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de derecho administrativo**. t. I Buenos Aires: Thompson, 2006.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FARIA, Cláudia Feres. Do ideal ao real: as consequências das mudanças conceituais na teoria deliberativa. **Lua Nova**, São Paulo, n. 87, p. 63-81, 2012.
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. Rio de Janeiro / Porto Alegre / São Paulo: Editora Globo, 1958.
- GOHN, Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, vol. 13, n. 2, p. 20-31, maio/ago. 2004.
- GURZA LAVALLE, Adrian; VERA, ERNESTO ISUNZA. A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability. **Lua Nova**, São Paulo, n. 84, p. 353-364, 2011.

- HESSE, Konrad *et alii*. **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996.
- HOROCHOVSKI, Rodrigo R.; MEIRELLES, Giselle. **Problematizando o conceito de empoderamento**. II Seminário Nacional de Movimentos Sociais, Participação e Democracia. Abril de 2007, UFSC, Florianópolis.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. O município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, vol. 1, n. 1, p. 63-93, 2009.
- NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.
- PAOLI, M. C. Movimentos sociais no Brasil: em busca de um estatuto político. In: HELLMANN, M. (Org.). **Movimentos sociais e democracia no Brasil**. São Paulo: Marco Zero; Ildes Fes, 1995.
- PINTO, Celi Regina Jardim. A sociedade civil institucionalizada. **Política & Sociedade**, Florianópolis, n. 5, out. 2004.
- PISARELLO, Gerardo. **Um largo termidor. Historia e crítica do constitucionalismo antidemocrático**. Quito: Corte Constitucional para el partido de transición, 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 48, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-40, abr./jun. 2012.
- ROMÃO, Wagner de Melo. Conselheiros do orçamento participativo nas franjas da sociedade política. **Lua Nova**, São Paulo, n. 84, p. 353-364, 2011.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SCHERER-WARREN, Ilse, LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Situando o debate sobre movimentos sociais e sociedade civil no Brasil. **Política & Sociedade**, Florianópolis, n. 5, out. 2004.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 set. 2013.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard **La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema**. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- SILVA, Marcelo Kunrath, OLIVEIRA, Gerson de Lima. A face oculta (da) dos movimentos sociais: trânsito institucional e intersecção Estado – Movimento – uma análise do movimento de Economia Solidária no Rio Grande do Sul. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, vol. 13, n. 4, p. 86-124, set./dez. 2011.
- SOUZA, CELINA. Construção e consolidação de instituições democráticas: papel do orçamento participativo. **São Paulo Perspectiva**, São Paulo, vol. 15, n. 4, p. 84-97, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 1. Edição São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- TATAGIBA, Luciana, BLIKSTAD, Karin. “Como se fosse uma eleição para vereador”: dinâmicas participativas e disputas partidárias na cidade de São Paulo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 94, p. 255-294, 2015.
- TATAGIBA, Luciana, TEIXEIRA, Ana Cláudia Chaves. In: BLIKSTAD, Karin (Org.). **Participação e Democracia: velhos e novos desafios**. Proto Alegre: Civitas, 2006.
- TEIXEIRA, Ana Cláudia. A atuação das Organizações Não-Governamentais: entre o Estado e o conjunto da sociedade. In: EVELINA DAGNINO (Org): **Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil**. São Paulo: Unicamp e Paz e Terra, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA ESTRATÉGICA: A PROSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS (HORIZONTAIS) POR MEIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*

THIAGO LIMA BREUS**

*O governo não é um contratante como outros contratantes. Nenhum contratante tem exatamente o mesmo em jogo. Nenhum contrato entre partes privadas está tão profundamente envolvido nas políticas, na política e na economia do país inteiro.****

Sumário: 1. Introdução; 2. A dimensão significativa da Contratação Pública no PIB de todos os países; 3. A prossecução de políticas públicas por meio da contratação pública contemporânea: a estruturação da contratação pública estratégica; 4. A questão terminológica: Políticas acessórias, secundárias e/ou horizontais?; 5. A “descoberta” contemporânea da relevância socioeconômica da contratação pública e o aproveitamento de suas externalidades positivas; 6. A instrumentalização da contratação pública como forma de re-funcionalização dos contratos públicos a partir da introdução de fins acessórios, secundários e/ou horizontais; 7. Críticas à prossecução de políticas públicas por meio dos contratos públicos; 8. Conclusões; 9. Referências.

1. Introdução

Nos últimos anos, observa-se a crescente adesão à ideia de *administração por contrato*¹ na qual o contrato público-administrativo assume um papel efetivamente protagonista

* Artigo oriundo do trabalho classificado em 2º lugar na Sessão de Comunicados Científicos do Seminário Direito Administrativo e suas Transformações Atuais: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho e classificado em 2º lugar no Concurso de Artigos Jurídicos Prêmio Professor Romeu Felipe Bacellar Filho.

** Professor Adjunto de Gestão Pública (Estado, Direito e Administração Pública) da UFPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professor de Direito Administrativo do IFPR. Advogado. Foi professor de direito administrativo da UEPG e Assessor Jurídico do TCE/PR.

*** WHELAN, John W.; PEARSON, Edwin C. Underlying values in government contracts. **Journal of Public Law**, n. 10, p. 298-344, sep./dec. 1961. p. 312

¹ Sobre a atividade de “administrar por contratos” ver a obra de: AUBY, Jean-Bernard. Comparative approaches in the rise of contract in the public sphere. **Public Law**, n. 40, mar./jun. 2007. p. 41.; e FREEDLAND, M. Government by Contract and public law. **Public Law**, n. 86, 1994. p.89.

no exercício da atividade governamental,² a ponto de se bem destacar que, “na Administração Pública atual, administrar é, sobretudo, contratar”.³

De ferramenta e/ou engrenagem destinada prioritariamente ao atendimento imediato das necessidades de custeio e de utilidades para a gestão pública, o contrato público passa a ser empregado, sobretudo, como mecanismo de regulação da colaboração dos particulares com a Administração para a consecução de finalidades públicas,⁴ isto é, os contratos deixam de funcionar tão-só como instrumento técnico-jurídico para o exercício de atividades-meio e passam a servir diretamente para a prossecução de atividades-fim.⁵

Neste movimento, surgem aplicações consideradas “inovadoras”⁶ para o contrato na gestão pública, destacando-se o emprego sistemático de formas de externalização (*contracting out*, *outsourcing*) de funções públicas, o recurso à contratação interna (contratação *in house*) entre entidades da Administração Pública,⁷ a utilização do contrato como instrumento de regulação pública⁸ e como substitutivo de sanções administrativas, tais como os acordos substitutivos nas sanções regulatórias, os termos de ajustamento de conduta, os compromissos de cessação de prática na esfera concorrencial, dentre outros.

O reconhecimento da ascensão do contrato⁹ como instrumento fundamental de governo impõe ao Direito Administrativo contemporâneo o desafio de se amoldar a essa nova arquitetônica administrativa, na qual a proliferação do contrato demanda uma cultura

² Cf. COOPER, Phillip J., **Governing by contract: challenges and opportunities for public managers**. Washington: CQ Press, 2003. p. 46.

³ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Apresentação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. (Coord.) **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 13.

⁴ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. **Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo**. Coimbra: Coimbra editora, 2001. p. 01.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo vol. 29, n. 107, p. 74-86, dez. 2009. p.74.

⁶ VINCENT-JONES, Peter. **The new public contracting: regulation, responsiveness, relationality**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 3.

⁷ No Brasil, a contratação interna pode ser exemplificada nos contratos de gestão. O fenômeno relativo à governança por contratos internos é exaustivamente delineado por DAVIES, Ane. DAVIES, Ane. **Accountability: a public law analysis of government by contract**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 34 e seguintes.

⁸ Cf. GONÇALVES, Pedro. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra editora, 2013. p. 14 e seguintes.

⁹ De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho “o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado, nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 279.

administrativa apta a compatibilizar tanto o consenso¹⁰ que o instituto contratual reclama, quanto a autoridade da Administração, que a finalidade pública pressupõe.¹¹

Se, de um lado, a finalidade pública contratualizada deve ser alcançada, o que funciona como justificativa para uma certa posição jurídica *sobranceira* da Administração em relação ao contratado¹²; de outro, esses poderes podem pôr em causa a evolução da relação contratual tal como inicial e consensualmente idealizada, ensejando a todos danos emergentes, inclusive à própria Administração.¹³ Portanto, a adequada conformação entre a “lógica da função” e a “lógica do contrato” nestas relações jurídicas é um imperativo atual, pois a assimetria jurídica entre os contratantes ainda pode ser considerada o “ponto dramático”¹⁴ dos contratos públicos. O presente estudo pressupõe a necessidade de adequação jurídica entre essas duas “lógicas” no direito contratual público, mas pretende ir além no exame das categorias jurídicas que conformam a contratação pública contemporânea, em especial, no seu emprego como mecanismo de prossecução de políticas públicas, conforme abaixo.

2. A dimensão significativa da Contratação Pública no PIB de todos os países

Atualmente, os contratos públicos representam dimensão indiscutível do PIB (Produto Interno Bruto) de todos os países. De acordo com Nuno Cunha Rodrigues, “em países em vias de desenvolvimento e em economias em transição com setores econômicos privados subdesenvolvidos, a proporção dos contratos públicos em relação ao PIB pode ser de 40%”.¹⁵ Nos Estados Unidos, os contratos públicos equivalem a cerca de 20% do PIB anual. Em 2009, na União Europeia, a contratação pública correspondeu a 19,4% do PIB de 27 países membros.¹⁶

¹⁰ Nesse sentido, destaca Pedro Costa Gonçalves que “(...) o contrato administrativo continua bem actual e, surpreendentemente, a dualidade em que ele sempre se baseou – consenso e autoridade – é até um dos sinais distintivos do direito administrativo do nosso tempo.” GONÇALVES, Pedro Costa. **O Contrato Administrativo: Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo.** Coimbra: Almedina, 2002. p. 09 e seguintes.

¹¹ Nesse passo, aduz Odete Medauar que “(...) no quadro de atenuação do caráter unilateral e impositivo do agir administrativo, no pano de fundo da efetivação da democracia no exercício do poder, na esteira da busca do diálogo, do consenso, da negociação, do acordo, da mediação, emergiram *técnicas contratuais*, também denominadas *consensuais* ou *convencionais* ou *cooperativas* ou *colaborativas*, cujas características fogem a vários elementos dos contratos administrativos clássicos. In: MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, vol. 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

¹² Cfr.: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 628.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: Reflexões iniciais a partir dos 10 anos da lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coords.). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.** São Paulo: Editora RT, 2015., p. 40.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: Reflexões iniciais a partir dos 10 anos da lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coords.). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.** São Paulo: Editora RT, 2015. p. 40.

¹⁵ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A Contratação Pública como instrumento de política econômica.** Coimbra: Almedina, 2013. p. 14.

¹⁶ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A Contratação Pública como instrumento de política econômica.** Coimbra: Almedina, 2013. p. 193-194.

No Brasil, excetuados os contratos públicos de parceria, concessão e permissão de serviços públicos, as compras públicas (aquisições de bens e serviços) da União, Estados e Municípios representaram aproximadamente 6,7% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2007. Em 2012, as compras da Administração representaram mais de 10% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro. Incluídos todos os arranjos contratuais dos quais o Estado brasileiro participa, alcança-se o índice de 21,5% do PIB de 2012¹⁷, de modo que, nos últimos anos, verifica-se um crescimento vertiginoso da participação da contratação pública em relação ao montante total da riqueza produzida anualmente no país.

A contratação pública tem funcionado, ademais, como base e forma de financiamento de todos os grandes investimentos atuais em infraestrutura, como portos, aeroportos, rodovias, energia elétrica, gasodutos *etc*, assim como nos planos de mobilidade e de urbanização. Por conseguinte, a verificação de que, no mundo em geral e no Brasil em particular, “*contracting out is in*”¹⁸ é irrefutável. A mera constatação quantitativa do fenômeno, porém, diz pouco. É impositivo que sejam examinados os efeitos e as consequências da ampliação da contratação pública como mecanismo de ação estatal *propriamente dito* e não apenas como atividade instrumental.

Por meio de contratos públicos de concessão, por exemplo, o Estado transfere a responsabilidade direta da prestação do serviço, mas, por igual, retém o controle das variáveis atinentes ao cumprimento do contrato. Nestes contratos incidem elementos políticos, econômicos, jurídicos e sociais nos quais o Estado, inequivocamente, deve se fazer presente, regulando, controlando, assegurando e garantindo os direitos e obrigações dos protagonistas do serviço: tanto os prestadores (e/ou fornecedores), quanto os usuários e cidadãos.

Esses contratos não se limitam a estabelecer o conteúdo das obrigações ou a prestação objeto do contrato. Eles vão além, pois determinam, ao mesmo tempo, as condições em que devem se desenvolver as prestações, as metas de qualidade e extensão do serviço a ser prestado, os pagamentos a serem feitos, a modernização e permanente atualização dos meios materiais e técnicos relativos à prestação, as tecnologias a serem empregadas *etc*.¹⁹

É nesse modelo de Administração Pública que exsurge a figura de um contrato público, no qual, paralelamente ao seu escopo nuclear, são adicionadas finalidades contratuais acessórias ou suplementares, transversais ou horizontais, ao objeto primeiro das prestações contratuais, mas igualmente presente no bojo e no contexto da sua celebração.²⁰ Portanto, diante da sua relevância contemporânea, torna-se possível o recurso à contratação pública

¹⁷ Cf. Relatório de Contas Nacionais Trimestrais do IBGE, referência PIB - 2013.

¹⁸ GREVE, C; EJESRBO, Niels. **Contracts as reinvented institutions in the public sector: a cross-cultural comparison**. Westport: Pareger Publishers, 2005. p. 2.

¹⁹ DROMI, Roberto. **Ecuaciones de los contratos públicos**. 2. ed. Buenos Aires – Madrid – Mexico: Hispania libros, 2008. p. 87.

²⁰ GONÇALVES, Pedro. A regulação do mercado da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 201-208, mar./ago. 2013.

para a realização de outras finalidades públicas, para além da obtenção de bens e serviços para a Administração.

3. A prossecução de políticas públicas por meio da contratação pública contemporânea: a estruturação da contratação pública estratégica

A contratação pública se converte, nessa conjuntura, como uma (nova) oportunidade para o Estado desenvolver finalidades públicas que, até então, seriam realizadas por outros meios tradicionais de ação estatal, tais como políticas públicas realizadas pelos próprios agentes estatais. Vale dizer, a Administração pode pretender a adjudicação de um objeto primário, como uma obra pública, a obtenção de um bem, a prestação de um serviço público ou a exploração de um empreendimento e, simultaneamente, a promoção também de fins paralelos ao do contrato, tais como, a inovação, a preservação ambiental, o desenvolvimento da produção industrial, a melhoria do emprego, da saúde pública, das condições sociais e, em especial, a inclusão de grupos hipossuficientes.²¹

A inserção de finalidades paralelas à pretensão original não tem o condão de desnaturar a avença celebrada. Ao contrário, a partir delas é possível a reafirmação da “lógica da função” pública, também na esfera do instrumento contratual. Nesse sentido, exsurge a possibilidade do emprego em sentido *lato* do contrato público como instrumento de governo ou de gestão pública. De fato, essa noção almeja transcender o papel do contrato como mera ferramenta administrativa, tornando-o própria missão ou tarefa estatal.

Da noção tradicional, portanto, de que o Estado recorreria ao mercado para (i) adquirir bens e serviços indispensáveis para o desempenho de seus encargos institucionais; (ii) edificar obras de infraestrutura necessárias para a prestação de serviços públicos, atividades de regulação, fomento etc. e (iii) prestar serviços públicos, sob o modelo de gestão do *governo por contrato(s)*, são adicionadas a realização de finalidades contratuais suplementares, não diretamente relacionadas ao objeto primeiro das prestações contratuais, mas presente no bojo e no contexto da celebração do contrato.²²

Nos últimos anos, paralelamente às finalidades contratuais tradicionais, em especial, a obtenção de uma contratação vantajosa, isonômica e transparente, foram-se somando novas preocupações, denominadas também de *metacontratuais*,²³ de forma que as contratações públicas, a par de seus objetivos *imediatos*, passaram a servir também como instrumento de realização *mediata* das mais variadas políticas públicas voltadas à prossecução de demandas morais da sociedade, com fundamento no ordenamento jurídico.

²¹ RODRIGUES, Nuno Cunha. A Contratação... *Op. Cit.* p. 19.

²² GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 201-208, mar./ago. 2013.

²³ CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. *Tratado de Direito Administrativo*. (Coord.: Maria Sylvania Zanella Di Pietro). vol. 06. Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 43.

Logo, com a inserção de políticas públicas *suplementares* na contratação pública, ela passa a se consagrar como um instrumento interventivo estatal dirigido (*targeted procurement*²⁴) para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários à satisfação dos entes estatais. Atualmente, inclusive no Brasil, uma série de iniciativas administrativas e legislativas têm buscado impulsionar cada vez mais a utilização de contratos públicos para a satisfação de objetivos extracontratuais, com destaque à *idée-force* do *desenvolvimento nacional sustentável* e sua multidimensionalidade.²⁵

Parte-se da premissa de que, além de agente normativo e regulador da ordem econômica, o Estado também é consumidor de bens, serviços, obras, dentre outros. Ao se tomar parâmetros de sustentabilidade como critério para as compras que realiza, o Estado passa não apenas a redefinir padrões de consumo, mas também a “(...) impactar diretamente na reorganização do mercado, à medida que inaugura ou potencializa um nicho de mercado, influenciando a opinião pública e decisões empresariais, de modo a influenciar os padrões gerais de demanda”.²⁶

Vislumbra-se, assim, que as contratações públicas passam a atuar como instrumentos regulatórios,²⁷ vale dizer, o contrato público deixa de ser considerado exclusivamente objeto de regulação (caso em que a regulação ocorre por agência) e passa a funcionar, *per se*, como mecanismo de regulação pública (caso em que a regulação ocorre também por meio do próprio contrato público).²⁸

Como consequência disso, a inserção de finalidades acessórias no âmbito da contratação pública pretende o aproveitamento e, mais, a própria “internalização”, na medida das possibilidades jurídicas, sociais e econômicas, das chamadas “*externalidades positivas*” (*spillover effects*) como escopo do próprio contrato²⁹ Com a compatibilização entre as finalidades contratuais e as externalidades internalizadas, “o contrato tenderá a fixar relações ‘preços-quantidades’ que se aproximam do ótimo social”.³⁰

A despeito da possibilidade de internalização das externalidades positivas, há muitas questões a serem acertadas no campo da contratação pública, em especial, a partir da sua

²⁴ SCHOONER, Steven L.; GORDON, Daniel I.; CLARCK, Jessica L. **Public Procurement Systems: Unpacking Stakeholder Aspirations and Expectations** (Working Paper). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2014385>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

²⁵ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 25 e seguintes.

²⁶ DE PALMA, Juliana Bonacorsi; PEDROSO JÚNIOR, Nelson Novaes. Licitações Sustentáveis. In: LIMBERGER, Têmis (Coord.). **Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública**. v. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p.175.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 07.

²⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação Administrativa e Contrato. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, vol. 9, n. 35, jul-set.2011. p. 124 e seguintes.

²⁹ CAMPOS, Diogo Duarte de. A Admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de fatores ambientais e sociais. In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 127 e seguintes.

³⁰ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 553.

colocação como instrumento de ação estatal destinada à satisfação de direitos fundamentais. As questões mais complexas hoje dizem respeito a: (i) como integrar as considerações ambientais, sociais e tecnológicas sem desnaturar a própria contratação pública e (ii) qual seria o grau ótimo de integração destas considerações nas contratações públicas?³¹

Nesse sentido, para além da visão (ainda corriqueira) a propósito da contratação pública levada a efeito desde uma perspectiva meramente instrumental, burocrática e estrita da economicidade,³² cuja finalidade se cinge a salvaguarda privativa da maior vantagem exclusivamente econômica (*best value for money*), a contratação pública deve ser visualizada como uma ferramenta a serviço do cumprimento efetivo dos fins constitucionais estatais e das políticas necessárias à sua concretização, isto é, devem ser integradas à prossecução do *value for money* considerações oriundas do *best social value*.³³

A compatibilização entre eles não é simples. Ela requer uma visualização ampliada das finalidades da contratação pública e do próprio processo de seleção do contratado, que irá fornecer o produto, prestar o serviço à própria Administração ou diretamente ao usuário. A visão, baseada na legislação atualmente aplicável, de que a licitação se destina à realização da contratação *mais vantajosa* permanece. A compreensão, todavia, do que vem ser considerada a *maior vantagem* é que precisa corresponder às demandas da sociedade e aos deveres estatais contemporâneos.³⁴

4. A questão terminológica: Políticas acessórias, secundárias e/ou horizontais?

O contrato público, independentemente de seu objeto imediato, seja a obtenção de um bem ou um serviço, seja a contratação de uma obra ou a concessão de um serviço público, deve ser considerado *vantajoso* e assegurar a *isonomia*.³⁵ Além destas finalidades imediatas, *intracontratuais* ou microeconômicas, podem ser acrescidas outras finalidades mediatas, *extracontratuais* ou macroeconômicas. Em princípio, por se tratarem de finalidades inerentes à gestão pública e inseridas no escopo de atribuições constitucionais atribuídas ao Estado, elas têm sido designadas genericamente por políticas públicas dos mais variados matizes: ambientais, sociais, culturais, de desenvolvimento, tributárias, de fomento

³¹ ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos**: Por uma Contratação Pública Sustentável. Coimbra: Almedina, 2013. p. 417.

³² FELIÚ, José María Gimeno. Compra pública estratégica. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alli* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013. p. 45.

³³ ESTORNINHO, Maria João. Curso... *Op. Cit.* p. 418.

³⁴ De acordo com Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, a “proposta mais vantajosa não necessariamente se refere à obtenção do menor preço, podendo a licitação servir de legítimo veículo para concretização de valores constitucionalmente protegidos”. GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações Públicas Sustentáveis. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012. p. 232.

³⁵ Eis o escopo inicialmente estabelecido para a licitação, como instrumento de seleção do particular para a contratação com o poder público no Brasil, na redação originária da Lei nº 8666/1993: a garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. A Lei nº 12349/2010 atribuiu nova finalidade às licitações, considerada uma política pública horizontal, conforme adiante será expandido neste mesmo capítulo.

ou promocionais, dentre outras. A própria contratação pública *per se* tem sido considerada uma política pública.³⁶

Como, em princípio, elas não constituiriam o objeto central da avença celebrada com o particular, essas políticas públicas têm sido adjetivadas como acessórias, secundárias e/ou horizontais, ou ainda, transversais³⁷, suplementares, adicionais ou colaterais.³⁸ Há ainda a denominação de políticas públicas agregadas (contratação pública agregada).³⁹

Para os fins do presente estudo, adota-se a nomenclatura *políticas públicas horizontais*, uma vez que, consoante Sue Arrowsmith, a noção de políticas acessórias e/ou secundárias induziria, ainda que de modo implícito, à ideia de se estar diante de políticas de menor relevância ou expressão frente às buscadas imediatamente pelo contrato.⁴⁰ Em diversos casos, há paridade entre elas e, em outros, é possível se denotar que a Administração se utiliza da contratação pública com o objetivo primeiro de concretizar a *política horizontal* e não o contrário. A definição do que constitui o objeto do contrato permite a inclusão de aspectos ambientais e sociais e outros que assumirão uma natureza principal e não meramente acessória. Por isso, pode-se afastar a terminologia de políticas secundárias. Em grande parte das contratações, elas se tratam de políticas principais. Aí se pode estar diante de contratos com finalidades múltiplas.

A título de exemplo, destaca-se que, com o objetivo de minimizar os efeitos da depressão no pós-1929, os EUA lançaram mão do *Buy American Act*, a partir do qual contratação pública se destinou antes a estimular a economia interna e, portanto, a promover a recuperação econômica, do que à aquisição de bens e produtos de origem nacional.⁴¹

No Brasil, é possível também exemplificação nesse sentido. A lei nº 8.666/93 teve a sua redação sistematicamente modificada para ampliar as hipóteses de dispensa de licitação. Em 1994, foram incluídas cinco hipóteses de dispensa de licitação, sendo duas delas de incentivo: dispensa de licitação para aquisição de material gráfico produzido por entidades administrativa criada com esta finalidade específica, a exemplo da Imprensa Nacional (artigo

³⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La contratación del sector público como política pública. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alli* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013. p. 32 e seguintes

³⁷ BLAY, Miguel Ángel Bernal. El desarrollo de políticas activas de empleo através de los contratos públicos. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alli* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013. p. 163 e seguintes.

³⁸ De acordo com Nuno Cunha Rodrigues, na Europa eles têm sido chamados por “secondary policies” e nos EUA por “collateral policies”. Cfr. RODRIGUES, Nuno Cunha. A Contratação... *Op. Cit.* p. 202.

³⁹ CANO, Carlos Aymerich. Crisis Económica y Contratación Pública. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alli* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013. p. 92.

⁴⁰ ARROWSMITH, Sue. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, Sue; KYUNZLIK, Peter (Orgs.) **Social and Environmental Policies in EC Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 21.

⁴¹ TRIONFETTI, Frederico. Discriminatory Public Procurement and International Trade. **The World Economy**, vol. 23, n. 1, p. 57-76, jan. 2000.

24, inciso XVI); e contratação direta de associação de portadores de deficiência para prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra (artigo 24, inciso XX).

A partir de então, dos 11 novos casos de dispensa de licitação previstos na Lei 8.666/1993, apenas dois não tratavam de incentivo. Todos os demais tinham por finalidade última promover o desenvolvimento de alguma atividade ou instituição específica. Ademais, merece destaque que, doravante, os dispositivos passaram a ser naturalmente visualizados em seus correspondentes contextos de política pública.

Deste modo, as seguintes políticas públicas ensejaram a criação de novas hipóteses de dispensa na Lei de Licitações: Política de Incentivo à Inovação e Pesquisa Tecnológica (Lei 10.973/2004); Política de Consórcios Públicos (Lei 11.107/2005); Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS (Lei 11.484/2007); Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária – PNATER (Lei 12.188/2010); Política de Desenvolvimento Nacional Sustentável (Lei 12.349/2010); e Programa Nacional de Apoio à Atenção Oncológica – PRONON (Lei 12.715/2012). Como aludido acima, o artigo 24, da lei nº 8.666/1993 estabelece atualmente uma série de hipóteses de fato, em seus incisos, que autorizam o poder público a promover a contratação direta do particular, sem necessidade do recurso ao processo licitatório. Antes do alcance do objeto imediato do contrato, pretende-se, nesses casos, a realização de uma clara política pública.

5. A “descoberta” contemporânea da relevância socioeconômica da contratação pública e o aproveitamento de suas externalidades positivas

Como acima destacado, os contratos públicos em geral, e as concessões e permissões de serviços públicos, em especial, estão cada vez mais presentes na vida do cidadão, devido à indispensabilidade da prestação dos serviços públicos para a satisfação de necessidades humanas essenciais.

Se pequenas suspensões da prestação do serviço já acarretam danos incommensuráveis, a interrupção de determinados serviços públicos é capaz de inviabilizar a própria convivência humana em determinados espaços urbanos.⁴² A continuidade, a adequação do serviço e a satisfação dos direitos dos usuários perpassa pela garantia da boa execução do contrato público, o que torna o próprio instrumento contratual e os seus possíveis efeitos, tanto fáticos quanto jurídicos, objeto de atenção e controle coletivo. Não raro, os contratos

⁴² Em 2014, o Estado de São Paulo passou por uma grave crise de abastecimento de água, o que levou a uma série de medidas de racionamento, que levou a uma série de pessoas a se mudar para outras cidades e empresas a modificar a sua sede. Sobre o tema: <http://www1.folha.uol.com.br/especial/2014/crise-da-agua/#2646214282140136>. Acesso em 10 de janeiro de 2015. O estado norte-americano da Califórnia vive também uma crise de água. Em 2014, o governo local declarou estado de emergência e começou a tomar medidas para preservar os recursos e evitar desperdício. Os cidadãos entraram num regime intenso de economia de água, com aplicação de elevadas multas para quem for flagrado em situações de desperdício, como lavar calçadas com mangueira ou deixar a irrigação do jardim ligada. Sobre o tema: <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-famiglietti-southern-california-drought-20140709-story.html>. Acesso em 10 de janeiro de 2015.

de concessão e permissão de serviço público têm sido inseridos na pauta do debate político eleitoral. Seja em defesa da concessão do serviço, seja em oposição a ela, o instrumento contratual é colocado (sempre) no epicentro da discussão.

Ademais, a afirmação de um Estado social e intervencionista acarretou uma função promocional de satisfação de demandas morais da sociedade correspondentes a direitos constitucionalizados. Os entes públicos assumiram o dever de satisfação de uma vasta gama de necessidades coletivas e individuais, de modo que o Estado, individualmente considerado, tornou-se o maior contratante na economia, inclusive nos EUA, que é considerado o que apresenta menor grau de intervenção, dentre os países desenvolvidos.

Assim, a atividade contratual do Estado não pode mais ser compreendida exclusivamente como mero instrumento para atendimento de necessidades administrativas ou tão-só como meio para a delegação do exercício de atividades públicas para os particulares. É preciso considerá-la também como forma de satisfação de direitos e liberdades constitucionais. A capacidade de compra dos entes públicos passa a funcionar, assim, como elemento de orientação do mercado e dos operadores econômicos no sentido de uma responsabilidade social inescusável, além de fomentar o desenvolvimento de novos produtos ou serviços inovadores, o que traz, por decorrência, a dinamização da atividade econômica e da competitividade.

Se antes os contratos públicos poderiam (facultativamente) ser compreendidos como instrumentos de indução de comportamentos dos particulares em direção à satisfação de fins horizontais, agora, eles passam obrigatoriamente (incide o dever jurídico) a servir para estes fins. Isso se deve à ampliação da conscientização do poder de compra estatal e da sua repercussão no mercado. Em uma das primeiras tentativas de refrear a crise econômica deflagrada a partir de 2008, a União Europeia apresentou a contratação pública como estratégia de fomento ao investimento, de promoção do emprego e de estímulo à economia⁴³. Isto é, mais do que, como é seu papel primário, satisfazer as necessidades típicas de aquisição dos órgãos públicos, *v.g.*, suprir suas demandas de bens e serviços, a contratação pública exsurge no contexto de uma política pública macroeconômica de estímulo à economia. Trata-se, portanto, de aplicação da contratação pública para a realização da despesa pública estimuladora⁴⁴, de modo a realizar objetivos políticos fundamentais por meio da inserção de critérios e/ou políticas públicas horizontais na esfera da contratação pública. Por sua vez, em 2009, o Congresso dos EUA aprovou pacote de estímulo à economia em que apresentam novas regras de preferência a produtos de origem norte-americana também em obras públicas.⁴⁵

⁴³ GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise. In: GONÇALVES, Pedro (Coord.). **Estudos de Contratação Pública**. vol. III. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p. 7.

⁴⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. *Idem. Ibidem*.

⁴⁵ RAIMUNDO, Miguel Assis. **A Formação dos Contratos Públicos**: Uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 394

Na comunidade europeia, destaca-se o chamado *Relatório Monti*, editado em maio de 2010, o qual estabeleceu uma série de critérios para a revisão, pelos países da União Europeia, das diretivas sobre contratação pública, a partir, essencialmente, da necessidade de se permitir uma maior integração de objetivos de política horizontal na contratação pública.⁴⁶

Em verdade, para além de se buscar estimular o desenvolvimento dos mercados locais, os governos sempre foram relutantes em comprar fora de seus domínios territoriais, seja por razões econômicas, como a fuga de divisas e a formação de *déficit* externo, seja por razões de segurança nacional e de independência econômica e tecnológica em setores estratégicos (manutenção de experiência e de capacidades industriais).⁴⁷ É, portanto, com o crescente aproveitamento das externalidades positivas dos contratos públicos, tanto os de fornecimento (primeira geração), quanto os de delegação da prestação de serviços públicos (segunda geração) que se passa a fazer referência à instrumentalização da contratação pública para o alcance de finalidades e/ou políticas horizontais, conforme se analisará a seguir.

6. A instrumentalização da contratação pública como forma de re-funcionalização dos contratos públicos a partir da introdução de fins acessórios, secundários e/ou horizontais

Como acima afirmado, a introdução de objetivos acessórios, secundários e/ou horizontais na contratação pública abre uma oportunidade para a Administração desenvolver, na própria relação contratual, ações e políticas públicas que, até então, estavam excluídas do escopo contratual (pois deteriam função *extracontratual*) e, portanto, deveriam ser realizadas por outros meios, como a prestação direta de serviços públicos, as políticas desempenhadas por seus próprios agentes etc., haja vista que estas estão inseridas no espectro de funções constitucionais finalísticas atribuídas ao Estado⁴⁸.

Por outro lado, consoante acima destacado, a contratação pública serve ao alcance de fins que podem ser relacionados ao conceito genérico de políticas públicas, tomado em seu sentido amplo, como forma de atuação/intervenção estatal em vista da satisfação de seus deveres finalísticos. Tanto os contratos de fornecimento ou curta duração, quanto os de concessão ou de longa duração se destinam, em última análise, à satisfação de políticas públicas.

A funcionalização da contratação a outras finalidades para além do objeto específico do contrato, também pode ser designada como *função social do contrato público*, já que tem o potencial de irradiar efeitos favoráveis para além da própria estrutura estatal.⁴⁹

⁴⁶ Cfr.: RODRIGUES, Nuno Cunha. **A Contratação Pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2013. p.197 e seguintes.

⁴⁷ Cfr.: RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação... Op. Cit.* p.197 e seguintes.

⁴⁸ Cfr. ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 48 e seguintes.

⁴⁹ FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua Nova Finalidade legal: A promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36 e seguintes.

Indubitavelmente, (i) a aquisição de medicamentos para a distribuição em postos de saúde pública, (ii) a compra de livros didáticos para a educação infantil, (iii) a conservação de estradas, (iv) a obtenção de merenda escolar e (v) a distribuição de energia elétrica, dentre outros, constituem-se em ações governamentais que se destinam ao atendimento de direitos fundamentais.

A aquisição de remédios, por exemplo, não se basta com a mera entrega do produto. Pode-se mencionar, como política horizontal de pesquisa e inovação na área farmacêutica, que o produto adquirido seja produzido com matéria pública nacional e/ou ofereça índices progressivos de eficácia, de redução de toxicidade, de efeitos colaterais e de interações com outras substâncias, dentre outros, em relação às aquisições anteriores.⁵⁰

No caso da aquisição de livros didáticos, uma possível política horizontal de índole ambiental seria a exigência de sua impressão em papel certificado que ateste que a madeira utilizada em sua fabricação seja oriunda de processo produtivo manejado de forma ecológica e socialmente adequada.

Na manutenção de rodovias, uma política horizontal já bastante difundida de natureza social é a exigência estabelecida no instrumento de concessão da contratação de um percentual mínimo de colaboradores permanentes portadores de necessidades especiais, promovendo a sua inclusão no mercado de trabalho.⁵¹ Por sua vez, na aquisição de merenda escolar, alude-se à necessidade de que ela seja composta exclusivamente por alimentos isentos de agrotóxicos (devidamente certificados) e sem elementos industrializados com potencial cancerígeno.⁵²

A concessão da prestação do serviço público de distribuição de eletricidade pode vir acompanhada da exigência de uma política horizontal de substituição gradual das redes aéreas de distribuição por redes subterrâneas – que embora apresente elevados custos iniciais – ao longo do tempo, promove a diminuição de dispêndios com a conservação dos cabos aéreos, pois se minimiza a exposição da rede a eventos climáticos que provocam a interrupção do serviço e descarga elétricas; por consequência, diminui o número de pedidos de ressarcimento por danos a equipamentos elétricos e oferece um serviço mais seguro para a sociedade, evitando acidentes com fios de alta-tensão; obstando atos de vandalismo

⁵⁰ Cfr.: GUIMARÃES, Reinaldo. Bases para uma política nacional de ciência, tecnologia e inovação em saúde. In: **Bulletin of the World Health Organization**. CNPq/PRE/AEI 2002. Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil. <http://www.scielosp.org/pdf/csc/v9n2/20392.pdf>.

⁵¹ Uma política social considerada satisfatória na Espanha para fazer frente ao elevado índice de desemprego, foi a exigência, nos contratos de concessão e de execução de obras públicas, que os novos funcionários a serem empregados para a execução das atividades que se encontrassem em situação legal de desemprego. Cf.: BLAY, Miguel Ángel Bernal. El desarrollo de políticas activas de empleo através de los contratos públicos. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alli* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013. p.175.

⁵² O programa governamental “*Cultivando água boa*” que integra a Usina Hidroelétrica de Itaipu e os municípios brasileiros lindeiros ao lago incentiva o desenvolvimento da agricultura orgânica para a elaboração da merenda escolar destinada aos alunos destes municípios.

e dificultando o furto de energia elétrica (o “gato”), dentre outras práticas de implementação de eficiência energética.⁵³

Em outro exemplo, se entre as finalidades estatais está presente a sustentabilidade ambiental, por meio da contratação pública de “produtos e serviços verdes” em detrimento de produtos tradicionais, estará a Administração alcançando – ainda que indiretamente – uma política pública de índole constitucional prevista no artigo 225 da lei fundamental brasileira. Das situações narradas acima, denota-se que a instrumentalização dos contratos públicos para realizar finalidades horizontais pode se desdobrar em uma pluralidade de políticas públicas verdadeiramente inimaginável.

A contratação pública representa, nesse sentido, um instrumento multiplicativo para a satisfação de direitos fundamentais. Veja-se, a título de exemplo, o direito fundamental à liberdade de locomoção. A Constituição Federal estabelece normativamente a salvaguarda do direito de ir e vir. Desde o remédio constitucional (*Habeas Corpus*) hábil à sua defesa em caso de ameaça ou coação à liberdade por ato de autoridade, passando pela criminalização de condutas privadas que impeçam o seu exercício (cárcere privado), até o livre ingresso e saída do país, tem-se deveres estatais obrigatórios para a proteção deste direito.

Do seu núcleo essencial, no entanto, é possível se extrair uma série de deveres estatais adicionais – diretos e indiretos – que se voltam à máxima implementação deste direito. O transporte público é uma decorrência (direito derivado ou decorrente) do direito fundamental de ir e vir. Para pessoas portadoras de necessidades especiais, emerge o direito à acessibilidade como consectário lógico do direito à locomoção. Os subsídios concedidos às pessoas idosas e aos estudantes para que usufruam de meio de transporte adequado também possuem a mesma fundamentação; e, em última análise, a própria implementação de infraestruturas de tráfego se destina, à garantia da plena liberdade de ir e vir.

Do transporte coletivo à construção de vias urbanas e rurais se faz referência à contratação pública. É por meio destes contratos públicos que direitos fundamentais basilares, como a liberdade de locomoção, podem ser implementados. Por conseguinte, mesmo que de modo indireto, a contratação pública abre espaço inclusive para a visualização de deveres estatais que, embora normativamente previstos no núcleo essencial do direito fundamental, ainda não são devidamente satisfeitos, em especial em países de modernidade tardia como o Brasil.

A funcionalização da contratação pública pode ir ainda mais adiante. Para além de satisfazer direta ou indiretamente direitos fundamentais, ela tem o potencial de modelar o mercado, sem que o Estado se utilize diretamente da sua autoridade. Vale dizer, a Administração pode agir sem o recurso à obrigações e proibições ou ainda sem a imposição direta de sanções aos particulares pelo descumprimento de deveres. Em outras palavras,

⁵³ Cfr.: GARCÍA, J. José Pernas. Contratación Pública y Eficiencia Energética. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alii* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013. p. 283 e seguintes.

as contratações públicas servem de estímulo para a adaptação gradual e espontânea dos atores privados a finalidades e práticas benéficas, de caráter social, ambiental ou econômica.

De acordo com Daniel Ferreira, as discriminações positivas e negativas podem se apresentar como “(...) o prenúncio do que, em breve, poderá ser compulsório, tanto na esfera pública, quanto no mercado, até mesmo como condição para permanência no mercado”,⁵⁴ *v.g.*: a produção de utensílios e móveis de madeira devidamente certificada; edifícios sustentáveis; tintas e embalagens biodegradáveis, dentre outros. De instrumento hábil para a satisfação de políticas públicas por outros meios, com a ação governamental direta, a contratação pública pode se tornar *per se* uma política pública, seja de viés econômico, social, ambiental etc., uma vez que a Administração não contrata exclusivamente o objeto da avença mas, em igual medida, uma série de encargos e/ou obrigações atreladas diretamente ao objeto e à própria finalidade estatal.

A título de ilustração, a contratação pública pode ser empregada como política econômica e, sob essa abordagem, ela pode desempenhar, em princípio, cinco funções distintas: (i) contribuir para o aumento da procura global e estimular a atividade econômica privada; (ii) proteger a indústria doméstica de concorrência externa; (iii) aprimorar o desenvolvimento da competitividade de determinados setores; (iv) minimizar as assimetrias regionais e (iv) promover a criação de empregos e beneficiar minorias excluídas.⁵⁵

A políticas públicas implementadas por meio dos contratos celebrados pelo Estado têm sido, a princípio, denominadas de estratégicas, porque visam à promoção do desenvolvimento em geral. São, por igual, taxadas de protetivas⁵⁶, quando protegem o mercado local de concorrência externa, seja regional ou nacional e proativas, nas hipóteses em que pretendem uma intervenção direta do Estado na economia, sobretudo em períodos de recessão, como forma de garantir a recuperação econômica. Com a possibilidade da produção de efeitos econômicos relevantes e não havendo maiores entraves jurídicos, tampouco barreiras financeiras intransponíveis, uma vez que os custos associados à contratação pública tem sido frequentemente considerados menores do que quando comparados a outros meios de implantação de políticas econômicas interventivas, como a concessão de subsídios, os governos têm pautado suas ações econômicas por intermédio da contratação pública para a satisfação de políticas de múltiplas ordens.⁵⁷

Por conseguinte, como se parte da premissa da escassez de recursos financeiros, a concretização de políticas públicas pode (também) ser realizada por meio da contratação pública, o que permite contornar a utilização direta (e imediata) de recursos públicos para a

⁵⁴ FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua Nova Finalidade legal**: A promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 45.

⁵⁵ JEANRENAUD, Claude. *Marchés Publics et politique économique*. **Annales de L'Économie Publique, Sociale et Coopérative**, Paris, vol.72, v. 2, p. 153-?, 1984. p. 157.

⁵⁶ TREPTE, Peter. **Procurement in the EU – A Practitioner's guide**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 73.

⁵⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A Contratação Pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 18.

implementação de políticas públicas (muitas vezes muito mais dispendiosa, mas também mais eficaz), com a conseqüente satisfação de direitos fundamentais. A utilização estratégica da contratação pública para responder aos desafios de dar atendimento aos deveres estatais inescusáveis não pode significar uma redução na eficácia dos próprios contratos públicos, tampouco a assunção de encargos desproporcionais ou se destinar a falsear a concorrência e a isonomia, que constituem pressupostos para as avenças administrativas.

Em diversos ordenamentos jurídicos, a legislação regente das compras governamentais estabelece de modo minudente a disciplina jurídica (*hard law*) do processo de contratação, de modo a disciplinar o “como comprar”. Contudo, ela não define o conteúdo da aquisição, cuja competência fica a cargo do Administrador, que detém margem de liberdade (discricionariedade) para decidir “o que comprar”, conforme as necessidades do órgão ou entidade. Além das regras de procedimento, relativas ao “como comprar”, acena-se, na contemporaneidade, à imposição de pressupostos obrigatórios ou à previsão de incentivos para orientar as decisões sobre bens e serviços que serão contratados (o que comprar).

As considerações sociais e ambientais na contratação pública foram vistas, durante muito tempo, como aspectos acessórios, levados a efeito apenas a título de orientação (*soft law*), pois não dotadas de obrigatoriedade jurídica. Quando admitidas, eram inseridas de forma limitada e com muitas cautelas. Em termos de regime jurídico, o salto qualitativo consistiu na superação de uma visão redutora do potencial do contrato público para realizar políticas públicas, bem como deixar de encarar tanto as preocupações ambientais quanto sociais, como meramente instrumentais.⁵⁸

O marco para este estabelecimento ocorreu na União Europeia com a edição do Acórdão *Concórdia Bus – Finland*.⁵⁹ Ele foi decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo considerado, desde então, como um *leading case* apto a orientar os critérios de inserção de políticas horizontais nos contratos públicos tanto para os legisladores quanto para os administradores. A respeito do caso, destaca-se que, em 1997, foi lançado um concurso público (procedimento licitatório) para a celebração de um contrato de concessão de serviços de transporte público municipal (ônibus) da cidade de Helsinque, na Finlândia. Como critério de escolha do contratado, consagrou-se a proposta economicamente mais vantajosa combinada com um critério adicional relativo à qualidade dos veículos, à gestão da qualidade e a preservação do meio ambiente. A esses critérios, adicionava-se outro, que permitia um acréscimo adicional de pontos, às propostas que demonstrassem que os ônibus apresentariam um índice de emissões de gases (nitrogênio) inferior a 4g/kWh ou um nível sonoro inferior a 77db, por veículo.

Sagrou-se vencedora a empresa *HKL-Bussliikenne*, o que levou a que um dos oito concorrentes, a empresa *Concordia Bus Finland Oy Ab*, classificada em segundo lugar,

⁵⁸ ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 418

⁵⁹ Acórdão TJUE, *Concórdia Bus*, de 17 de Dezembro de 2002 (Processo C-513/99).

requeresse a anulação da decisão, com o argumento de que a empresa HKL só venceu o certame pelo critério adicional supramencionado. Ao solicitar a anulação da decisão, a empresa Concordia Bus fundamentou-se (i) no fato de que a atribuição de pontos adicionais seria discriminatória e (ii) os pontos adicionais foram atribuídos pela utilização de um tipo de ônibus, que apenas um concorrente, a HKL, tinha, à época, a possibilidade de fornecer.

Diante disso, coube ao Tribunal de Justiça da União Europeia decidir sobre: (i) poderia a Administração tomar em consideração critérios ecológicos para decidir qual seria a proposta economicamente mais vantajosa? (ii) é possível a atribuição de pontos adicionais pela verificação do cumprimento quanto ao nível de emissões gasosas e ao nível sonoro? (iii) se provado que apenas uma empresa fosse capaz de cumprir os requisitos adicionais, o resultado permaneceria o mesmo?

À época, em decisão considerada inovadora, o Tribunal de Justiça da União Europeia manteve a decisão da administração local, de modo a referendar a possibilidade de inserção de elementos ambientais como critérios aptos à seleção da proposta mais vantajosa. A decisão consagrou que a proteção do ambiente deveria ser um fator preponderante na escolha do bem ou serviço.

Não resta dúvida, à luz da decisão *supra*, que a contratação pode ser equacionada como um instrumento importante – paralelo às demais formas de atuação administrativa, como, *v.g.*, o fomento – ao dispor dos governos para a satisfação de seus deveres constitucionais fundamentais, o que reforça os fundamentos para a designação do *contrato como instrumento de governo*, tal como acima referido. Isso ocorre essencialmente porque uma das características da contratação pública é o fato de que, ao contratar – independentemente do objetivo a ser perseguido – o ente estatal procede a uma redistribuição de riqueza⁶⁰ isto é, para usar uma noção da economia, mas que não se limita a ela, a contratação pública cria “externalidades positivas”.⁶¹

Com a geração e, antes disso, com a própria percepção da ocorrência destas externalidades contratuais positivas, passa a ser possível questionar se não constitui um dever inerente ao exercício do poder público o direcionamento compulsório da contratação também a estes objetivos⁶². Dito de outra forma, a contratação pública, por sua própria natureza, representa uma forma de intervenção na vida econômica e social da comunidade e esse vértice da atuação pública não pode ser, de modo algum, olvidado.⁶³ Trata-se de uma atribuição adicional à contratação pública, que passa a ser (e a estar) funcionalizada a outros fins, para

⁶⁰ SCHOONER, Steven L. *Desiderata: Objectives for a system of government contract law*. **Public Procurement Law Review**, Boca Raton (EUA), vol. 2, n. 11. nov. 2002. p. 105.

⁶¹ SCHAPPER, Paul R.; VEIGA MALTA, João; GILBERT, Diane. An analytical framework for the management and reform of public procurement. **Journal of Public Procurement**, Boca Raton (EUA), vol. 6, n. 1-3, p. 1-26, 2006. p. 05.

⁶² SCHAPPER, Paul R.; VEIGA MALTA, João; GILBERT, Diane. An analytical... *Op. Cit.* p.11.

⁶³ Mesmo nos contratos que não impliquem no pagamento de um preço ou que não sejam custeados pelo ente público, eles abrem oportunidades de ganho e nessa medida propiciam uma criação de riqueza.

além de seus objetivos imediatos (tanto no caso dos contratos de fornecimento, quanto nos casos dos contratos de concessão).

A funcionalização da contratação pública é, pois, fenômeno contemporâneo inquestionável. Por meio dela é que nasceram inúmeras boas práticas ambientais e/ou laborais e pesquisas relevantes foram realizadas de modo a promover o desenvolvimento e a inovação tecnológica. Nessa última esfera, ganha relevo o papel que a contratação pública desempenhou para o desenvolvimento, dentre outros, de redes de informática precursoras da *internet*, do sistema de *Global Positioning System* – GPS, da indústria de semicondutores e até dos aviões a jato.⁶⁴ No Brasil, a título de exemplo, destaca-se o desenvolvimento, a partir da contratação pública, de ônibus escolares com “*especificações especiais*” e especialmente adaptados, com tração nas quatro rodas, *chassi* mais alto e rodas mais próximas das extremidades do veículo, para melhorar a trafegabilidade e o transporte de alunos de zonas rurais.⁶⁵

Os exemplos são incontáveis, mas merecem destaque a sustentabilidade ambiental⁶⁶; a promoção do emprego⁶⁷; a melhoria das condições de trabalho; a integração em razão de etnia, de gênero⁶⁸ e de deficiências físicas⁶⁹; a pesquisa e o desenvolvimento; a promoção da microempresa e das empresas de pequeno porte; a melhoria das condições sociais e a redução da pobreza etc. Todos representam políticas públicas (horizontais, pois levadas a efeito por meio da contratação pública) que podem ser consideradas estratégicas, pois buscam promover o desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República estabelecido no artigo 3º, II, da CF/88.

Denota-se que o emprego da contratação pública, nesse sentido, pode se apresentar como uma ferramenta extremamente útil para a realização de múltiplas políticas públicas nas quais os custos a elas associados se apresentem inferiores aos comparados a outros modos de implantação, como a concessão direta de auxílios e subvenções, ou a prestação direta. Além disso, a concretização destas políticas através da contratação pública, quando

⁶⁴ KATTEL, Rainer; LEMBER, Veiko. Public Procurement as an industrial policy tool: An option for developing countries. **Jornal of Public Procurement**, Boca Raton (EUA), vol. 10. n. 3, p. 368-404, 2010. p. 369.

⁶⁵ Trata-se de projeto de veículo desenvolvido pelo FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e pelo INMETRO para o transporte de alunos na zona rural brasileira e, em virtude da grande quantidade de veículos a serem adquiridos (cerca de vinte e cinco mil unidades), levou diversas montadoras a produzi-los para a União, Estados e Municípios que aderiram às Atas de Registro de Preço do FNDE. <http://www.fnde.gov.br/portaldecompras/index.php/produtos/onibus-escolar-rural>

⁶⁶ Cfr. BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 32 e seguintes.

⁶⁷ Cfr. SCHOONER, Steven L. Desiderata: Objectives for a system of government contract law. **Public Procurement Law Review**, Boca Raton (EUA), vol. 2, n. 11. nov. 2002.

⁶⁸ Cfr.: FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Promoción de la Igualdad de Género através de la Contratación Pública. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alli* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013. p.329 e seguintes.

⁶⁹ Cfr.: ALONSO, Alma Patricia Domínguez; MOLINA, José Antonio Moreno. Contratos Públicos y Políticas de Apoyo a las Personas con Discapacidad. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alli* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013. p.187 e seguintes

já autorizada por lei geral, pode dispensar a necessidade de autorização legislativa específica, necessária pela adoção de medidas similares, como a alteração da legislação fiscal, por determinação constitucional.

Vislumbra-se, pois, a passagem de uma visão estrita da contratação pública em que ela se destinaria (i) a suprir tão-só a aquisição de bens e serviços para entidade estatal para o suprimento de suas necessidades, ou (ii) a delegar o exercício de atividades públicas para entidades privadas, para uma perspectiva instrumental da contratação pública, vale dizer, na acepção de que ela teria um papel também essencial como atividade fim da Administração.

É inegável, portanto, que considerar a contratação pública como mais uma atividade fim da Administração ou, ao menos, inseri-la entre o rol de suas atividades voltadas à satisfação dos seus escopos constitucionais, tais como o próprio serviço público, significa uma nova funcionalização do contrato público.⁷⁰

7. Críticas à prossecução de políticas públicas por meio dos contratos públicos

Embora pareça atrativa na teoria e aplicável na prática, sobretudo em virtude da sua consonância com a pauta axiológica da Constituição Federal de 1988, a utilização da contratação pública para fins de políticas públicas consideradas alheias ao objetivo imediato da celebração do contrato pode se apresentar, em certa medida, de maneira problemática. Isso porque podem surgir dificuldades desde o processo de seleção do contratado, em virtude da eleição de preferências impróprias entre propostas, até consistir em um possível excesso de intervenção das entidades públicas contratantes em opções de organização interna dos contratados, no caso de políticas públicas sociais.

Há outras críticas plausíveis que devem ser analisadas. Em última análise, a introdução de objetivos de política secundária nos contratos públicos pode resultar no aumento de preços pela repercussão do custo do cumprimento destas medidas pelos agentes econômicos, de forma a demonstrar certo grau de ineficácia econômica destas políticas levadas a efeito no contexto da contratação pública.⁷¹ É claro que essas finalidades subsidiárias, mediatas e/ou horizontais não podem prejudicar os fins imediatos do contrato, relativos à obtenção das utilidades necessárias e em condições adequadas para a Administração, com igual respeito ao direito do contratado e dos usuários, nos termos da normatização aplicável. Além disso, a insistência excessiva em objetivos de política acessória e/ou secundária pode, por exemplo, contribuir para o desequilíbrio financeiro do setor contratante.

Pode-se aludir, ademais, que a contratação desprovida da prossecução de objetivos de política horizontal ou secundária, *primo occuli*, parece ser mais eficiente, uma vez que a adição de outros objetivos mediatos poderia conduzir a uma mitigação da ideia do *best value*

⁷⁰ Eis a razão pela qual no título deste tópico se menciona a instrumentalização da contratação pública como “re-funcionalização” dos contratos públicos a partir da introdução de fins acessórios, secundários e/ou horizontais.

⁷¹ RAIMUNDO, Miguel Assis. **A Formação dos Contratos Públicos**: Uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 401.

for money, se este for tomado a partir de uma perspectiva econômica estrita. Entretanto, a possibilidade de mitigação do *value for money* não significa que tais políticas acessórias devam ser evitadas.⁷² Ao contrário. Explica-se: a eficiência econômica voltada a seu objetivo principal, em princípio, pode ser *cega* do ponto de vista dos ideais de justiça.⁷³ No Estado contemporâneo, com objetivos fundamentais expressos e estabelecidos constitucionalmente, *v.g.*, no Brasil, no artigo 3º da CF/88, esta forma de *cegueira* quanto à justiça da realização, contudo, não pode ser permitida.⁷⁴

Cabe, portanto, a cada comunidade política procurar, à luz da sua axiologia constitucional, o ponto de equilíbrio entre os deveres e as preocupações de eficiência administrativa e as inquietações a propósito dos ideais de justiça que deverão ser alcançados.

Por definição, as políticas públicas horizontais constituem uma proposta de *compromisso* de sustentabilidade e de equilíbrio de cada comunidade e, como tais, representam opções (políticas) para cada governo. Soluções de *compromisso*, como as contidas nas políticas públicas inseridas na contratação pública contemporânea, impõem o dever de ponderação entre os sacrifícios em matéria de eficiência e os objetivos de políticas públicas a serem concretizados.⁷⁵

8. Conclusões

Partindo-se do movimento atual, intenso e progressivo de incorporação do discurso e da prática contratual no agir administrativo, para visualizar que o emprego da via contratual tem o condão de produzir mais resultados do que o esperado inicialmente. Os resultados alcançados por meio da ampliação da contratação não dizem respeito exclusivamente à Administração ou aos contratados, mas à toda a coletividade. A contratação pública sob esta perspectiva possui uma *eficácia multiplicativa*, não encontrada em todos os meios de ação estatal o que, *per se*, justifica uma investigação mais detalhada sob este prisma.

A prossecução de políticas públicas voltadas tanto à satisfação de valores morais consagrados pela sociedade quanto a direitos fundamentais na qualidade de objetos mediatores da contratação administrativa abre espaço para uma resignificação do próprio contrato

⁷² RODRIGUES, Nuno Cunha. A Contratação... *Op. Cit.* p. 19.

⁷³ Para a satisfação da eficiência econômica, bastaria *per se*, o alcance ótimo da finalidade. Cfr.: POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 108 e seguintes. Contudo, como destacam Alexandre Ditzel Faraco e Fernando Muniz Santos, não se pode "(...) advogar a substituição de valores plasmados em dispositivos constitucionais e legais por um critério de eficiência, lido à luz da escola econômica neoclássica, especialmente a de Chicago. Já foi demonstrado que tal viés não contribui para a solução de dilemas relevantes da sociedade brasileira, seja por seu neutralismo ético em face das disparidades de renda entre os distintos atores sociais, seja pelo simplismo de determinadas presunções que sustentam seu edifício teórico". FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 9, p. 27-61, jan./mar. 2005. p. 68.

⁷⁴ RAIMUNDO, Miguel Assis. A Formação... *Op. Cit.* p. 401.

⁷⁵ TREPTE, Peter. **Procurement in the EU – A Practitioner's guide**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 390.

público, pois ele deixa de ser visto somente como instrumento técnico-administrativo para se tornar também uma atividade administrativa material finalística.

Assim sendo, é possível se falar na *re-funcionalização* da contratação pública, a partir da qual, para além do atendimento imediato das necessidades de custeio e de utilidades para a gestão pública e da delegação do exercício de atividades públicas para os particulares, o contrato público – dada a sua proeminência socioeconômica contemporânea – passa a funcionar (isto é, a *ser* e a *estar* funcionalizada) como fórmula de atendimento de deveres estatais que, até então, ou ainda não eram realizados ou eram objeto de atendimento por outras vias, como os serviços públicos.

Entretanto, em casos extremos, a prossecução de políticas horizontais por meio dos contratos públicos pode desnaturar o próprio contrato. É por isso que se alude à necessidade de observância dos critérios que habilitam o contrato a realizar também essas políticas públicas. Entre eles, destaca-se a autorização legislativa, fundamental, à luz do princípio democrático, para que a população, por meio de seus representantes, autorize a realização de contratos que não visem exclusivamente a melhor vantagem econômica, mas que, ao lado dela, também se destinem à prossecução de outros fins, de caráter ambiental, social e/ou relacionados a escopos difusos e coletivos.

No Brasil, a autorização legislativa genérica ocorreu, aproveitando o contexto histórico mundial do *green public procurement*, com alteração introduzida pela Lei nº 12.349/2010 no texto do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, que passou a mencionar a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade da licitação pública e, por consequência, da contratação que lhe segue. Portanto, sob o abrigo multidimensional do desenvolvimento sustentável, tornou-se inequívoco que a contratação pública brasileira se encontra funcionalizada à prossecução de políticas públicas horizontais.

9. Referências

ALONSO, Alma Patricia Domínguez; MOLINA, José Antonio Moreno. Contratos Públicos y Políticas de Apoyo a las Personas con Discapacidad. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alli* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARROWSMITH, Sue. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, Sue; KYUNZLIK, Peter (Orgs.) **Social and Environmental Policies in EC Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

AUBY, Jean-Bernard. Comparative approaches in the rise of contract in the public sphere. **Public Law**, n. 40, mar./jun. 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BLAY, Miguel Ángel Bernal. El desarrollo de políticas activas de empleo através de los contratos públicos. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alii* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

BOSELLMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patricia. **Tratado de Direito Administrativo**. (Coord.: Maria Sylvia Zanella Di Pietro). vol. 06. Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Diogo Duarte de. A Admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de fatores ambientais e sociais. In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CANO, Carlos Aymerich. Crisis Económica y Contratación Pública. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alii* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

COOPER, Phillip J., **Governing by contract**: challenges and opportunities for public managers. Washington: CQ Press, 2003.

DAVIES, Ane. **Accountability**: a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi; PEDROSO JÚNIOR, Nelson Novaes. Licitações Sustentáveis. In: **Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública**. v. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

DROMI, Roberto. **Ecuaciones de los contratos públicos**. 2. ed. Buenos Aires – Madrid – Mexico: Hispania libros, 2008.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos**: Por uma Contratação Pública Sustentável. Coimbra: Almedina, 2013.

ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2006.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Económica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 9, p. 27-61, jan./mar. 2005.

FELIÚ, José María Gimeno. Compra pública estratégica. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alii* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Promoción de la Igualdad de Género através de la Contratación Pública. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alii* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua Nova Finalidade legal**: A promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREEDLAND, M. Government by Contract and public law. **Public Law**, n. 86, 1994.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações Públicas Sustentáveis. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

GARCÍA, J. José Pernas. Contratación Pública y Eficiencia Energética. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alii* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 201-208, mar./ago. 2013.

_____. A relação jurídica fundada em contrato administrativo. **Cadernos de Justiça Administrativa**. Coimbra, n. 64, jul./ago. 2007.

_____. **Contrato Administrativo**: Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise. In: GONÇALVES, Pedro (Coord.). **Estudos de Contratação Pública**. vol. III. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

_____. Regulação Administrativa e Contrato. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, vol. 9, n. 35, jul-set.2011.

_____. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra editora, 2013.

GREVE, C; EJESRBO, Niels. **Contracts as reinvented institutions in the public sector**: a cross-cultural comparison. Westport: Pareger Publishers, 2005.

GUIMARÃES, Reinaldo. Bases para uma política nacional de ciência, tecnologia e inovação em saúde. In: **Bulletin of the World Health Organization**. CNPq/PRE/AEI 2002. Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil. <http://www.scielosp.org/pdf/csc/v9n2/20392.pdf>.

JEANRENAUD, Claude. Marchés Publics et politique économique. **Annales de L'Économie Publique, Sociale et Co-opérative**, Paris, vol.72, v. 2, p. 153-?, 1984.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: Reflexões iniciais a partir dos 10 anos da lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coords.). **Parcerias Público-Privadas**: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Editora RT, 2015.

KATTEL, Rainer; LEMBER, Veiko. Public Procurement as an industrial policy tool: An option for developing countries. **Jornal of Public Procurement**, Boca Raton (EUA), vol. 10. n. 3, p. 368-404, 2010.

KUNZLIK, Peter. **Green procurement under new regime**. Copenhagen: Dojff Publishing, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo vol. 29, n. 107, p. 74-86, dez. 2009.

MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, vol. 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. **Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo**. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **A Formação dos Contratos Públicos**: Uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **A Contratação Pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La contratación del sector público como política pública. In: PERNAS GARCÍA, J. José *et alli* (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SCHAPPER, Paul R.; VEIGA MALTA, João; GILBERT, Diane. An analytical framework for the management and reform of public procurement. **Journal of Public Procurement**, Boca Raton (EUA), vol. 6, n. 1-3, p. 1-26, 2006.

SCHOONER, Steven L. Desiderata: Objectives for a system of government contract law. **Public Procurement Law Review**, Boca Raton (EUA), vol. 2, n. 11. nov. 2002.

SCHOONER, Steven L., GORDON, Daniel I.; CLARCK, Jessica L. **Public Procurement Systems**: Unpacking Stakeholder Aspirations and Expectations (Working Paper). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2014385>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Apresentação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. (Coord.) **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

TREPTE, Peter. **Procurement in the EU – A Practitioner's guide**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA ESTRATÉGICA: A PROSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
(HORIZONTAIS) POR MEIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

TRIONFETTI, Frederico. Discriminatory Public Procurement and International Trade. **The World Economy**, vol. 23, n. 1, p. 57-76, jan. 2000.

VINCENT-JONES, Peter. **The new public contracting**: regulation, responsiveness, relationality. Oxford: Oxford University Press, 2006.

WHELAN, John W.; PEARSON, Edwin C. Underlying values in government contracts. **Journal of Public Law**, n. 10, p. 298-344, sep./dec. 1961.

A LEI ANTICORRUPÇÃO APLICADA AOS PARTIDOS POLÍTICOS: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO TEÓRICA*

ANA CLAUDIA SANTANO**

FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO***

Sumário: 1. O problema da corrupção nos partidos políticos; 2. Da plena aplicabilidade da Lei nº 12.846/2013 às pessoas jurídicas listadas no art. 44 do Código Civil; 3. Dos atos lesivos à Administração Pública; 4. Da responsabilização administrativa: sanções previstas e sua dosimetria; 5. Do processo administrativo; 6. Dos acordos de leniência; 7. Da responsabilização judicial e da execução das sanções; 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. O problema da corrupção nos partidos políticos

É evidente a necessidade de combate à corrupção no Brasil. Com dados de 2014, segundo o ranking de percepção à corrupção, elaborado pela Transparência Internacional, o Brasil encontra-se na posição 69º, de 175 países.¹ Os prejuízos econômicos gerados pela corrupção brasileira também vão muito além do que se poderia julgar como “aceitável” a pagar como preço pela democracia.² Com dados de 2008,³ a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo divulgou, por meio de relatório, que o custo médio anual da corrupção

* Artigo classificado em 3º lugar no Concurso de Artigos Jurídicos Prêmio Professor Romeu Felipe Bacellar Filho.

** Pós-Doutoranda em Direito Público Econômico na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha).

*** Professor da Faculdade de Direito e da Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro).

¹ Dados constantes em: <http://www.transparency.org/cpi2014>. Acesso em 26 ago. 2015. No entanto, embora a pesquisa auxilie na medição da dimensão da corrupção em um país, a sua metodologia sofre expressivas variações devido à opinião dos entrevistados. Neste sentido, cf. SANTANO, Ana Claudia. A medição da corrupção como avaliação do desenvolvimento e eficácia de políticas públicas: alguns métodos disponíveis. In: GONÇALVES, Oksandro; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Desenvolvimento & sustentabilidade – desafios e perspectivas**. Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, Íthala, 2015. p. 353-372.

² Como fazem crer Karsten e Beckman em KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da democracia**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013. p. 59-61.

³ Não foi possível encontrar uma estatística mais recente sobre o mesmo objeto.

estimado é de R\$ 41,5 bilhões, o que corresponde a 1,38% do Produto Interno Bruto do país daquele ano.⁴ Não há como negar o efeito nefasto do desvio deste montante para interesses particulares quando comparado com as enormes carências que o país possui.⁵

Neste cenário, os partidos políticos costumam ser colocados no centro da questão. A própria Transparência Internacional, por meio do *Global Corruption Barometer*, ainda de 2013,⁶ divulgou que, em 51 dos 107 países pesquisados, as organizações partidárias são apontadas como uma das instituições mais acometidas pela corrupção,⁷ o que ajuda – ainda que muito parcialmente – a explicar a atual crise de representatividade que as democracias ocidentais estão atravessando.⁸ No Brasil, segundo o índice de confiança social, medido anualmente pelo IBOPE, o Congresso Nacional e os partidos políticos são os piores avaliados, em torno de 35% e 30%, respectivamente.⁹ O protagonismo dos partidos políticos nos regimes democráticos do pós-guerra decepcionou a sociedade de muitos países, principalmente na América Latina, já que foi por meio desta posição de destaque no Estado que tais agremiações foram paulatinamente se afastando dos cidadãos, em uma busca incessante pelo poder.¹⁰ A principal prejudicada com isso foi, definitivamente, a democracia.

No Brasil, os maiores escândalos envolvendo corrupção contaram com a participação de diversos partidos. Somente para citar alguns, o caso dos Anões do Orçamento, que versava sobre fraudes com recursos do orçamento nos anos 90, contou com a participação de 37 parlamentares de vários estados e de quatro partidos (PMDB, PFL, PTB e PP).¹¹ Outro episódio emblemático foi o caso do Mensalão, que comprava apoio político no Congresso para a aprovação de leis, com a implicação de cinco organizações partidárias (PT, PTB, PP, PL, PMDB).¹² E o mais recente, o escândalo de corrupção investigado pela operação Lava

⁴ FIESP. **Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. Disponível em: www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021. Acesso em 21 abr. 2015. Caso fossem aplicados os dados referentes ao PIB de 2014 (de R\$ 5,52 trilhões de reais), o percentual aumentaria significativamente para 7,51%.

⁵ Cf. GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte. vol. 11, n. 124, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=73528&idPublicacao=1>> Acesso em 31 ago. 2015.

⁶ O último divulgado pela Transparência Internacional até a elaboração deste trabalho.

⁷ Cf. <http://www.transparency.org/gcb2013/results> Acesso em 26 ago. 2015. As ressalvas feitas para a análise dos dados referentes ao *Corruption Perception Index* também cabem aqui.

⁸ Sobre o tema, cf. LA PALOMBARA, Joseph. Reflections on Political Parties and Political Development, Four Decades Later. **Party Politics**, London, vol. 13, n. 2, p. 141-154. 2007.

⁹ Dados extraídos em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Ap%C3%B3s-queda-acentuada-em-2013,Indice-de-Confianca-Social-se-estabiliza.aspx>> Acesso em 16 ago. 2015.

¹⁰ Cf. GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. Democracia de Partidos “versus” Estado de Partidos. In: GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (coord.). **Derecho de Partidos**. Madrid: Espasa-Calpe, 1992. p. 17-39.

¹¹ Cf. ROSENN, Keith S.; DOWNES, Richard (Org.). **A corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

¹² Vid. QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do ‘mensalão’ (APn 470/MG DO STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 22, n. 106, p. 181-214, jan. 2014.

Jato, que já identificou a participação de seis agremiações (PMDB, PTB, PT, PP, PSDB, SD), número este que pode aumentar, já que as apurações ainda continuam. Sabe-se que foram os parlamentares que integram estes partidos que podem ter praticado atos de corrupção. No entanto, no caso de comprovação da utilização da estrutura dos partidos para a execução destas ações corruptas, como a tesouraria ou o financiamento de campanha de seus membros, caberia pensar em uma responsabilização da organização partidária como pessoa jurídica? Os casos do Mensalão e da Lava Jato indicam que parte da lavagem de dinheiro realizada para o pagamento de propinas pode ter sido feita através das estruturas partidárias, o que extrapola a ação isolada dos membros do partido para alcançar a anuência de seus dirigentes, que algumas vezes não são parlamentares, mas sim militantes.

O que se propõe neste trabalho é justamente investigar: a) qual o alcance da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) sobre os partidos políticos; b) quais os tipos administrativos que serão considerados como atos lesivos à Administração Pública; c) que sanções podem ser aplicadas para responsabilizar as organizações partidárias por atos de corrupção; d) que dificuldades podem os entes da federação experimentar na instauração de seus respectivos processos administrativos; e) se a lei incentiva a celebração de acordos de leniência; f) como responsabilizar judicialmente os partidos políticos; g) como aplicar sanções às organizações partidárias, em especial, aquelas previstas para empresas referente ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas.

2. Da plena aplicabilidade da Lei nº 12.846/2013 às pessoas jurídicas listadas no art. 44 do Código Civil

Não cabem dúvidas sobre a sujeição de toda e qualquer pessoa jurídica à Lei Anticorrupção. O conceito de pessoa jurídica adotado pela norma é o mais abrangente possível, sendo somente exemplificativa a lista constante no parágrafo único do art. 1º da Lei, de tipo aberto, tornando a norma perfeitamente aplicável às pessoas jurídicas arroladas no art. 44 do Código Civil, como as organizações religiosas; partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada, ainda que não estejam explícitas na Lei nº 12.846/13; como também as empresas públicas, embora restritivamente.¹³ Entretanto, por ser uma lei pensada para o combate da corrupção, principalmente de natureza empresarial no âmbito nacional e internacional, o seu conteúdo necessitará de ajustes no momento em que a parte passiva não for uma empresa. Uma associação, uma fundação, uma agremiação partidária, possuem outras características que não são, a princípio, a geração de lucro, exercendo outros papéis na sociedade. Porém, é inconteste que a Lei 12.846/2013 os incluiu no rol de sujeitos passivos de sua aplicação, até porque não há como justificar a exclusão de algumas pessoas

¹³ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Capítulo I – Disposições Gerais. In: SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 78-81.

jurídicas, mesmo que não citadas expressamente, devido ao princípio da igualdade.¹⁴ Há, de fato, uma mudança de paradigma no que tange à imputação de responsabilidade. Em leis anteriores notava-se que o núcleo da responsabilização eram as pessoas físicas, como na Lei nº 8.112/90 (que dispõe sobre os servidores públicos federais); Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações). Este conjunto era complementado pelas disposições constantes no Código Penal sobre corrupção. Agora, com a Lei nº 12.846/13, a conduta da própria pessoa jurídica gera a punição, não sendo algo restrito somente às empresas, como pode parecer quando alguns doutrinadores se referem a ela como “Lei Anticorrupção Empresarial”,¹⁵ uma alcunha talvez não apropriada, por não corresponder com a sua real essência.

O campo de aplicação da norma demonstra o seu caráter punitivo, uma vez que transmite uma mensagem de que todos estão sujeitos a ela sem limite. Um sinal disso é a ampliação da responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária; o uso de definições bastante amplas, não só para o que se deve entender por pessoa jurídica, mas também o que abrangerá a “Administração Pública”¹⁶ e o sentido de servidor público (art. 5º e parágrafos); bem como a imposição de responsabilidade solidária entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, embora esta responsabilidade se limite à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.¹⁷

Quando a aplicação da Lei se der sobre um partido político, há muitos detalhes a serem observados, sob pena de ampliar demasiadamente o poder de punição da norma sobre entes que não colaboraram com os atos de corrupção. O primeiro ponto que merece ser frisado é com relação à estrutura legal de um partido, que é uma pessoa jurídica de natureza complexa. Cada diretório da agremiação possui o seu próprio CNPJ¹⁸ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), necessário para dotá-lo de personalidade jurídica. Ou seja, o partido forma uma sigla, que é composta por diretórios zonais, municipais, estaduais ou distrital e um nacional, o que faz com que existam diversas pessoas jurídicas sob uma mesma

¹⁴ Este, na verdade, é um entendimento que já tem o consenso da doutrina, embora se enfoque somente as empresas. Sobre o princípio da igualdade, cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conceito jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 37-39.

¹⁵ Como exemplo de doutrina que denomina a lei desta forma, vid., por todos, LEAL, Rogério Gesta. A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos. **Interesse Público** [recurso eletrônico]. São Paulo, vol. 16, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

¹⁶ Sobre a compreensão deste termo através da perspectiva do cidadão e dos direitos humanos, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e Direito Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p.247-254, jul./dic. 2014.

¹⁷ Vid. art. 1 ao 4 e parágrafos, Lei 12.846/2013.

¹⁸ IN-RFB (Instrução da Receita Federal do Brasil) nº 1.470/2014, que “Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ): “Art. 4º São também obrigados a se inscrever no CNPJ: (...) § 6º A inscrição dos partidos políticos no CNPJ ocorre por meio de seus órgãos de direção nacional, regional e local, cadastrados exclusivamente na condição de estabelecimento matriz.

“bandeira”.¹⁹ Identificar quem foi que praticou o ato tipificado como corrupção é essencial para que a sanção não seja aplicada a outra pessoa jurídica que não tenha colaborado para este fim, embora faça parte da mesma organização partidária. Outra questão importante é que, durante o período de campanha, há um CNPJ para cada candidato (para fins de arrecadação e gastos de recursos).²⁰ No último dia de dezembro do ano eleitoral o CNPJ dos comitês financeiros (únicos ou não) são extintos, passando todas as obrigações para a responsabilidade do respectivo partido, no seu âmbito territorial. Ainda nesta linha, o art. 17 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a criação, fusão, incorporação e extinção das organizações partidárias, o que é repetido no art. 2º da Lei nº 9.096/95, Lei dos Partidos.

Diante disto, poder-se-ia cogitar em um paralelo com o conceito de um grupo econômico²¹ e a estrutura de um partido político, conforme descrito. Sabe-se que a responsabilidade dos membros de um grupo econômico se difere segundo o ramo do Direito que se aborda.²² No entanto, caso o raciocínio seja admitido como possível, os diretórios do partido, bem como as pessoas jurídicas formadas para a campanha eleitoral (candidatos) seriam solidariamente responsáveis, nos termos do §2 do art. 4 da Lei 12.846/2013, limitando-se esta solidariedade ao pagamento de multas e reparação integral do dano causado, quando há alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão.

Ocorre que esta interpretação geraria conflito com o disposto no art. 15-A da Lei 9.096/95, Lei dos Partidos, que é claro ao estatuir que: “A responsabilidade, inclusive civil e trabalhista, cabe exclusivamente ao órgão partidário municipal, estadual ou nacional que tiver dado causa ao não cumprimento da obrigação, à violação de direito, a dano a outrem ou a qualquer ato ilícito, excluída a solidariedade de outros órgãos de direção partidária”. Esta disposição pode ser interpretada como aberta, uma vez que cita textualmente as responsabilidades civis e trabalhistas, não excluindo outras, o que pode ensejar a inclusão de responsabilidades administrativas. Sendo esta uma lei especial, destinada às agremiações, ela prevaleceria sobre a Lei Anticorrupção, que é uma norma geral para todas as pessoas jurídicas, o que, a princípio, impossibilitaria a solidariedade entre os diretórios de um mesmo partido, principalmente se o

¹⁹ Vid. art. 30 da Lei 9.096/95, Lei dos Partidos.

²⁰ Antes da última reforma política aprovada por meio da Lei nº 13.165/15, havia a previsão de um comitê financeiro do partido para a arrecadação e gastos de recursos econômicos, que por sua vez também contava com um CNPJ. Atualmente, somente o candidato deve se inscrever no CNPJ para este fim, não existindo mais a figura do comitê (vid. art. 22-A da Lei 9.504/97).

²¹ Cf. art. 265 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) e §1º, do art. 4º da Resolução 02/2012, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

²² No Direito Societário, inexistente a imposição da solidariedade como regra geral, mas pode ocorrer excepcionalmente por mérito da desconsideração da personalidade jurídica. No caso do Direito de Concorrência, a solidariedade é expressa entre os que compõem o grupo pelas obrigações contraídas e pelos atos individualmente praticados pelos seus membros. (CASTRO, Marina Grimaldi de. As definições de grupo econômico sob a ótica do direito societário e do direito concorrencial: entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade solidária entre seus componentes. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=af3b0930d888e15a> > Acesso em 27 ago. 2015. p. 3).

partido for considerado como um tipo de associação,²³ não ensejando direitos e obrigações recíprocas.²⁴ No entanto, esta é apenas uma hipótese de interpretação, devendo a questão ser aprofundada para uma melhor solução desta que parece ser uma antinomia.²⁵

As coligações partidárias não entram neste rol, uma vez que não possuem CNPJ.²⁶

A responsabilização da agremiação partidária será objetiva, como para todas as pessoas jurídicas submetidas à norma. Basta a comprovação da prática do ato ilícito pelo partido, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro.²⁷ Com a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, há um claro aumento na probabilidade de uma condenação, uma vez que se rompe com a necessidade de demonstração de culpa ou dolo. Porém, não há exclusão da responsabilidade de dirigentes e filiados pessoas físicas envolvidas diante da responsabilidade objetiva do partido político. Eles responderão na medida de sua culpabilidade, requerendo um conjunto de provas capaz de sustentar a condenação. Ressalte-se que é neste ponto onde reside a maior dificuldade para a comprovação de casos de corrupção.²⁸ É inegável que se trata de uma lei bastante severa.

Dirimida qualquer incerteza sobre a aplicação da Lei 12.846/2013 às organizações partidárias, cabe então a análise de como isto poderia ser feito em um caso concreto. A análise será realizada conforme os capítulos da norma em questão nos tópicos que seguem.

3. Dos atos lesivos à Administração Pública

²³ Aderindo às lições de WEBER, Max. **Economia e sociedade II**. Brasília: UnB, 2004. p. 544 e ss.

²⁴ Vid. AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2000. p. 285.

²⁵ Os critérios para a solução de antinomias nunca formarão um consenso, por passar pela via interpretativa (Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 27). No entanto, parece ser mais acertado, neste caso, o caminho exposto por Bobbio em BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 95-97.

²⁶ IN-RFB nº 1.470/2014: “Art. 4º. § 7º Não são inscritas no CNPJ as coligações de partidos políticos.”

²⁷ Há um debate intenso na doutrina administrativista sobre a constitucionalidade desta responsabilidade objetiva. Como não é objeto direto deste trabalho, recomenda-se a leitura de OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2009. p. 380-381; ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (coord.). **Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 161-167; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, Marcelo Diniz do. **Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29-58.

²⁸ NÓBREGA, Antônio Carlos. A nova lei de responsabilização de pessoas jurídicas como estrutura de incentivos aos agentes. **Economic analysis of Law review**. vol. 5, n. 1, jan./jun., 2014. p. 143. Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Véras de Freitas entendem que, para a comprovação do dolo ou da culpa grave dos dirigentes e administradores da pessoa jurídica, também deve haver a identificação desse dolo como algo específico, direcionado a lesar a probidade da Administração Pública, o que não abrange os inábeis e os imperitos, seguindo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Véras de. A juridicidade da lei anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo**. vol. 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/9896/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 abr. 2015).

O art. 5º da Lei traz um longo rol de condutas tipificadas como atos lesivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; contra os princípios da administração pública²⁹ ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.³⁰ Embora o legislador tenha privilegiado ações conectadas a licitações e contratos (que, inclusive, já constam na Lei de Licitações, porém sem a possibilidade de responsabilização objetiva),³¹ elas podem ter como sujeito um partido político, que pode colaborar para a formação de um cartel para fraudar o caráter competitivo da licitação, fazendo com que vença o seu principal financiador de campanha (ponto este muito trazido à baila pelos que defendem a proibição de doações de pessoas jurídicas nas campanhas eleitorais), bem como realizar as demais ações previstas na norma. Nota-se que o legislador, no afã de abranger o maior número de ações corruptas possíveis, terminou sendo algo repetitivo nesta questão. Assim, é possível se cogitar a participação de um partido político em todas as condutas listadas no art. 5º.

Há condutas que não foram diretamente contempladas pela norma e que são comumente praticadas por parlamentares – seja em nome do partido ou em seu próprio - como o tráfico de influência ou a obtenção de informações privilegiadas. Ambos são muito confundidos com a prática do *lobby*, porém, possuem muitas diferenças que não permitem que sejam utilizados como sinônimos. O *lobby* não é sinônimo de corrupção, existindo uma linha de separação muito clara entre eles.³² O *lobby* defende interesses de agentes identificáveis por meio de um processo que, em princípio, exclui totalmente a troca de favores. Isso se comprova facilmente pelo fato de que instituições de grande prestígio³³ e de caráter diverso do econômico recorram frequentemente ao *lobby* na busca de seus interesses. Além disso, o *lobby* exclui mutuamente a corrupção, pois fazer *lobby* é dispendioso, caro, não tendo um resultado certo, algo que é descartado com a corrupção, que costuma ser imediata e pode ser inclusive mais barata.³⁴

²⁹ Para uma análise destes princípios no marco da Lei de Improbidade Administrativa, cf. BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 108 e ss.

³⁰ Cita-se como exemplo: a) A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada por meio da resolução 58/4 e apresentada na Conferência Política de Alto Nível, em Mérida, Yucatán, México (9 a 11 de dezembro de 2003). Tal convenção foi firmada por 95 países na ocasião e ratificado pelo Brasil pelo Decreto 5.687/06, em 31 de janeiro; b) Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, aprovada pela Assembleia Geral pela resolução 55/25 de 15 de novembro de 2000, firmada pelos países entre 12 e 15 de dezembro do mesmo ano em Palermo, Itália; c) Convenção Interamericana contra a Corrupção celebrada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovada em uma Conferência Interamericana Extraordinária e aberta à assinaturas em Caracas em 29 de março de 1996. Sua entrada em vigor foi em 6 de março de 1997; d) Convenção para Combater Subornos de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais firmada em 17 de dezembro de 1997 pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD).

³¹ ORTOLAN, Marcelo Augusto *et al. Op. Cit.* p. 170.

³² Por isto que, no Brasil, a regulação do *lobby* seria uma providência muito bem-vinda para o combate à corrupção, a exemplo de outros países, como os Estados Unidos e o Chile.

³³ Como a Universidade de Harvard, centros de pesquisa, a ONU, diversas ONGs como Médico sem Fronteiras, e tantas outras.

³⁴ GRAZIANO, Luigi. O *lobby* e o interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol. 12, n. 35, fev. 1997. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009 >

Feita esta observação, os incisos I, II e III, do art. 5º, parecem estar mais ao alcance da prática pelos partidos políticos. Embora os dois últimos sejam tipos que requeiram comprovação (fugindo um pouco do restante da norma, que se embasa na responsabilidade objetiva), as organizações partidárias, quando objetivam a prática de um ato de corrupção, muitas vezes se utilizam de empresas interpostas ou de pessoas físicas para tal, prometendo vantagens dentro da Administração Pública após a posse do candidato no cargo eletivo. Pode-se pensar em um caso de financiamento de campanha de um candidato com dinheiro vindo desde o pagamento de propina por alguma empresa a alguma estatal ou um partido, ou mesmo com dinheiro fruto de desvio dos cofres públicos. A campanha e, por conseguinte a estrutura do partido, neste caso, será usada como meio de regularizar estes recursos econômicos e provavelmente atenderá às normas de financiamento de campanhas constantes na Lei 9.504/97, a fim de não levantar suspeitas. A comprovação que ensejará a aplicação da Lei Anticorrupção poderá se dar através da fiscalização realizada pela Justiça Eleitoral das contas de campanha, averiguando-se se um determinado valor foi realmente utilizado para o fim que se indica na prestação de contas. Em casos de lavagem de dinheiro por campanhas eleitorais, geralmente a empresa ou pessoa contratada não existe, ou nem chegou a prestar o serviço, fornecendo uma nota inválida e, muitas vezes, superfaturada.

No entanto, cabe ressaltar que a Justiça Eleitoral não realiza esta fiscalização material das contas, mas tão somente uma verificação formal, atendendo à lógica contábil,³⁵ o que compromete a eficácia das medidas de controle, bem como a reunião de um conjunto probatório capaz de ensejar a condenação.³⁶

Outra questão é se tais condutas tipificadas na Lei não poderão ser utilizadas em estratégias antiéticas de disputa de poder. A Lei Anticorrupção é considerada bastante rigorosa em seus efeitos sobre as empresas, não sendo diferente no caso das organizações partidárias. As condutas, neste sentido, são dispostas de forma flexível e muito pouco objetiva, concedendo um alto grau de discricionariedade ao que aplicará a norma. Os próprios princípios da Administração Pública já possuem certa elasticidade,³⁷ o que por si só já confere ao Estado uma ampla margem de atuação.³⁸ Trata-se de um aspecto delicado quando envolve um partido, uma vez que a dinâmica da política é, às vezes, e lamentavelmente, pouco ética. A “caça ao adversário” pode ser favorecida com estes tipos tão abertos, princi-

Acesso em 20 ago. 2015. Cabe sublinhar que não se ignora a relação do **lobby** com práticas ilegais. No entanto, a sua obrigatória conexão com atividades ilícitas o descaracteriza da sua real função e atuação na democracia. Parafrazeando Said Farhat, *lobby* não é tráfico de influência; intercâmbio de interesse; jogadas escusas; uso de dinheiro para favores; tratamento especial; bem como nada relacionado à corrupção. (FARHAT, Said. **Lobby** – o que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos. São Paulo: Aberje, 2007. p. 153).

³⁵ Cf. art. 34, §1º, Lei 9.096/95.

³⁶ Neste sentido, cf. HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; *et al.* Redes de Financiamento Eleitoral nas Eleições de 2008 no Litoral do Paraná. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 103-131, 2014.

³⁷ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 162-163.

³⁸ NÓBREGA, Antônio Carlos. *Op. Cit.* p. 144.

palmente em seu processamento por meio do procedimento administrativo para a apuração dos fatos, que se verá adiante. A alta discricionariedade aportará um peso importante que incentivará o investigador malfeitor a obter benefícios políticos (ou mesmo econômicos, pela extorsão ou troca de favores) que, talvez, jamais obteria pelas regras do jogo convencional e democrático.³⁹

4. Da responsabilização administrativa: sanções previstas e sua dosimetria

A Lei nº 12.846/13 prevê dois tipos de sanções:⁴⁰ multa e obrigatória publicação extraordinária da decisão condenatória. Aliando estes dois tipos, a norma busca atingir dois aspectos bastante relevantes das pessoas jurídicas: o econômico e o da imagem. As multas possuem valores elevados, podendo ser de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Caso não seja possível utilizar-se esse critério, a multa variará entre R\$ 6.000 e R\$ 60 milhões.

Há diversos questionamentos que surgem no caso de uma das partes envolvidas ser um partido político. Em primeiro lugar, uma organização partidária goza de imunidade tributária, nos termos do art. 150, VI, “c” da Constituição Federal de 1988 e arts. 9 e 14 do Código Tributário Nacional. Os fundamentos principais são o reconhecimento da importância das agremiações partidárias para a democracia, além da sua não-lucratividade.⁴¹ Em tese, as organizações partidárias não geram renda, o que poderia levar a crer que não haveria “faturamento” a ser considerado, forçando a aplicação do critério numérico para a dosimetria da multa. No entanto, poder-se-ia cogitar na verificação de uma base de cálculo para auferir este valor a ser pago, antes de se utilizar diretamente o critério numérico.

As prestações de contas anuais apresentadas por cada diretório de partido à Justiça Eleitoral comprovam a existência de patrimônio e a geração de algum tipo de renda.⁴² A Resolução 23.432 de 2014 do Tribunal Superior Eleitoral dispõe, em seu art. 5º, que as fontes de receita dos partidos são: (i) recursos oriundos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário); (ii) doações ou contribuições de pessoas físicas ou jurídicas destinadas à constituição de fundos próprios; (iii) sobras financeiras de campanha, recebidas de candidatos e comitês financeiros (extintos com o advento da Lei nº 13.165/15); (iv) doações de pessoas físicas e jurídicas, inclusive outras agremiações

³⁹ A doutrina já aponta esta questão como sendo um provável foco de novas formas de corrupção que a própria Lei Anticorrupção produzirá, quando aplicada. Neste sentido, cf. GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015.

⁴⁰ Há debates sobre qual seria a natureza destas sanções, se administrativa ou penal. Neste sentido, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. A. “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 82, dezembro de 2013, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>> Acesso em 28 ago. 2015.

⁴¹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 191-192.

⁴² Vid. art. 32 da Lei 9.096/95, Lei dos Partidos.

partidárias, destinadas ao financiamento de campanhas eleitorais (observando-se a proibição de doações de pessoas jurídicas como consequência do julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal); (v) recursos decorrentes da alienação ou locação de bens e produtos próprios, da comercialização de bens e produtos ou da realização de eventos; (vi) doações estimáveis em dinheiro; (vii) rendimentos de aplicações financeiras, respeitando-se a natureza dos recursos aplicados.

Nesta linha, as organizações partidárias conseguem ter uma vida financeira como outra empresa qualquer, obtendo, inclusive, rendimentos de certas operações que realizam, como tipos de investimentos bancários automáticos (CDC, conta remunerada, etc.).⁴³ Portanto, para estimar uma espécie de “faturamento” dos partidos, bastaria confrontar as prestações de contas apresentadas na Justiça Eleitoral de um ano para outro. A variação, se positiva, indicaria lucro e, se negativa, prejuízo. Parece admissível este raciocínio, principalmente porque cada CNPJ deve apresentar as suas contas em separado.

Apesar da aparente tranquilidade para a solução do cálculo no caso dos partidos, há outro detalhe importante constante na Lei 12.846/2013: a multa nunca será inferior à vantagem auferida, quando possível a sua estimação, o que pode levar à inviabilidade da manutenção e sobrevivência das agremiações e de seus respectivos diretórios. Isto é algo que preocupa muito a doutrina quando se trata de empresas, uma vez que a impraticabilidade de suas atividades mercantis denota a severidade da norma.⁴⁴ No caso dos partidos, isto pode ser ainda mais inquietante, dado o seu papel na democracia. Fazer com que uma organização partidária cesse as suas funções por insuficiência econômica pode ser muito prejudicial desde o ponto de vista político. Os partidos majoritários e parlamentares possuem melhores condições de afrontar encargos financeiros assim do que os de pequeno porte, que são a maioria no sistema brasileiro. Sabe-se que atos de corrupção costumam render grandes montantes de recursos econômicos⁴⁵ e que talvez ultrapassem a capacidade econômica de, senão todos, muitos dos partidos existentes. Obviamente que este pode ser um raciocínio que aporte eficiência para dissuadir os diretórios partidários a não se envolverem em casos de corrupção, pois seria o equivalente a arriscar a sua própria extinção. No entanto, penalizar um partido desta forma, forçando o final de suas atividades, não é o mesmo que fazer isto com uma empresa. A recuperação econômica de uma agremiação pode ser impossível, conduzindo-a a sua extinção. E uma vez que isto ocorra, dever-se-á começar do zero a fundação de uma nova, a partir de um procedimento difícil e muito burocrático.⁴⁶ Se esta situação for

⁴³ Como ilustração disto para os diretórios nacionais dos partidos, cf. <http://www.tse.jus.br/partidos/contas-partidarias/prestacao-de-contas-partidarias/demonstrativos-prestacao-de-contas-2014> Acesso em 27 ago. 2015.

⁴⁴ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Op. Cit.*

⁴⁵ Na maioria dos casos verifica-se que o ganho máximo estimado dos agentes corruptos está relacionado ao valor da licitação ou contrato administrativo objeto da operação.

⁴⁶ Embora seja um tema muito polêmico, o procedimento de criação de partidos é muito criticado pela doutrina eleitoralista. Neste sentido, cf. CUNHA, Sérgio Sérulo da. Reforma eleitoral-partidária. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 125, p. 5-12. jan./mar. 1995; MEZZAROBÀ, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 248 e ss.

considerada no pior contexto possível, o próprio pluralismo político poderia ser posto em jogo, mantendo somente os partidos com melhor condição econômica.

Provavelmente a solução para esta questão passe pela avaliação dos critérios descritos no art. 7º. Neste ponto, cabe destacar a falta de objetividade dos parâmetros trazidos pelo legislador, bem como o seu alto nível de discricionariedade.⁴⁷ Embora a publicação do Decreto nº 8.420/2015 – aprovado, após dois anos da vigência da Lei, pela Presidência da República - fixe alguns critérios para o cálculo das multas, são medidas que podem variar muito conforme o caso concreto, acrescido do fator político, no caso das agremiações.

Já no caso da publicação obrigatória da decisão condenatória, seguramente isto terá reflexos políticos na imagem dos partidos, embora existam dúvidas sobre o seu impacto como sanção. As organizações partidárias já sofrem, cotidianamente, danos muito significativos na sua imagem, seja por meio do discurso contra a classe política, ou pela opinião pública, que não os poupa de um julgamento bastante negativo. No entanto, também é certo que os partidos se esforçam para se livrar das consequências eleitorais que possam advir de uma publicação desta natureza, principalmente em tempos eleitorais, o que é complicado em um sistema político altamente competitivo como o brasileiro.⁴⁸ A influência sobre o eleitorado de uma publicação deste tipo pode distorcer os resultados das urnas, e isto é algo que deve ser considerado no momento de determinar a execução da sanção. O indicado seria que isto não ocorresse em períodos eleitorais, ainda que isto também provoque questionamentos de ordem social, já que os cidadãos merecem ter estas informações a fim de poder decidir melhor o seu voto. Portanto, a disputa eleitoral deve ser considerada para que esta sanção seja aplicada com prudência, e não ser utilizada como recurso de campanha negativa ou de manobra política para influenciar desmedidamente o eleitorado.

Outro ponto que merece consideração é sobre a hipótese de *bis in idem* na aplicação de sanções dispostas na Lei Anticorrupção e em outras incidentes sobre os partidos. Esta é uma preocupação trazida pela doutrina na análise da norma sobre as empresas⁴⁹ e deve ser também trasladada nos casos envolvendo partidos políticos. Configurada alguma ação que vincule lavagem de dinheiro em campanhas; financiamento irregular; ou qualquer outra conduta tipificada no longo rol contido na Lei Complementar 64/90 (Lei de Inelegibilidade), não há dúvidas que cabem sanções também desde a esfera eleitoral. Esta lista foi aumentada expressivamente pela aprovação da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), que é constantemente criticada pelos autores eleitoralistas, uma vez que produz efeitos diretos nos direitos

⁴⁷ Para alguns autores, isso é algo negativo. Nesse sentido, cf. ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; *et al. Op. Cit.* p. 172, que também criticaram a redação do projeto que deu origem à lei.

⁴⁸ Cf. CARNEIRO, Leandro Piquet; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Definindo arena política local: sistemas partidários municipais na federação brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v.51, n.2, p. 403-432. 2008. p. 407.

⁴⁹ Vid. GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, ene./jun. 2015. p. 81.

políticos das pessoas físicas implicadas.⁵⁰ Neste contexto, em uma primeira análise, independentemente da natureza que se atribua à sanção vinda desde a Lei da Ficha Limpa ou da Anticorrupção, aquela afeta os agentes que participaram na consumação da conduta, e esta a pessoa jurídica envolvida, ou seja, o partido. Aparentemente, não parece haver *bis in idem*.

Ocorre que há dúvidas sobre a existência de *bis in idem* quando há a aplicação de sanções dispostas na Lei 9.096/95, que se referem a, basicamente, suspensão do pagamento das cotas do fundo partidário e incidem sobre os diretórios dos partidos, pessoa jurídica. As condutas tipificadas giram em torno a questões do financiamento dos partidos,⁵¹ algo que pode também se configurar como um ato descrito na Lei Anticorrupção (art. 5º). Neste caso, o debate é saber se ambas as sanções possuem natureza administrativa ou se segue havendo independência de instâncias, já que a primeira é oriunda da Justiça Eleitoral e a outra de um procedimento administrativo.

Dúvidas também persistem em caso de sanções impostas às pessoas físicas que poderão sofrer as sanções da Lei Anticorrupção, da Lei da Ficha Limpa e, ainda, da Lei de Improbidade e Lei de Licitações. Esta questão pode ser muito problemática, pois se deve analisar a natureza das sanções que são impostas por cada norma, se civil-administrativa, se penal, etc. Não há consenso doutrinário sobre o tema, o que se torna ainda mais complicado em se tratando de sanções eleitorais. Não é uma solução fácil e, por necessitar de um aprofundamento incompatível com as dimensões deste estudo, não poderá ser aqui tratada.⁵²

No que tange aos critérios de dosimetria da multa, um fator importante para as empresas pode ser também pensado no caso dos partidos políticos. É a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, o que se conhece por *compliance* no âmbito empresarial.⁵³ Isto traduz um dos objetivos da norma,

⁵⁰ Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A lei ficha limpa em revista e os empates no STF: liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. **DPU**, n. 38, p. 199-212, mar./abr. 2011.

⁵¹ Cf. art. 36, I e II, Lei 9.096/95.

⁵² Segundo o Supremo Tribunal Federal, a natureza das sanções da Lei da Ficha Limpa é eleitoral, o que, em tese, autorizaria a sua incidência sobre o caso. Cf. STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade 29 e 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578. Este é um tema muito controverso na doutrina eleitoralista e, por isto, recomenda-se a leitura de SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário: a LC 135/10 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013, trabalho em que se defende a natureza penal das sanções impostas pela Lei da Ficha Limpa. Por outro lado, já sobre as sanções da Lei Anticorrupção, também no sentido de identificá-las como de natureza penal, cf. BOTTINI, Pierpaolo. Direito de defesa: A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta> > Acesso em 28 ago. 2015. Sobre aspectos gerais deste debate, cf. PINHO, Clovis Alberto Bertolini de. Desconsideração administrativa da personalidade societária – compatibilidades e possibilidades da lei anticorrupção. **Revista digital de direito administrativo**, São Paulo. vol. 2, n° 1, 2015. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/85271/0> > Acesso em 28 ago. 2015.

⁵³ Sobre o tema na esfera das empresas, há farta literatura. Vid., por todos, GABARDO, Emerson; MORETTINI, Gabriel Castella e. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. vol. 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

que é o de prevenir a ocorrência de atos de corrupção com a colaboração da própria pessoa jurídica, que por sua vez tem o dever de vigiar e de saber o que acontece em seu interior.

Diante disto, um paralelo poderia ser feito, primeiramente, com os estatutos das organizações partidárias. Segundo o art. 15, V, da Lei 9.096/95, os estatutos devem conter disposições sobre fidelidade e disciplina partidárias, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa. A partir disto, poder-se-ia cogitar na utilização destas regras como atenuantes da multa, embora se reconheça que o conteúdo dos estatutos referente ao assunto é escasso e apenas o necessário para atender a norma citada.⁵⁴ Por outro lado, há partidos que adotam um Código de Ética.⁵⁵ Assim, tanto este código quanto o estatuto poderiam ser utilizados como atenuantes da multa, algo que seria mais apropriado em uma comparação com a ideia do *compliance*. Isto pode, inclusive, motivar as demais organizações partidárias a aprovar um Código de Ética ou de Conduta e a realmente exercer vigilância de seus membros, de modo que os dissuada de participar em atos de corrupção. Seguramente isto também poderá impactar positivamente na imagem tão negativa das agremiações diante da sociedade.

5. Do processo administrativo

Certamente este é um dos pontos que mais causam polêmica na Lei nº 12.846/13. Como a aplicação da norma ocorrerá de forma descentralizada pelos entes federativos, parece ser bastante provável que as diferenças regionais, junto com as carências técnicas existentes entre elas, a falta de uniformidade e o desconhecimento das regras constantes no ordenamento jurídico em diversos aspectos, podem trazer inúmeras dificuldades para as comissões responsáveis pela apuração dos fatos, considerando, ainda, que esta é constituída *ad hoc*.⁵⁶ Neste sentido, a doutrina já alerta para um cenário de instabilidade, com sanções desiguais para casos similares, a partir de procedimentos inadequados e da inobservância de princípios e normas já positivados na legislação, conduzindo a uma judicialização em massa das decisões resultantes desses processos.⁵⁷

No entanto, no caso dos partidos políticos, o debate ganha densidade. A primeira questão é sobre eventual parcialidade política que possa existir no órgão competente para a instauração do procedimento administrativo. Em âmbito federal, há a Controladoria Geral da

⁵⁴ Como exemplo, cf. os estatutos dos dois principais partidos do país: https://www.pt.org.br/wp-content/uploads/2014/04/ESTATUTO_PT_2012_-_VERSAO_FINAL_registrada.pdf e <http://static.psd.org.br/wp-content/uploads/2010/04/estatuto-atualizado-05-07-2015.pdf> Acesso em 28 ago. 2015.

⁵⁵ Dos 35 partidos ativos no Brasil, 19 não possuem um Código de Ética ou de Conduta: Partido Comunista Brasileiro; Partido Comunista do Brasil; Partido da Causa Operária; Partido Democrático Trabalhista; Partido Ecológico Nacional; Partido Pátria Livre; Partido Republicano Brasileiro; Partido Renovador Trabalhista Brasileiro; Partido Social Cristão; Partido Social Democrático Cristão; Partido Socialismo e Liberdade; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados; Partido Trabalhista Brasileiro; Partido Social Democrático; Partido Trabalhista Cristão; Partido Trabalhista do Brasil; Partido Novo; Rede Sustentabilidade e Partido da Mulher Brasileira.

⁵⁶ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; *et al. Op. Cit.* p. 182.

⁵⁷ NÓBREGA, Antônio Carlos. *Op. Cit.* p. 147.

União, porém não há órgãos equivalentes em âmbito estadual e municipal, algo que já é um problema.⁵⁸ Além disso, como já dito, a comissão que apurará os fatos será formada *ad hoc*, ou seja, poderá ser composta por servidores que, embora estáveis, possam ser forçados a atender os interesses do partido da situação,⁵⁹ podendo se utilizar deste procedimento para fins de perseguição política, ou até mesmo, em caso de segunda eleição (não sendo possível nova reeleição), como retaliação política ao partido que possa vir a assumir. Não se pode descartar a possibilidade de que este procedimento de verificação e investigação dos fatos seja usado tão somente para fins políticos,⁶⁰ em um claro desvio do objetivo central da norma, que é o combate à corrupção.

Ainda nesta linha, neste ponto cabem as mesmas críticas feitas pela doutrina sobre eventual surgimento de novos tipos de corrupção, já mencionado neste trabalho. A grande maioria dos mais de 5.500 municípios brasileiros não possui a mínima condição financeira, administrativa e técnica para garantir a eficácia e a lisura da aplicação da lei. Além disto, e principalmente na esfera municipal, a competição política é um assunto muito sério e intenso, sendo, muitas vezes, algo pessoal entre os adversários (ainda que sejam do mesmo partido). Diante disto, servidores envolvidos na comissão de apuração dos fatos poderão utilizar-se do alto nível de discricionariedade que a lei os confere para praticar extorsão;⁶¹ chantagem (ameaçando tornar público o que está sendo investigado; forjar provas que gerem algum fato corrupto, somente para fins de acusação gratuita) ou até vingança pessoal. A disputa política, nestes termos, pode ser levada ao extremo, tornando o jogo acentuadamente antiético. Não é demais lembrar que, na política, infelizmente o “vale-tudo” insiste em se fazer presente em certas esferas.

No que se refere ao possível *bis in idem* provocado pela inexistência de mecanismos de coordenação das atividades dessas comissões entre as esferas federativas, como

⁵⁸ Não se pode garantir nem mesmo a imparcialidade política da CGU.

⁵⁹ Aqui se pode fazer um paralelo às críticas feitas para o processo administrativo disciplinar. Neste sentido, GRECHINSKI, Maria Izabel Pohl. Do julgamento político dos processos administrativos disciplinares e a necessidade de uma justiça administrativa disciplinar especializada brasileira. **Fórum Administrativo – FA**, vol. 6, n. 61, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=34413&idPublicacao=1>> Acesso em 28 ago. 2015.

⁶⁰ As lições do prof. Romeu Felipe Bacellar Filho são imperiosas neste tema. Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, vol. 9, n. 37, jul./set., 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=62554&idPublicacao=7>> Acesso em 28 ago. 2015. Ainda sobre o assunto, cf. REIS, Luciano Elias; PASTRE, Diogo William Likes. A imprescindível defesa prévia no processo administrativo sancionador. **Revista Síntese Direito Administrativo**, vol. 8, p. 9-23, 2013.

⁶¹ Nesse sentido, dentro da esfera empresarial, cf. NÓBREGA, Antônio Carlos. Op. Cit. p. 151. Embora José Anacleto Abduch Santos entenda que é possível que a comissão sugira o afastamento de agente público das atribuições de seu cargo ou função sempre que houverem indícios de irregularidades provocadas por ele na investigação, acredita-se que assumir isso como realidade ou como regra é algo ingênuo, principalmente considerando o pragmatismo político que impera atualmente no Brasil. (Cf. SANTOS, José Anacleto Abduch. Capítulo IV – Do processo administrativo de responsabilização. In: SANTOS, José Anacleto Abduch; et al. Op. Cit. p. 209-210).

alertado pela doutrina,⁶² parece ser um problema quando há empresas envolvidas, mas não organizações partidárias, que também possuem estruturas que atendem aos níveis federativos. Neste sentido, os diretórios municipais, com seus respectivos CNPJs, serão investigados pelos órgãos municipais; os diretórios estaduais, pelos estados; e o diretório nacional, pela Controladoria Geral da União. Portanto, isto não parece apontar grandes questões, como ocorre no caso das empresas.

Sobre a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica,⁶³ prevista no art. 14 da Lei Anticorrupção, sempre que se constatar o abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, parece ser um problema no caso de aplicação sobre os partidos, embora seja admitida na seara administrativa.⁶⁴ As organizações partidárias são um tipo de associação⁶⁵ sem fins lucrativos e de natureza complexa, o que faz com que o seu patrimônio e de seus filiados não se comuniquem, como ocorre com qualquer pessoa jurídica. No entanto, não é difícil visualizar a hipótese de uma agremiação ser utilizada por alguém para a prática de corrupção, como poderia acontecer com uma associação ou fundação. Portanto, é possível se pensar na imposição desta medida aos partidos, a fim de se alcançar os dirigentes. Porém, cabe lembrar que ela não é a regra, mas sim a exceção, bem como é necessário limitar esta desconsideração ao nível do partido envolvido nos fatos, utilizando-se do raciocínio analógico do conteúdo do art. 28, §5º, da Lei 9.096/95.⁶⁶

6. Dos acordos de leniência

O art. 16 da Lei Anticorrupção prevê a possibilidade de celebração de acordos de leniência, nos quais as pessoas jurídicas que praticarem atos previstos na lei colaboram com a Administração Pública para a identificação dos envolvidos, obtenção de informações e documentos comprobatórios da operação, etc. A probabilidade de descoberta de práticas de corrupção aumenta quando há a previsão desse tipo de acordos, gerando um ambiente de desconfiança entre as partes e abalando a tranquilidade dos agentes, como também

⁶² Por todos, vid. CARVALHOSA, Modesto. La nueva ley anticorrupción brasileña. *Ars Iuris Salamanticensis*. v. 2, jun. 2014. p. 44.

⁶³ Cf. art. 50 do Código Civil para a aplicação da desconsideração em seus moldes originários. Na doutrina, cf. NASCIMENTO NETO, José Osório do; REIS, Luciano Elias. Novas concepções sobre a desconsideração da personalidade jurídica na forma inversa como desafio contemporâneo do Direito para a Empresa. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ALMEIDA, Eneá de Stutz de; ROVER, Aires José; *et al.* (Orgs.). **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**. Desafios da contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas. v. 1. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux - FUNJAB, 2010. p. 4606-4614.

⁶⁴ Neste sentido, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 1084. Já específico sobre a Lei Anticorrupção, cf. PINHO, Clovis Alberto Bertolini de. *Op. Cit.*

⁶⁵ Conforme a linha já adotada no início deste trabalho.

⁶⁶ "Art. 28. (...) § 5º Em caso de não pagamento, as despesas não poderão ser cobradas judicialmente dos órgãos superiores dos partidos políticos, recaindo eventual penhora exclusivamente sobre o órgão partidário que contraiu a dívida executada."

colabora em uma tarefa notadamente difícil, que é a formação de um arcabouço probatório robusto para a condenação de corruptos.⁶⁷

A doutrina administrativista já apontou algumas falhas no modelo adotado pela Lei Anticorrupção,⁶⁸ que muito embora tenha se inspirado na Lei Antitruste, nº 12.529/11, aporta alguns desincentivos para a celebração de acordos desta natureza, bem como há autores que questionam a sua constitucionalidade.⁶⁹ No entanto, quando pensado nos partidos políticos, a possibilidade de realização destes acordos levanta muitos questionamentos.

O primeiro é com relação ao obrigatório reconhecimento da participação no ato corrupto por parte da organização partidária. Não se trata somente de uma produção de provas contra si mesmo, mas também na admissão que as contas prestadas à Justiça Eleitoral não são verdadeiras, ensejando também as penalidades previstas na Lei dos Partidos, que se referem basicamente ao repasse dos recursos do fundo partidário,⁷⁰ além das de cunho civil e penal que possam ser aplicáveis sobre os envolvidos, como o tesoureiro.⁷¹ Contudo, há hipóteses como a descrita no art. 36, III, da Lei dos Partidos que também prevê uma multa como sanção quando há recebimento de doações acima do limite legal. Neste caso, e aplicáveis ambas as multas das normas, poder-se-ia argüir sobre um possível *bis in idem*. Parece ser que, neste ponto, não há qualquer incentivo para que se celebrem acordos de leniência entre os partidos e a Administração Pública, uma vez que a confissão sobre a sua participação afeta os recursos do fundo partidário – muitas vezes a principal fonte de dinheiro das agremiações – além de sofrer com multas pelo mesmo fato e de ver os seus agentes mais facilmente expostos à responsabilização civil e penal.

O segundo questionamento é a confidencialidade desses acordos, já que não há nenhuma garantia disto na Lei Anticorrupção, embora o Decreto 8.420/2015 determine o sigilo da identidade da pessoa jurídica até a celebração do acordo (art. 39). No caso dos partidos, o uso político destes acordos não só pode prejudicar o andamento das investigações, como também pode impactar negativamente o período de campanha eleitoral, como já dito neste trabalho. O “vazamento” de informações referente a estes acordos ocorre com frequência, e muito embora os partidos políticos tenham que administrar cotidianamente a sua vinculação com escândalos de corrupção, o acordo de leniência carrega a confissão de quem o celebra, diferentemente do que é veiculado nos meios de comunicação como uma mera suspeita. Neste sentido, pode ser temerário que organizações partidárias adiram a estes pactos devido

⁶⁷ Vid. ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos – causas, consecuencias y reforma**. Madrid: Siglo XXI de España, 2001. p. 77.

⁶⁸ Cf. COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Capítulo V – Do acordo de leniência. In: SANTOS, José Anacleto Abduch; *et al.* *Op. Cit.* p. 234-236.

⁶⁹ Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, isto, inclusive, é inconstitucional, violando o art. 5º, LXIII da Constituição Federal e o art. 14, 3, “g” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Véras de. *Op. Cit.*).

⁷⁰ Vid. art. 36, Lei 9.096/95.

⁷¹ Vid. art. 34, II e 37, Lei 9.096/95.

à incerteza de sigilo e ao eventual uso destas declarações para fins políticos-eleitorais. O descrédito nos partidos já é uma realidade e já vem dando sinais disto nos atuais níveis de abstenção⁷² e nos crescentes movimentos sociais antipartidários.⁷³ Não há como negar os significativos prejuízos no sistema democrático diante deste panorama.

7. Da responsabilização judicial e da execução das sanções

A Lei Anticorrupção traz algumas disposições que tratam sobre a responsabilização judicial das pessoas jurídicas implicadas em atos de corrupção, que segue possível mesmo diante da sua condenação administrativa.

No caso dos partidos políticos, um ponto importante de ser abordado é o referente ao art. 19, que elenca algumas sanções que poderão ser pleiteadas pela via judicial: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. Trata-se de penalidades significativamente graves, levantando o risco do seu uso político-eleitoral, principalmente no que tange à eventual dissolução compulsória da agremiação.

No entanto, parece ser mais acertado afastar a aplicabilidade deste dispositivo diante da Lei dos Partidos, uma vez que lá já constam as hipóteses de cancelamento do registro de uma organização partidária e por ser esta uma lei específica. O art. 28 da Lei 9.096/95 já traz uma lista de casos nos quais é possível que o Tribunal Superior Eleitoral determine o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido, que são: (i) ter recebido ou estar recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira; (ii) estar subordinado a entidade ou governo estrangeiros; (iii) não ter prestado, nos termos desta Lei, as devidas contas à Justiça Eleitoral; e (iv) que mantém organização paramilitar. Portanto, deverá ser observada esta norma específica dos partidos políticos, em detrimento da geral para todas as pessoas jurídicas, como já defendido para outra questão neste trabalho. Contudo, na hipótese de aplicação da Lei Anticorrupção, há o problema da multiplicidade de CNPJs na estrutura de uma agremiação. Ou seja, por mais que se advogue pela incidência da Lei 12.846/2013, deve-se antes resolver como as sanções arbitradas atingirão somente o CNPJ que colaborou para os atos de corrupção, algo que, na prática, parece uma difícil tarefa.

⁷² Ainda que a abstenção eleitoral se explique por diversos fatores, é fato que nas eleições gerais de 2014 houve um recorde na taxa de não comparecimento, chegando a 30.137.479 de eleitores. Considerando que no Brasil o voto é obrigatório, não é de se ignorar tal percentual. (fonte: www.tse.jus.br).

⁷³ Cf. BAQUERO, Marcello; VASCONCELOS, Camila de. Crise de representação política, o surgimento da antipolítica e os movimentos apartidarismo no Brasil. Disponível em: <<http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2013/05/GT06-Cultura-politica-comportamento-e-opiniao-publica-MarcelloBaquero.pdf>> Acesso em 31 ago. 2015.

Ainda neste sentido, em casos das sanções previstas nos incisos II, III e IV do art. 19 da Lei Anticorrupção, entende-se que a competência é da Justiça Eleitoral, pela especificidade da matéria. Já para o caso do inciso I, julga-se mais adequada a Justiça Comum.

No que tange à execução das sanções no caso das organizações partidárias, existem duas incertezas, o que não excluem outras que porventura possam surgir. A primeira é relação à inclusão da pessoa jurídica no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), constante no art. 22 da Lei Anticorrupção. Como se trata de um cadastro de empresas, como o seu próprio nome indica, caberia a inclusão do partido? Sendo afirmativa a resposta, entende-se como correta a inclusão somente do titular do CNPJ objeto de investigação e condenação, e não o nome da agremiação, sem qualquer distinção. Novamente há o desafio de conciliar a estrutura complexa dos partidos à aplicação da norma, uma vez que tais agremiações se diferem em muitos aspectos de outros tipos de pessoas jurídicas, devendo tais especificidades serem observadas quando do cumprimento das regras.

Já a segunda questão é sobre o pagamento da multa com recursos do fundo partidário. Como já mencionado, há casos em que o partido (e seus diretórios, por consequência) possui tão somente o fundo partidário como fonte de arrecadação, sendo que este, na verdade, dedica-se ao financiamento público ofertado às organizações partidárias. Ou seja, é dinheiro público, mesmo que transmitido do diretório nacional aos de nível inferior.⁷⁴ Entretanto, o §2º da Resolução 23.432 do Tribunal Superior Eleitoral é objetivo ao estatuir que *os recursos provenientes do Fundo Partidário somente poderão ser utilizados para pagamento de encargos decorrentes de inadimplência de pagamentos, tais como multa de mora, atualização monetária ou juros, quando o valor da obrigação principal puder e for efetivamente arcado com recursos do fundo partidário, sendo vedada a sua utilização para pagamento de multas relativas a atos infracionais, ilícitos penais, administrativos ou eleitorais, ressalvadas aquelas pagas durante a campanha eleitoral nos termos do inciso XVI do art. 26 da Lei nº 9.504, de 1997*. Neste sentido, dever-se-á pensar em uma solução mais adequada para a execução das sanções de multa sobre as organizações partidárias.

8. Considerações finais

Foi possível verificar que a aplicação da Lei Anticorrupção enseja significativas dificuldades quando a parte investigada não é uma empresa, mas sim outro tipo de pessoa jurídica. No que se refere aos partidos políticos, levantam-se diversas questões que deverão ser forçosamente amadurecidas e avaliadas antes da sua incidência no caso concreto. É devido a isto que este trabalho não tem a pretensão de encerrar o debate, mas sim de provocar

⁷⁴ Poder-se-ia argumentar que, ao transferir os recursos entre as esferas dos partidos, eles deixam de ter natureza pública para tornar-se privada. No entanto, neste trabalho se entende que tais montantes continuam tendo perfil público, sendo este, inclusive, o principal fundamento da impenhorabilidade absoluta destes valores. Neste sentido, concorda-se com o teor dos REsp 1.474.605 e 1.476.928 da 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça. Ainda, cf. Resolução 23.432 Tribunal Superior Eleitoral, art. 17, §3º “Os recursos do Fundo Partidário, ainda que depositados na conta bancária prevista no inciso I do art. 6º desta Resolução, são impenhoráveis e não poderão ser dados em garantia.”

a reflexão da comunidade acadêmica, colaborando com alguns aportes teóricos, a fim de buscar uma melhor solução para as problemáticas tratadas ao longo do texto. Sabe-se que o combate à corrupção deve ser uma das prioridades dos governos. No entanto, esta luta não admite qualquer meio somente com base no seu resultado. A conciliação entre o controle da corrupção e a democracia forma, aqui, o ponto central das reflexões que devem nortear a punibilidade das organizações partidárias como pessoas jurídicas.

9. Referências

- AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2000.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, vol. 9, n. 37, jul./set., 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDflexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=62554&idPublicacao=7>> Acesso em 28 ago. 2015.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e Direito Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p.247-254, jul./dic. 2014.
- BAQUERO, Marcello; VASCONCELOS, Camila de. **Crise de representação política, o surgimento da antipolítica e os movimentos apartidarismo no Brasil**. Disponível em: <<http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2013/05/GT06-Cultura-politica-comportamento-e-opiniao-publica-MarcelloBaquero.pdf>> Acesso em 31 ago. 2015.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.
- BOTTINI, Pierpaolo. Direito de defesa: **A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>> Acesso em 28 ago. 2015.
- CARNEIRO, Leandro Piquet; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Definindo arena política local: sistemas partidários municipais na federação brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v.51, n.2, p. 403-432. 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHOSA, Modesto. La nueva ley anticorrupción brasileña. **Ars Iuris Salamanticensis**. vol. 2, p. 37-45. jun. 2014.
- CASTRO, Marina Grimaldi de. **As definições de grupo econômico sob a ótica do direito societário e do direito concorrencial**: entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade solidária entre seus componentes. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=af3b0930d888e15a>> Acesso em 27 ago. 2015.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Reforma eleitoral-partidária. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 125, p. 5-12. jan./mar. 1995.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A lei ficha limpa em revista e os empates no STF: liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. **DPU**, nº 38, p. 199-212, mar./abr. 2011.
- FARHAT, Said. **Lobby – o que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos**. São Paulo: Aberje, 2007.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

In: NASCIMENTO, Marcelo Diniz do. **Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FIESP. **Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. Disponível em: www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021. Acesso em 21 abr. 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015.

GABARDO, Emerson; MORETTINI, Gabriel Castella e. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. vol. 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte. vol. 11, n. 124, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=73528&idPublicacao=1>> Acesso em 31 ago. 2015.

GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. Democracia de Partidos “versus” Estado de Partidos. In: GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (coord.). **Derecho de Partidos**. Madrid: Espasa-Calpe, 1992.

GRAZIANO, Luigi. O *lobby* e o interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol. 12, nº 35, fev., 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009> Acesso em 20 ago. 2015.

GRECHINSKI, Maria Izabel Pohl. Do julgamento político dos processos administrativos disciplinares e a necessidade de uma justiça administrativa disciplinar especializada brasileira. **Fórum Administrativo – FA**. vol. 6, n. 61, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=34413&idPublicacao=1>> Acesso em 28 ago. 2015.

HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; *et alii* Redes de Financiamento Eleitoral nas Eleições de 2008 no Litoral do Paraná. **Paraná Eleitoral**, v. 3, n. 1, p. 103-131, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846). **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 82, dezembro de 2013, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>> Acesso em 28 ago. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014.

KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da democracia**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LA PALOMBARA, Joseph. Reflections on Political Parties and Political Development, Four Decades Later. **Party Politics**, London, vol. 13, n. 2, p. 141-154. 2007.

LEAL, Rogério Gesta. A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos. **Interesse Público** [recurso eletrônico]. São Paulo, v. 16, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conceito jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da lei anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo**. vol. 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/9896/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 abr. 2015.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; REIS, Luciano Elias. Novas concepções sobre a desconconsideração da personalidade jurídica na forma inversa como desafio contemporâneo do Direito para a Empresa. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ALMEIDA, Eneá de Stutz de; ROVER, Aires José; *et al.* (Org.). **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**. Desafios da contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas. vol. 1. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux - FUNJAB, 2010.

NÓBREGA, Antônio Carlos. A nova lei de responsabilização de pessoas jurídicas como estrutura de incentivos aos agentes. **Economic analysis of Law review**. vol. 5, n. 1, p. 138-152. jan./jun., 2014.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (coord.). **Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2009.

PINHO, Clovis Alberto Bertolini de. Desconconsideração administrativa da personalidade societária – compatibilidades e possibilidades da lei anticorrupção. **Revista digital de direito administrativo**, São Paulo. vol. 2, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/85271/0>> Acesso em 28 ago. 2015.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do ‘mensalão’ (APn 470/MG DO STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, vol. 22, n. 106, p. 181-214, jan. 2014.

REIS, Luciano Elias; PASTRE, Diogo William Likes. A imprescindível defesa prévia no processo administrativo sancionador. **Revista Síntese Direito Administrativo**, vol. 8, p. 9-23, 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos – causas, consecuencias y reforma**. Madrid: Siglo XXI de España, 2001.

ROSENN, Keith S.; DOWNES, Richard (Orgs.). **A corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário: a LC C135/10 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.

SANTANO, Ana Claudia. A medição da corrupção como avaliação do desenvolvimento e eficácia de políticas públicas: alguns métodos disponíveis. In: GONÇALVES, Oksandro; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Desenvolvimento & sustentabilidade – desafios e perspectivas**. Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, Íthala, 2015.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WEBER, Max. **Economia e sociedade II**. Brasília: UnB, 2004.

ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE O SISTEMA BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO*

BRUNO GUIMARÃES BIANCHI**

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da arbitragem; 3. Arbitrabilidade e indisponibilidade do interesse público; 4. A arbitragem nos contextos jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos; 5. O papel da cláusula arbitral nos contratos administrativos: os panoramas brasileiro e norte-americano quanto à arbitragem na Administração Pública; 6. Perspectivas com a mudança da Lei Arbitral Brasileira; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. Introdução

Desde a promulgação da Lei nº. 9.307 de 23 de setembro de 1996, a aplicação do instituto arbitral vem crescendo significativamente no Brasil. Apesar disso, esse crescimento não se mostrou tão significativo se forem considerados apenas procedimentos arbitrais que envolvam contratos administrativos. Fato interessante de se observar é que mesmo os Estados Unidos da América, país onde a utilização da arbitragem se mostra mais consolidada, tendo em vista que o *Federal Arbitration Act* foi editado em 1925, não vêm aplicando de maneira significativa a arbitragem em contratos administrativos.

Neste artigo, busca-se mostrar quais são as semelhanças e diferenças entre a aplicação da arbitragem em contratos administrativos no Brasil e nos Estados Unidos, onde um possui sua Lei de Arbitragem editada há menos de vinte anos, enquanto o outro possui uma lei arbitral nonagenária. Por fim, analisou-se os motivos da aplicação da arbitragem ser menos frequente em contratos públicos bem como qual o panorama da Arbitragem daqui para frente nos dois países.

No momento, a questão que se discute é quais são as vantagens e desvantagens que desenvolvidas até o presente quadro da utilização desse meio *alternativo* de solução de

* Artigo oriundo do trabalho classificado em 3º lugar na Sessão de Comunicados Científicos do Seminário Direito Administrativo e suas Transformações Atuais: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho.

** Acadêmico do 5º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Monitor e pesquisador pelo programa de iniciação científica do CNPQ.

conflitos em questões que envolvam a Administração Pública. Sendo a arbitragem cabível para resolver conflitos referentes a direitos disponíveis, é necessário discorrer sobre quais os motivos que levam a arbitragem a ser subempregada nos contratos públicos - tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos. Apesar de ter fundamental influência na decisão de pactuar o compromisso arbitral, o alto custo do procedimental não é o único motivo, devendo-se levar em conta valores regionais, políticos e sociais, entre outros. Por certo, a reforma feita recentemente na Lei Brasileira de Arbitragem busca difundir a contratação da via arbitral na esfera da Administração Pública, conforme se verá a seguir.

Sendo um trabalho científico, fez-se essencial um aprofundamento em determinado tema, sendo este acerca da utilização da arbitragem nos contratos administrativos em nosso país e nos Estados Unidos da América. Assim, é possível discorrer sobre quatro pontos fundamentais: 1) semelhanças e aproximações no *modus operandi* da arbitragem nos dois países; 2) diferenças e as razões da arbitragem ser aplicada de forma diversa; 3) qual o panorama para a arbitragem daqui para frente, tanto no Brasil, quanto nos EUA e; 4) quais as novidades trazidas pela reforma da Lei Brasileira de Arbitragem e de que forma poderá alterar o panorama envolvendo a contratação da via arbitral pela Administração Pública.

2. Aspectos gerais da arbitragem

A arbitragem é comumente definida como um “*meio alternativo e facultativo de solução de controvérsias*”¹ em que as partes, por intermédio de um contrato, atribuem poder a um terceiro, ou terceiros, para que resolva o litígio entre elas.²

A escolha dos árbitros pelas partes gera dois benefícios substanciais: o primeiro é o de que haverá uma maior segurança em relação ao julgamento da causa, na medida em que, escolhendo os julgadores da causa, as partes poderão se sentir mais seguras quanto à imparcialidade e independência dos mesmos. Já a segunda diz respeito à tecnicidade da causa, na medida em que certas causas requisitam conhecimentos técnicos mais aprofundados sobre determinados temas e a escolha dos árbitros permite que se escolham aqueles que possuem um maior conhecimento especializado no mérito da causa³.

No que diz respeito à administração do processo arbitral, a arbitragem poderá ser administrada por uma entidade especializada e constituída para tal fim, quando é chamada de *arbitragem institucional* ou poderá ser conduzida independentemente de qualquer entidade, quando é chamada de *arbitragem ad hoc*. A diferença reside apenas na escolha das partes de ter uma entidade responsável pela administração dos atos materiais (institucional) ou não (*ad hoc*).

¹ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

² FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **On international commercial arbitration**. Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 1; 11.

³ AMARAL, Paulo Osternack. *Op. Cit.* p. 38.

O desenvolvimento da arbitragem ganha destaque e relevância quando comparado com o processo judicial na medida em que, por assim dizer, a autonomia privada⁴, “*permeia esse método de solução de controvérsias*”.⁵ A doutrina arbitralista aponta, majoritariamente, “*que o princípio da autonomia da vontade é um dos fundamentos da arbitragem. Em termos sintéticos, arbitragem é liberdade, arbitragem é autonomia da vontade*”.⁶

Essa autonomia acaba por influenciar a arbitragem em sua totalidade, desde o modo com a cláusula é redigida, passando pela maneira de escolhas dos árbitros e até mesmo quais serão os atos e seus respectivos prazos praticados dentro do procedimento arbitral.

Ainda, vale destacar que a flexibilidade do procedimento arbitral é marca notória da influência da autonomia da vontade das partes no procedimento arbitral. Atualmente, o processo estatal tem pequena margem de flexibilidade em sua atuação, de forma que as partes devem se submeter, via de regra, à um processo já pensado de modo generalizado, sem considerar os aspectos específicos de cada causa.⁷ Dessa forma, essa maior flexibilidade conferida ao procedimento arbitral se mostra como uma ampla vantagem da via arbitral quando se compara-a ao processo estatal, na medida em que as partes poderão escolher o procedimento em si, bem como quais as regras procedimentais que regerão o processo.⁸

Quanto à celebração do compromisso arbitral, temos que o acordo entre as partes pode ocorrer antes do conflito ou quando este já tiver ocorrido. O acordo anterior sempre se reporta a um contrato entre as partes e surge na forma de uma cláusula arbitral – ou cláusula compromissória – nele inserido. A cláusula pode simplesmente comprometer as partes a se submeter a uma arbitragem se houver qualquer conflito – cláusula vazia – ou então mencionar quais serão os árbitros, a câmara arbitral, quais serão as leis aplicáveis ou que tipo de conflito será submetido a esse procedimento, configurando uma cláusula cheia.

As partes também podem realizar um acordo arbitral após a instauração do conflito, por meio de um compromisso arbitral. Diferentemente da cláusula arbitral, que está ligada ao contrato, o compromisso pode envolver questões não-contratuais. No caso de cláusula arbitral vazia, também é necessário um compromisso arbitral após o início do conflito, para que se decida quais serão os árbitros, leis aplicáveis e outras questões específicas.

⁴ Importante frisar que a maioria dos arbitralistas – como são chamados os juristas que se dedicam a arbitragem – fala no princípio da autonomia da vontade, em clara influência do direito voluntarista francês. No entanto, achamos mais apropriada a expressão autonomia privada que é de origem alemã e italiana, pois ela revela a preferência pela teoria da declaração em que a vontade relevante para o negócio jurídico é aquela declarada. Note-se que PONTES DE MIRANDA concebeu o princípio do autorregramento da vontade como uma alternativa ao princípio tradicional da autonomia da vontade, como o espaço que configura as relações humanas (nesse sentido LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58-59.

⁵ AMARAL, Paulo Osternack. *Op. Cit.* p. 35.

⁶ MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. São Paulo, 2010. 415. f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. f. 50.

⁷ AMARAL, Paulo Osternack. *Op. Cit.* p. 45.

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996**. 2. ed. São Paulo, Atlas: 2004. p. 13.

3. Arbitrabilidade e indisponibilidade do interesse público

Em nossa legislação, é perceptível uma tendência para a autorização da arbitragem em situações peculiares, principalmente com determinados setores regulados por legislação especial. Apesar disso, não há uma unanimidade tanto na doutrina quanto na jurisprudência administrativa e judiciária acerca do tema.

Partindo-se do pressuposto de que o questionamento quanto à constitucionalidade da arbitragem em nosso ordenamento já é ponto batido,⁹ cabe neste momento discorrer sobre possíveis causas que impediriam que determinado conflito de interesses envolvendo a administração pública seja dirimido através do juízo arbitral.

Assim, chega-se a questão da arbitrabilidade, prevista no art. 1º da LArb. Diante de tal dispositivo, a doutrina^{10 11} desenvolve o conceito da arbitrabilidade subjetiva - segundo o qual podem pactuar arbitragem as pessoas capazes de contratar - e o da arbitrabilidade objetiva - que limita ao juízo arbitral apenas a resolução de controvérsias de direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitrabilidade subjetiva não é o fato da presente pesquisa, pois, de fato, o ordenamento jurídico brasileiro confere capacidade ao Estado - uma personalidade jurídica de direito público - o que, por si só, já enseja também capacidade para contratação. Da mesma forma, os entes administrativos que fazem parte da administração pública indireta, como as autarquias, por exemplo, também possuem tal capacidade, decorrente da personalidade jurídica a que lhes é atribuída.

Posto isso, resta analisar apenas a questão referente à arbitrabilidade objetiva. Certamente, é neste aspecto que o debate se torna mais intenso, pois há uma forte corrente no sentido de vetar a utilização da arbitragem pela Administração Pública. Por muito tempo, a controvérsia se deu com base no entendimento por parte desta corrente de que, por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, estruturante do regime jurídico-administrativo, todos os direitos que integram relações contratuais administrativas também o seriam.

Com base neste debate, fez-se uma conceituação mais específica acerca de *interesse público*. Segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, desenvolvidas com base na teoria do administrativista italiano Renato Alessi, este se diferencia em interesse público primário e secundário. Enquanto o primeiro se configura como “complexo de direitos individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade”, o segundo é “o interesse da administração enquanto aparato organizativo, unitariamente considerado”.¹²

⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgR: 5206 EP, Relator: **SEPÚLVEDA PERTENCE**, Data de Julgamento: 12/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-2004.

¹⁰ Neste sentido, v. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 584.

¹¹ ROMERO, Eduardo Silva. ICC Arbitragem and State Contracts. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, vol. 13, n. 1, mar./jun. 2002.

¹² ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. v. 1. Milano: Giuffrè, 1966. p. 200.

Nesse sentido, Bandeira de Mello, interpretando as ideias postas por Alessi, preconiza que o interesse público secundário só é legítimo como tal quando for coincidente com o primário,¹³ sendo que “só será realmente público e passível de atendimento pelo Estado o interesse que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar os interesses de todos”¹⁴.

Dessa forma, resta evidente que, sendo o interesse público primário indisponível por sua natureza, o secundário, necessariamente coincidente com o primário, também deve ser indisponível, segundo o próprio Bandeira de Mello. Essa assertiva se torna importante tendo em vista que parte da doutrina e jurisprudência brasileira adotou o entendimento de que o interesse público secundário poderia ser disponível, exatamente por representarem os interesses patrimoniais da Administração, ou seja, algo que não é sua função principal.¹⁵

Em contrapartida, como bem entende Eros Roberto Grau, não existe qualquer tipo de relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.¹⁶ Por vezes, a Administração Pública não é capaz de dispor de certos direitos patrimoniais sobre bens públicos de uso compartilhado. No entanto, existem ocasiões onde, para que o interesse público seja integralmente satisfeito, o administrador deve dispor de certos direitos patrimoniais e é justamente nessas situações onde a Administração Pública pode convencionar pela utilização da via arbitral.

Nesta esteira, passando a tratar acerca do contrato administrativo, sendo uma cumulação entre o interesse público de um lado e o particular de outro,¹⁷ implica justamente em conferir à Administração Pública certa possibilidade para negociação e disposição de determinados direitos, bens e interesses. Caso contrário, se todo contrato administrativo fosse favorável apenas ao lado do interesse público, dificilmente haveria contratantes. Claramente, tanto as rodadas negociais quanto a disposição de seus direitos ficam adstritas ao regime jurídico-administrativo na qual estão inseridos.

Assim, por muito tempo o principal embate doutrinário foi quanto aos pontos supracitados, com teses e definições contrapostas acerca do interesse público e sua indisponibilidade como o cerne da controvérsia. No entanto, como bem leciona Eduardo Talamini, a principal questão relativa à arbitrabilidade objetiva neste caso não diz respeito à indisponibilidade

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65-66.

¹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

¹⁵ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 83-88.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 3, p. 14-20, 2000. p. 14.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 615.

do interesse público em si, mas sim dos direitos patrimoniais provenientes da relação entre o Poder Público e o particular, conforme se extrai do art. 1º da LArb.¹⁸

Ora, como apontado pelo processualista, a “indisponibilidade” pode denotar dois significados: o primeiro se referindo à renúncia de um direito existente e o segundo como proibição de se reconhecer espontaneamente que não se tem razão, submetendo-se a direito alheio (necessariedade da intervenção jurisdicional).

Assim, à luz do princípio geral da não-necessariedade da intervenção jurisdicional nas relações de Direito Público¹⁹, temos que a única interpretação possível para os dizeres “*direitos patrimoniais disponíveis*” presentes no art. 1º da LArb é da disponibilidade como sendo a possibilidade do agente público resolver a questão fora do âmbito judicial. Como exemplo, Talamini utiliza a dever de a Administração Pública reparar o particular sempre que causar danos indevidamente.

Por consequência, do único sentido cabível à “disponibilidade” no presente caso, temos que é possível a pactuação da arbitragem sempre que a matéria discutida puder ser resolvida pelas partes fora do âmbito jurisdicional. Especificamente no caso em análise, se o conflito existente entre o Poder Público e o particular tiver natureza patrimonial e possa ser transacionado extrajudicialmente, então a arbitragem também é cabível²⁰.

Aliás, também cabe destacar que a acepção de indisponibilidade da renúncia à direito pelo agente público não cabe pois, quando celebrado compromisso arbitral, o agente não está a dispor ou renunciar direito existente do Poder Público. Pelo contrário, está submetendo o litígio a um processo estruturado, de acordo com a ideia de devido processo legal e também com julgadores que devem balizar suas decisões de acordo com a legalidade, pois em caso de conluio ou favorecimento podem responder penalmente pelo ilícito, nos mesmos parâmetros que os juízes togados.

Assim, não há renúncia a direito do Poder Público, “*apenas se está abdicando do direito de obter do Judiciário a solução para a questão, o que também ocorre quando a solução é obtida diretamente pelas partes sem ingressar em Juízo – o que, reitera-se, é em regra possível também nas relações de direito público*”.²¹

Desta forma, resta deixar consignado que o que verdadeiramente deve ser debatido neste campo é a possibilidade da Administração Pública resolver determinado conflito sem o amparo do Poder Judiciário ou não. Caso o litígio seja passível de transação e negociação

¹⁸ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: decorrências processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 128, p. 59-77, 2005. p.74. e TALAMINI, Eduardo. Parecer: Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 119, p. 151-171, 2005. p. 165.

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. Parecer... *Op. Cit.* p. 168.

²⁰ TALAMINI, Eduardo. Parecer... *Op. Cit.* p. 169.

²¹ TALAMINI, Eduardo. Parecer... *Op. Cit.* p. 73.

pelo agente público, reconhecendo-se, assim a existência de direito do particular, não haverá qualquer invalidade na opção pela resolução de litígios através do compromisso arbitral.

4. A arbitragem nos contextos jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos

No atual contexto jurídico brasileiro, é garantida aos árbitros a capacidade para dirimir conflitos concernentes à direitos patrimoniais disponíveis, sendo que suas decisões devem ser equiparadas às decisões judiciais, possuindo, por consequência, a garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXIV, CF/88).

Ocorre que questionamentos surgiram sobre a constitucionalidade do instituto arbitral, a partir da prerrogativa do monopólio estatal da jurisdição, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988.²² Atualmente, tal discussão já se mostra irrelevante, tendo em vista que tanto na doutrina quanto na jurisprudência é pacífico que o que se exclui através do compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição.²³

Cabe destacar ainda que a posição sustentada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do caso em que firmou a validade da arbitragem e da renúncia à jurisdição estatal pela vontade das partes não foi fundamentada na tese de que a via arbitral é jurisdicional, mas sim no fato de que a vedação a inafastabilidade da jurisdição presente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal está dirigida ao legislador e não às partes.²⁴

Por consequência, a questão da jurisdicionalidade ou não da arbitragem, aos olhos do STF, tem pouca relevância. Assim, fica evidente que o interesse em resolver esta questão se mostra mais adequado e conveniente no âmbito acadêmico do que na realidade prática. Cabe destacar que também os precedentes estatais não demonstram quaisquer óbices à via arbitral e também ao acatamento judicial à validade das decisões proferidas por árbitros livremente indicados pelas partes.²⁵

Além disso, deve-se salientar que a duração de um processo arbitral é sensivelmente menor do que um processo judicial. Pode-se afirmar isso com base art. 23 da Lei 9.307/1996 (LArb), o qual dispõe que os árbitros devem prolatar sentença arbitral no prazo legal de seis meses. Ademais, a Lei Brasileira de Arbitragem trouxe um sistema fundado na irrecorribilidade das decisões da sentença, o que influencia diretamente na diminuição do processo arbitral. Em se tratando de decisão condenatória transitada em julgado, a sentença arbitral forma título executivo judicial (art. 21, LArb e art. 475-N, CPC/73).²⁶

²² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 102.

²³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 162.

²⁴ SE 5206 AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, voto vencido do Ministro Nelson Jobim.

²⁵ SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 2011. p. 87.

²⁶ AMARAL, Paulo Osternack. *Op. Cit.* p. 33; 47.

No ano de 2014, foi divulgada a pesquisa *Arbitragem em números e valores de 2010 a 2013*, onde foi feito um levantamento sobre os números da arbitragem no Brasil, com base nos dados das seis principais câmaras arbitrais do país, que traz dados interessantes. No período estudado, foram iniciados 603 procedimentos arbitrais, com valores das causas alcançando o patamar de pouco menos de R\$ 16 bilhões de reais. As questões societárias são as maiores causas de instituição de procedimentos arbitrais, seguidas de litígios envolvendo o setor de construção civil e energia. Selma Lemes, no mesmo artigo no qual divulgou estes dados, chega a conclusão de que os maiores “usuários” da arbitragem são “empresas que firmam contratos de médio e grande porte e as matérias tratadas advêm de contratos na área comercial, empresarial e financeira”.²⁷

Já no país norte-americano, a via arbitral é regulada pelo Federal Arbitration Act, de 1925, e goza de grande prestígio. Tal diploma legal confere às cláusulas compromissórias caráter de irrevogabilidade, executoriedade e validade, sendo aplicáveis a todo tipo de contrato. Ainda, deve-se destacar que a autonomia da cláusula arbitral foi reconhecida no caso *Prima Paint v. Flood & Conklin Mfg. Co.*,²⁸ onde a Suprema Corte decidiu que o FAA exigia análise separada da cláusula arbitral do contrato, mesmo quando a parte alegou que todo o contrato – e, portanto, a convenção arbitral – era nula.

Apesar de possuir lei arbitral no âmbito federal, por se tratar de país de dimensões continentais e seu federalismo ser fruto da união de outros estados, deve-se destacar a existência de quatro regimes jurídicos especiais em se tratando de arbitragem: o interestadual, o intraestadual, o internacional e, por último, aqueles relacionados às relações empregatícias.

Em sua origem, a arbitragem é tratada como questão de matéria contratual nos Estados Unidos e, por consequência, a sua regulação deveria se dar pelo direito dos Estados-membros.²⁹ No entanto, da mesma forma como mencionado anteriormente, cabe citar o importante papel desempenhado pela Suprema Corte norte-americana na resolução de controvérsias. Quanto a esta questão, a corte máxima se posicionou no sentido de que o FAA deve ser aplicado nos casos de contratos comerciais, possibilitando uma interpretação abrangente para a aplicação de tal lei federal.³⁰

Apesar disso, em se tratando de arbitragens onde ambas as partes são do mesmo Estado ou ainda o compromisso arbitral tenha escolhido especificamente a aplicação de determinada lei estadual, o debate doutrinário ainda continua aceso, sem a existência de um denominador comum quanto a este tema.

²⁷ http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil#_ftn1_6469. Acesso em: 01.07.2015.

²⁸ *Prima Paint v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967).

²⁹ BRUNET, Edward. SPEIDEL, Richard. STERNLIGHT, Jean. WARE, Stephen. **Arbitration Law in America: a critical assessment**. New York: Cambridge University, 2006. p. 63.

³⁰ *Allied-Bruce Terminix vs. Dobson*. 513 U.S. 265 (1995).

Já em relação às arbitragens internacionais, entende-se que deve prevalecer a aplicação das Convenções de Nova Iorque e também do Panamá, levando-se em consideração que os Estados Unidos são signatários de ambas. Por fim, apesar de não ser o prisma do presente estudo, pode-se apontar, ainda, que as arbitragens trabalhistas são regidas pelo *National Labor Relations Act*.

Atualmente, a corrente que defende a edição de uma nova lei federal arbitral vem ganhando força, diante da longevidade da promulgação do *FAA* e também pela existência de inúmeros pontos polêmicos que, hoje, não encontram regulação no ordenamento jurídico norte-americano.³¹ A título ilustrativo, um dos pontos que atualmente mais é lembrado em se tratando de reforma da lei arbitral é a permissão para que o Estados disciplinem a matéria relativa à arbitragem, o que, no atual *FAA*, não está previsto.

Ainda, também pode-se lembrar da possibilidade da revisão judicial da sentença arbitral. A lei arbitral vigente prevê, em sua Seção 9, a possibilidade da parte pleitear em juízo a homologação e confirmação da sentença proferida pelo juízo arbitral, dentro do prazo de um ano. Tal possibilidade foi criada para que fosse estabelecida uma maior segurança e estabilidade da sentença arbitral, diminuindo as chances de anulação da mesma.

De fato, os motivos que ensejam a revisão judicial da sentença estão elencadas na Seção 10 do *FAA*, onde se fala sobre conduta duvidosa dos árbitros ou sentença *extra petita*. Cumpre destacar que erros, sejam estes de fato ou de direito, não podem ser revistos em juízo, a não ser que manifestamente contrário à ordem pública.

O fato é que, atualmente, há um acalorado debate quanto à reforma do *Federal Arbitration Act*. Enquanto alguns defendem a mudança deste diploma legal, outros acreditam ser necessário a criação de uma norma uniforme, de tal maneira que incida nos vários Estados norte-americanos. Diante disso, vale destacar duas áreas em que o debate se torna mais intenso: a aplicação da arbitragem e a regulação do Estado nos casos de contratos de adesão, em específico aqueles de consumo, e também da cláusula arbitral nas relações individuais de trabalho³².

5. O papel da cláusula arbitral nos contratos administrativos: os panoramas brasileiro e norte-americano quanto à arbitragem na Administração Pública

Primeiramente, cabe fazer uma breve análise sobre o papel da cláusula arbitral na formação do contrato administrativo. Pois bem, o contrato, de maneira geral, é pactuado estabelecendo deveres, obrigações, faculdades e vinculações às partes, de forma que desempenha papel primordial na divisão de custos e riscos. Quanto ao contrato administrativo, pelas peculiaridades decorrentes do fato de que um dos contratantes é pessoa jurídica de direito público, tem-se que este tipo de contratação apresenta dois pontos delicados.

³¹ STERNLIGHT, Jean R. Introduction: dreaming about arbitration reform. *Nevada Law Journal*, Las Vegas, vol. 8, n. 1, p. 1-9, sep./dec. 2007. p. 3.

³² SALLES, Carlos Alberto de. *Op. Cit.* p. 156.

O primeiro é a marcante unilateralidade da contratação, tendo em vista que a conhecida supremacia do “*interesse público*” coloca a Administração Pública em posição hierarquicamente superior ao administrado-contratante, de forma que obriga este, mas acaba por esvaziar o contrato como fonte de obrigações para o Poder Público.³³ O segundo ponto que deve ser destacado é a questão das *cláusulas exorbitantes* nos contratos administrativos, ou seja, cláusulas que não são comuns na contratação dentro do regime privado, como, por exemplo, a possibilidade de rescisão unilateral pelo Poder Público, aplicação de sanções arbitrariamente, entre outras.³⁴

Certamente, à luz dessas questões, os contratantes sopesam minuciosamente as vantagens e desvantagens em contratar com a Administração Pública, de forma que estas duas peculiaridades acabam por acarretar maiores custos transacionais quando em comparação com contratos de regime privado.³⁵

É nessa perspectiva, a celebração da cláusula arbitral, nos contratos administrativos, deve ser considerada como um atrativo aos contratantes, visando atrair a iniciativa privada para que contrate junto à Administração Pública. Ora, a arbitragem constitui elemento importante para atrair a atenção da iniciativa privada na medida em que, como um de seus princípios basilares, tem a ideia de equidade e horizontalidade entre os envolvidos, de forma que, especificamente nos contratos administrativos, mitiga-se aquela ideia de supremacia do Poder Público, da mesma forma que se afasta a incidência das chamadas *cláusulas exorbitantes*.³⁶

Sendo assim, a arbitragem deve ser compreendida como um importante fator de atratividade à iniciativa privada no momento da formação do contrato administrativo, tendo em vista que é capaz de diminuir alguns dos fatores de risco considerados pelos particulares, reduzindo, assim, os custos transacionais envolvidos na contratação junto ao Poder Público. Dessa forma, a previsão de cláusula arbitral também atua como garantia de resposta rápida e eficiente à eventual controvérsia originada do contrato administrativo.

Com isso em vista, entra-se, agora, no ponto principal da presente pesquisa: comparar, analiticamente, de que forma o Brasil e os Estados Unidos vêm aplicando a utilização da via arbitral em contratos administrativos. Inicialmente, já vale ressaltar que a arbitragem, em ambos os países, não é via tão frequente quando em comparação com contratos firmados entre pessoas jurídicas de direito privado. No entanto, os motivos que permeiam esse “subemprego” são diversos, conforme se verá a seguir.

O primeiro – e também mais conhecido – motivo encontrado para que a arbitragem seja menos empregada em contratos administrativos diz respeito aos elevados custos financeiros que o procedimento arbitral traz. Ora, como é normal nos métodos alternativos

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 610.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 616.

³⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. Cit.* 157.

³⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. Cit.* p. 76.

de solução de conflitos, as despesas trazidas pelo procedimento são, via de regra, rateadas igualmente entre as partes, o que implica, desde logo, um custo inicial às partes que na maioria dos casos são significantes, diante do fato de que variável de maneira diretamente proporcional ao valor da causa.

Posto isso, em arbitragens envolvendo entes públicos, deve-se destacar a necessidade de *accountability*, como uma forma de legitimação da ação estatal, tendo em vista que a Administração Pública deve, mesmo atuando em um ambiente de características notadamente de direito privado como a arbitragem, seguir a idéia de responsividade e prestar contas aos seus administrados, com base na premissa de transparência da gestão e realização de gastos públicos.

Assim, não está a arbitragem isenta da atuação dos mecanismos de controle da esfera pública. Pelo contrário, deve-se buscar uma modulação do procedimento arbitral aos requisitos da Administração Pública, notadamente quanto à necessidade de se garantir uma gestão racional dos recursos públicos, aliada à idéia de transparência e responsividade do Poder Público.³⁷

Com estas ideias em mente, cabe agora, à exemplo de Paulo Osternack Amaral,³⁸ fazer alguns levantamentos sobre os custos da arbitragem. Tomando como valor da causa hipotético a quantia de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), caso as partes quisessem iniciar um procedimento arbitral perante a Câmara Brasileira de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), o total das despesas seria de R\$ 157.455,00 (cento e cinquenta e sete mil quatrocentos e cinquenta e cinco reais).³⁹ Caso seja de interesse que o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM/CCBC) administre o procedimento, este valor sobe para R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil).⁴⁰ Como último exemplo, caso a Câmara de Comércio Internacional (ICC, em inglês) seja a Câmara competente, num litígio de valor de causa de US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares), os custos seriam de US\$ 213.746,00 (duzentos e treze mil setecentos e quarenta e seis dólares).⁴¹ Vale lembrar que estes custos ainda não incluem os gastos laterais com a realização das audiências, como deslocamentos dos árbitros, hospedagens, alimentação entre outros.

Assim, o que se quer concluir com tais levantamentos é que os custos do procedimento arbitral são elevados e a Administração Pública, por vezes, não se vê na posição de poder arcar com tais custos. Nesse ponto, vale lembrar a questão da responsividade e prestação de contas necessária, seja aos administrados ou ainda aos Tribunais de Conta estaduais e federais, passando também pela discussão acerca da discricionariedade do

³⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. Cit.* p. 114.

³⁸ AMARAL, Paulo Osternack. *Op. Cit.* p. 50.

³⁹ Todas estas estimativas foram realizadas com base nas calculadoras virtuais disponibilizadas nos sites das respectivas Câmara Arbitrais. Disponível em <http://camarb.com.br/calculadora/>. Acesso em 16.07.2015.

⁴⁰ Disponível em: <http://ccbc.org.br/Materia/1068/tabela-de-despesas-e-calculadora>. Acesso em 16.07.2015.

⁴¹ Disponível em <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/cost-and-payment/cost-calculator/>. Acesso em 16.07.2015.

administrador para poder pactuar e dispor dos recursos financeiros de certo ente ou órgão do Poder Público. Além disso, deve ser feita uma análise pelo administrador sobre o *custo oportunidade*,⁴² tendo em vista que o dispêndio de recursos no procedimento arbitral significa deixar de utilizá-los em outras áreas.

Nesta esteira, verifica-se que temos aqueles que criticam a utilização da arbitragem justamente pela questão dos custos envolvidos. Não só isso, de forma geral, a estrutura da Administração Pública, em ambos os países, possui certos requisitos que obstam a utilização da arbitragem. Como exemplo, temos o fato de que, no Brasil, até julho de 2015, a arbitragem apenas era prevista nas modalidades contratuais específicas, como a antiga Lei de Portos (Lei nº 8.630/93, reformulada pela Lei nº 12.812/13) e também a Lei das Parcerias Público-privadas (Lei nº 11.079/04), sem que existisse uma lei geral autorizando a arbitragem no âmbito do Poder Público.⁴³

Ainda, não há autorização expressa para que a pactuação da arbitragem se dê por compromisso, estabelecendo que a via arbitral deve ser celebrada através de cláusula arbitral.⁴⁴ Enquanto isso, nos Estados Unidos, é dada uma maior margem negocial ao administrador, na medida em que possibilita a celebração de compromisso arbitral, ou seja, após ocorrido o fato gerador da controvérsia, com a possibilidade de utilização da chamada “arbitragem vinculante” (*binding arbitration*).⁴⁵

Também cabe destacar que, ainda nos Estados Unidos, a exigência de *guidances* pelo *Alternative Dispute Resolution act* de 1996 para que os entes públicos possam celebrar compromisso arbitral também desestimulou esta via. *Guidances*, nesse sentido, seriam linhas gerais, uma espécie de “diretrizes” que os órgãos ou entes públicos deveriam formular, com consulta ao *Attorney General*, para que os interessados em pactuar cláusula arbitral com aquele determinado órgão do Poder Público já saibam, previamente, de que modo este órgão usa a via arbitral.

Ora, a exigência de *guidances* é também causa da pouca utilização da arbitragem em contratos administrativos nos Estados Unidos levando-se em conta que apenas três órgãos públicos norte-americanos possuem esse documento formulado⁴⁶.

Feitas tais considerações, apesar dos motivos acima expostos – custo elevado, senso comum crítico, exigência de *guidances*, entre outros – contribuir para a pouca utilização, o principal motivo encontrado foi o fato de que existem outras formas mais satisfatórias de solução de conflitos do que a via arbitral, quais sejam a existência de uma estrutura

⁴² SEIDENFELD, Mark. **Microeconomics predicates to Law and economics**. Cincinnati: Anderson Publishing, 1996. p. 21.

⁴³ A reforma da Lei de Arbitragem, que entra em vigor em julho/2015, muda isso, prevendo expressamente a possibilidade da Administração Pública utilizar a arbitragem.

⁴⁴ SALLES, *Op. Cit.* p. 111.

⁴⁵ AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Committee on Alternative Dispute Resolution. Section of Public Contract Law. Alternative dispute resolution: a practical guide for resolving government contract controversies**. 2005. p. 23.

⁴⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Op. Cit.* p. 25.

administrativo-judiciária interligada e o fomento de outros mecanismos consensuais de resolução de controvérsias.

Vale destacar que estes motivos dizem respeito única e exclusivamente aos Estados Unidos, sem correspondências no Brasil, na medida em que, ao contrário da realidade brasileira, o Judiciário norte-americano atua de forma a garantir aos seus jurisdicionados um grau de segurança e confiabilidade alto, atuando de forma eficiente, além de amplos mecanismos administrativos para solução de conflitos – o que não ocorre no Brasil – que, conforme se verá a seguir, também atua de forma eficaz e satisfatória.⁴⁷

Pois bem, conforme dito acima, os Estados Unidos possuem uma estrutura administrativa para solução de controvérsias que dialoga com o Poder Judiciário. Vale destacar que essa estrutura não equivale ao contencioso administrativo europeu, notadamente o francês, tendo em vista exatamente a interconexão com o Poder Judiciário através da revisão judicial e também das diferenças nas garantias e nos seus respectivos arranjos institucionais.⁴⁸

Basicamente, o que existe nos Estados Unidos são os tribunais administrativos, previstos no art. 1º da Constituição americana, pautados na existência de uma verdadeira “justiça administrativa”. Da decisão administrativa final, cabe ao interessado apelar da decisão para órgão integrante do Poder Judiciário, de acordo com a competência fixada legalmente. Essa hibridez da estrutura administrativa para solução de conflitos é peculiar, tendo em vista que o contencioso administrativo no Brasil permanece na esfera administrativa, enquanto que nos Estados Unidos cabe ao particular optar se deseja ou não levar o caso à esfera judicial.

O dispositivo normativo que disciplina esse mecanismo administrativo quanto aos contratos públicos é o *Contract Dispute Act*, de 1978. O caminho processual estabelecido nos termos do CDA se inicia com a apresentação de reclamação ao agente público que celebrou o contrato com o particular, o chamado *contracting officer*, que profere decisão sobre o mérito da causa, nos prazos e termos estabelecidos pelo CDA. Na sequência, caso não se conforme com a decisão proferida pelo agente público, o contratante pode seguir dois caminhos diferentes: (i) apelar ao *Board of Contract Appeals* ou (ii) submeter a causa à *Court of Federal Claims*, órgão jurisdicional, podendo optar pela via jurisdicional ou administrativa, conforme suas opções de estratégia e entendimento de via mais adequada.

Vale destacar que, uma vez escolhida a via, o contratante não pode, caso a decisão proferida seja contrária ao seu interesse, ingressar pela via previamente preterida, tornando a

⁴⁷ Isso fica fácil perceber conforme se constata que, com base nos dados disponíveis no **report** de março/2015 fornecido pelo governo norte-americano, apenas 8,4% (28.656) casos cíveis em trâmite nas Cortes Distritais de todos os estados dos EUA possuem tempo de tramitação superior a três anos. Acresça-se a isso o fato de que o tempo médio para julgamento das causas cíveis é de 26,6 meses. Para outras informações e dados estatísticos sobre o Poder Judiciário norte-americano, é possível acessar o portal www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/federal-court-management-statistics. (Acesso em 10/09/2015, às 14h30).

⁴⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. Cit.* p. 157.

decisão sobre qual o *iter* processual mais adequado vinculante.⁴⁹ Além disso, independentemente de qual seja a via adotada, cabe destacar que a decisão final será sempre da Suprema Corte norte-americana, diante do requisito da inferioridade, previsto na própria Constituição norte-americana.

Caso opte pelo *Board of Appeal*, ou seja, a via administrativa, poderá o contratante ainda recorrer ao *13th Circuit Court of Appeals*, judicializando a questão, tendo em vista que tal corte integra o quadro da Justiça Federal nos Estados Unidos. Assim, como destacado acima, sem qualquer correspondente no direito processual brasileiro, de uma decisão administrativa cabe recurso a um órgão integrante do Poder Judiciário.

Assim, dois fatores são marcantes neste sistema, que denotam uma flexibilização de procedimento. O primeiro é o fato de que, como se viu, é facultado ao contratante optar pela via – recurso ao *Board of Contract Appeals* ou ao *Court of Federal Claims* – que considere mais adequada para a solução do litígio. A segunda e, de certa forma, mais marcante, é a possibilidade de impugnação de decisão administrativa com recurso a órgão integrante do Judiciário, demonstrando um cruzamento entre o sistema administrativo e o judicial de solução de litígios.⁵⁰

Posto isso, passa-se agora a analisar o segundo tópico. Ao contrário do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos a utilização de formas alternativas para solução de conflitos mostra-se assunto antigo, já profundamente debatido, que tem no longínquo ano de 1888 a primeira lei desse tipo, com a criação dos *boards of arbitration*, visando a resolução de conflitos entre ferrovias e sindicatos.⁵¹

Apesar disso, tem-se que foi a partir da entrada em vigor do *Administrative Dispute Resolution Act*, de 1996, consubstanciado com o *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1998, que os mecanismos consensuais e alternativos para solução de conflitos entraram na rota da Administração Pública. Assim, pelo fato de a arbitragem, como já visto, ser mais custosa e também mais engessada pela Administração Pública, esta acaba sendo colocada como uma terceira via, não a prioritária, para solução de conflitos.

Quanto à utilização das chamadas *Alternative Dispute Resolution*, no que tange ao poder Público, a utilização desses mecanismos é, via de regra, estabelecido previamente em cláusula contratual ou convenção, chamado de *ADR agreement*,⁵² onde as partes negociam e elegem todos os pontos referentes ao procedimento para resolução pela via alternativa: questões a serem resolvidas, o encargo das despesas procedimentais, as condições de confidencialidade entre outros fatores que as partes levantarem.

⁴⁹ KEYES, W. Noel. **Government contracts under the federal acquisition regulation**. Saint Paul: Thomson, 2003. p. 834.

⁵⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. Cit.* p. 159.

⁵¹ SENGER, Jeffrey M. **Federal dispute resolution: using ADR with the United States government**. San Francisco: Jossey-Bass, 2004. p. 11.

⁵² AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Op. Cit.* p. 34.

O principal meio alternativo de solução de conflitos que devemos destacar é a mediação, levando-se em consideração que aproximadamente 95% dos litígios envolvendo a administração pública norte-americana são resolvidos dessa forma.⁵³ A mediação, frequentemente confundida em nosso país com a conciliação, exige do mediador um conhecimento técnico, com formação e treinamento específico para a resolução daquela questão. Nesta esteira, dois fatores são favoráveis ao estímulo da mediação, quais sejam a confidencialidade dos atos – protegido pelo *Uniform Mediation Act* de 2001 – e predisposição do mediador, terceiro em posição de equidistância, para ajudar a solucionar o conflito.

No âmbito da mediação onde o Poder Público figura como parte, temos a mediação facilitativa, onde o mediador atua apenas buscando facilitar o acordo entre as partes, e a mediação avaliativa, onde o mediador emite parecer próprio sobre o caso. Cabe destacar que o segundo tipo é o mais comum no âmbito da Administração Pública norte-americana.⁵⁴

Além da mediação, vale destacar outros meios também utilizados pelo Poder Público nos Estados Unidos. A *med-arb*, onde primeiro se faz audiência de mediação e caso infrutífera, procede-se à arbitragem e a *non binding arbitration*, onde o laudo arbitral serve apenas de parâmetro para futura negociação entre as partes, são exemplos de métodos alternativos e consensuais que denotam o amplo emprego e a experiência de formas alternativas à jurisdição estatal para resolver controvérsias envolvendo o Poder Público.

Sucintamente, podemos destacar dois pontos significativos na experiência norte-americana, quais sejam a flexibilidade procedimental dos mecanismos alternativos e também a ampla difusão de mecanismos alternativos no âmbito da Administração Pública.⁵⁵ Assim, resta evidente que a solução consensual traz vantagens significativas. Além de evitar os custos de eventual processo judicial, reduz consideravelmente também o tempo de duração da controvérsia, com uma solução mais eficaz e adequada.

Por fim, conforme destacado anteriormente, estes dois motivos – existência de estrutura administrativa para solução de conflitos e o difundido uso de meios alternativos – não se aplicam ao caso brasileiro. O que há no país é, na verdade, um estágio inicial da aplicação da arbitragem em contratos administrativos, onde a pouca aplicação se dá muito mais por motivos de questionamentos quanto à arbitrabilidade das questões envolvendo o Poder Público e custos e vantagens procedimentais do que pela existência de outros meios para resolução de conflitos provenientes de contratos administrativos.

6. Perspectivas com a mudança da Lei Arbitral Brasileira

Em 26 de maio de 2015, foi sancionada pelo presidente da República em exercício, Michel Temer, a “*Reforma da Lei de Arbitragem*” (Lei nº 13.129/2015), muito comemorada

⁵³ SINGER, Jeffrey M. *Op. Cit.* p. 34.

⁵⁴ AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Op. Cit.* p. 13.

⁵⁵ SINGER, Jeffrey M. *Op. Cit.* p. 193.

pelos especialistas, mas que ainda apresentou alguns pontos que necessitam progredir.⁵⁶ Questão especial a este trabalho diz respeito ao fato de que, passado o *vacatio legis* de dois meses, a possibilidade para contratação da arbitragem pela Administração Pública estará expressa na LArb, que passará a prever, em seu art. 1º, § 1º que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.⁵⁷

Na mesma esteira, o parágrafo segundo propõe 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”, consagrando expressamente na lei a questão da arbitrabilidade objetiva já discutida anteriormente. Finalmente, a última alteração envolvendo a participação do Poder Público na arbitragem diz respeito ao art. 2º, § 3º, dispondo que a arbitragem nestes casos “será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”, o que também já havia sido levantado e largamente debatido pela doutrina e jurisprudência.

É nesse contexto que a reforma da LArb passará a vigorar a partir de julho de 2015, buscando concretizar as questões já discutidas pela doutrina e jurisprudência, além de mostrar à comunidade arbitralista internacional que a arbitragem no Brasil atingiu sua maturidade, como a longevidade da lei nos sugere.

Com uma justiça lenta em que tramitam, segundo dados do CNJ, quase 93 milhões de feitos a serem solucionados por 17 mil juízes no país, e em que os números de demandas iniciadas superam os casos julgados,⁵⁸ medidas de fomento à utilização principalmente da mediação e conciliação são importantes e bem-vindas, pois a demora na prestação jurisdicional faz surgir o desalento das partes e a perda da confiança na capacidade de fazer valer seus direitos e deveres.

Quanto ao país norte-americano, que se trata de um país onde o Poder Judiciário atua e dá a resposta aos jurisdicionados de maneira razoavelmente eficiente e célere, agregando ainda o fato de existem estruturados mecanismos administrativos para solução de conflitos e uma forte ligação entre tais mecanismos e o Poder Judiciário, a via arbitral, ao que parece e vem se mostrando na prática, figura como uma terceira opção, usada apenas nos casos em que as outras formas não são capazes de encontrar respostas satisfatórias.

Assim, o que fica evidente com o presente artigo é que, apesar da arbitragem ser menos utilizada nos contratos administrativos em ambos os países, as razões que motivam tal fato são diferentes. Enquanto no Brasil pouco se utiliza a arbitragem por ainda se estar em um estágio inicial de evolução dessa via, nos Estados Unidos, país que já vem de longo

⁵⁶ A possibilidade da celebração de cláusula arbitral em contratos de trabalho e em contratos de adesão relacionados a consumo (parágrafos 2º e 3º do art. 4º da Lei nº 13.129/2015) foram dois pontos que, mesmo com ressalvas, foi vetada.

⁵⁷

⁵⁸ http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/documentos_jn/estadual.swf. Acesso em: 07.07.2015.

tempo utilizando e aprimorando a arbitragem, a rara utilização se dá na medida em que existem outros meios capazes de entregar uma resposta mais adequada e satisfatória que a arbitragem, como a utilização de outros mecanismos consensuais e também administrativos para a resolução dos conflitos.

Cabe também ressaltar que não se está aqui a se defender a adoção do modelo de aplicação das medidas alternativas de solução de litígios estritamente. Afinal, adaptar a experiência de um país da corrente anglo-saxã não faria o menor sentido, por todas as peculiaridades envolvendo todo o arcabouço jurídico dos países de *commom Law*. No entanto, devemos buscar aprimorar e apreender os pontos que deram resultados e, na medida do possível, adaptá-los para que tenham a maior eficácia prática na realidade brasileira.

7. Conclusão

A pesquisa feita resultou numa vasta coleta bibliográfica capaz de permitir um estudo amplo tanto da Lei de arbitragem brasileira quanto da sua correspondente norte-americana. Cabe destacar que os autores encontrados se mostram diversificados e críticos sobre o tema em questão. Assim, embora recente a discussão sobre meios alternativos à solução de conflitos no Brasil, a velocidade com que passaram a ser utilizados foi acompanhada por questionamentos doutrinários relevantes que permitiram a composição de um acervo técnico suficiente para o estudo da disciplina. Da mesma forma, as crescentes indagações nos Estados Unidos acerca da necessidade de uma nova Lei de Arbitragem, eis que o *Federal Arbitration Act* foi editado em 1925, torna o estudo dinâmico e atual.

Como se viu no decorrer no trabalho, a utilização da via arbitral pela Administração Pública, embora seja igualmente menor em comparação com o número de arbitragens envolvendo apenas particulares em ambos os países, possui fundamentos diferentes para cada caso. A começar pelo fato de que, nos Estados Unidos, o estímulo aos *Alternative Dispute Resolutions* é praticado de forma contundente, buscando a solução do conflito através dos meios consensuais antes de partir pros meios adjudicatórios (litigiosos).

Ainda, a existência de uma estrutura administrativa intrinsecamente ligada à estrutura judiciária, com a possibilidade de um recurso ao Poder Judiciário de uma decisão administrativa, também é um motivo que enfraquece a utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos, sendo esta considerada como *ultima ratio* para a solução de conflitos. Ainda, também cabe lembrar a necessidade da edição dos *guidances* para que seja possível a contratação da arbitragem, tendo poucos órgãos federais de fato realizados tais diretrizes. Por fim, as críticas recorrentes à via arbitral, diante da utilização desse meio nos contratos de adesão, também é um impeditivo, na medida em que a opinião popular nos Estados Unidos se mostra como determinante para atuação estatal.

Já no Brasil, tem-se que a superação quanto à questão da arbitrabilidade das questões envolvendo a Administração Pública ainda é recente. Apesar de existirem obstáculos em comum com os Estados Unidos, como a questão do *accountability* e também do senso

comum crítico quanto à arbitragem envolvendo a Administração Pública, pode-se concluir que ainda se está em estágio inicial quanto ao desenvolvimento da arbitragem, de forma que esse panorama se altera progressivamente. O incentivo aos demais mecanismos alternativos de resolução de conflito, à exemplo do que acontece no país norte-americano, pode ser uma forma de desafogar o Judiciário brasileiro, ao mesmo tempo que pode dar uma solução mais célere e efetiva às controvérsias envolvendo os contratos públicos. Obviamente, tudo isto deve ser objeto de aprofundado estudo, sempre buscando incorporar as soluções adequando-as à realidade específica do país.

Certamente, a reforma da Lei de Arbitragem, bem como a promulgação da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/15 –, são passos importantes para que possamos amadurecer ainda mais a aplicação destes métodos alternativos de solução de conflitos, tanto na esfera privada, quanto na pública. Ainda, os meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, também deve ser fomentados, de forma também a gerar a redução do número de casos em trâmite perante a justiça estatal. Dessa forma, com os avanços legislativos, cabe agora à jurisprudência e à doutrina fornecerem substratos para que esse amadurecimento possa se tornar ainda mais significativa.

8. Referências

- ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. v. 1. Milano: Giuffrè, 1966.
- AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Committee on Alternative Dispute Resolution. Section of Public Contract Law. Alternative dispute resolution: a practical guide for resolving government contract controversies**. 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRUNET, Edward. SPEIDEL, Richard. STERNLIGHT, Jean. WARE, Stephen. **Arbitration Law in America: a critical assessment**. New York: Cambridge University, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996**. 2. ed. São Paulo, Atlas: 2004.
- FOUCHARD, GAILLARD and GOLDMAN. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 3, p. 14-20, 2000.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- KEYES, W. Noel. **Government contracts under the federal acquisition regulation**. Saint Paul: Thomson, 2003.
- LEMES, Selma. **Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil#_ftn1_6469.
- LÔBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, vol. 12, n. 63, p. 65-104, nov/dez, 2010.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. São Paulo, 2010. 415. f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 2011.

SEIDENFELD, Mark. **Microeconomics predicates to Law and economics**. Cincinnati: Anderson Publishing, 1996.

SENGER, Jeffrey M. **Federal dispute resolution: using ADR with the United States government**. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

STERNLIGHT, Jean R. Introduction: dreaming about arbitration reform. **Nevada Law Journal**, Las Vegas, vol. 8, n. 1, p. 1-9, sep./dec. 2007.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: decorrências processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 128, p. 59-77, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Parecer: Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 119, p. 151-171, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PARTE IX

RESUMOS DOS TRABALHOS APRESENTADOS NA SESSÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS



INEFICÁCIA DA PROTEÇÃO E CONTROLE ADMINISTRATIVO NA ESFERA AMBIENTAL

ANA CAROLINA ORTOLANI SORGENFREI*

DÉBORA SIMÕES DA SILVA**

RESUMO

Constitucionalmente assegurado, dentre outros dispositivos, no capítulo VI da Carta Magna Federal, o direito ao meio ambiente harmônico torna-se cada vez mais frequente como ponto de pauta na agenda nacional e internacional. Paralelamente, existe a noção básica do Direito Administrativo, o qual serviria primordialmente para a manutenção da legalidade na esfera social e ambiental. Assim, agiria por meio de atos fiscalizatórios sancionatórios aos diversos órgãos, em exercício do controle externo e interno, com o viés de garantir a aplicação precisa do direito, de modo a abranger todas as égides do âmbito jurídico. Para isso, na ordem jurídica pátria, inúmeras leis infraconstitucionais foram elaboradas a fim da proteção desses bens jurídicos. Conciliando ambas as áreas – Direito Administrativo e Direito Ambiental –, observa-se um problema: a primeira disciplina tem como uma de suas funções o poder, ou dever, de polícia, ao fiscalizar as ações dos que exercem as atividades executivas do Estado, ao qual cabe à implantação de políticas públicas que visem a atender o melhor interesse público, garantindo a efetividade de direitos fundamentais. A isso se relaciona o segundo campo, através do princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente, cuja natureza é compulsória. No entanto, o cenário atual brasileiro é o seguinte: no que se refere ao controle hierárquico administrativo, quando há a falta de um dever, como é o caso das diversas violações causadas ao meio ambiente, principalmente no que se refere às áreas da Amazônia e da Mata Atlântica, bem como regiões de menor escala, a solução atualmente em voga é a aplicação de multas administrativas e, quando possível, restauração do dano causado. Questiona-se: como realizar um efetivo controle na Administração Pública e através dela para que órgãos, como o IBAMA, detenham de um maior poder de regulação? E mais: de que maneira o controle interno será realizado de forma a evitar futuras atrocidades e responsabilizar a Administração quando faltar com esse dever de proteção e/ou realizar diversos danos ambientais impossibilitados de quantificação? O presente estudo, portanto, utilizar-se-á da análise da legislação e política ambiental no âmbito federal e estadual voltadas à preservação ambiental, principalmente nas áreas mais afetadas, além de compilar dados que demonstrem a ineficácia de tais previsões jurídicas, comparando com soluções

* Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Paraná

** Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Paraná

apresentadas na esfera do Direito Comparado para problemáticas semelhantes. Assim, objetiva, a partir disso, justamente a tentativa de solucionar essa questão controversa presente na esfera brasileira, de forma a demonstrar a solução partindo da ótica do aumento do valor de multas administrativas, bem como a criação de órgãos e justiças especializadas para a resolução desses conflitos, ainda que perpassasse pela problemática do carecimento de uma justiça administrativa própria e da falta de poderes efetivos dos pareceres ministeriais, como órgãos de fiscalização falhos.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Controle administrativo; Mata Atlântica; Políticas Públicas; Princípio da intervenção estatal.

A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL E A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO

ANDRÉ FAGUNDES*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo identificar quem é o responsável pelo pagamento da indenização ao proprietário no caso de desapropriação judicial, previsto no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002, eis que a redação do referido dispositivo é omissa. Uma das correntes sustenta que cabe ao Estado arcar com a indenização, em razão de que invariavelmente não propicia força policial para fazer cumprir mandados de reintegração de posse, e que ao implementar obras públicas de infraestrutura ou prestar serviços públicos, o Estado estaria assumindo o ônus indenizatório, bem como que a hipossuficiência financeira dos possíveis beneficiários da desapropriação tornaria o instituto trazido pelo Código Civil completamente inócuo. Para a outra parcela da doutrina, acompanhada pela jurisprudência, entende que são os próprios possuidores beneficiados com a desapropriação quem devem pagar a indenização. Para responder adequadamente a esse questionamento, analisa-se as peculiaridades do referido instituto, cotejando-as com o regime jurídico da responsabilidade civil do Estado nos casos de invasão de imóvel particular por terceiros, com exame de seus elementos e verificação dos argumentos das posições doutrinárias e jurisprudenciais defensoras das teorias subjetiva e objetiva sobre o tema em questão. A partir disso, identifica-se que, não obstante o Estado responda objetivamente quando o seu comportamento, comissivo ou omissivo, for tendente a concretizar o esbulho, tal hipótese não se confunde com o dever de indenizar decorrente da aquisição da propriedade pela desapropriação judicial. Para o primeiro caso, a solução é dada por meio da ação de indenização proposta pelo proprietário lesado, com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, bastando a comprovação da conduta estatal (comissiva ou omissiva), o dano e o nexo de causalidade. Situação muito distinta do pedido de desapropriação judicial, em que os possuidores devem requerê-la após o preenchimento dos requisitos do § 4º do artigo 1.228 do Código Civil.

Palavras-chave: Função social; Desapropriação judicial; Indenização; Responsabilidade estatal.

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra/Portugal. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

UM DIÁLOGO SOBRE OS DESAFIOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUANTO AO PAPEL DAS ESCOLAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS SOCIAIS

ANTÔNIO DOMINGOS ARAÚJO CUNHA*

RESUMO

O presente trabalho visa proporcionar a contemplação de problemas dinâmicos com perspectivas de análise sócio-jurídicas tendo como justificativa a importância da educação enquanto direito social, na formação cidadã do indivíduo, sobretudo como agente modificativo da realidade familiar, a partir da convivência com o meio escolar e as múltiplas possibilidades pela promoção de transformações e desafios institucionais na absorção de jovens no mercado laboral, desafio maior para os governos e para a Administração Pública. A emancipação caminha necessariamente no viés do desenvolvimento de aptidões individuais e coletivas que imprimem um modo de viver no seio comunitário. A justificativa da necessidade de explorar o tema surge da constatação das constantes correntes conflitantes no território dos costumes, onde muitos defendem a participação de jovens na economia, via integração ao mercado de serviços, e outros a refutam totalmente, ainda que o direito à educação seja meta importante dos governos, absorvendo boa parte de seus recursos financeiros. Esta obrigação da Administração Pública demonstra fragilidades que comprometem no todo ou em parte, a qualidade dos serviços educativos, e conseguinte motivação para absorvê-los, especialmente a credibilidade, resultando na evasão escolar e a substituição dos estudos por trabalho. A direção que se pretende dar é especialmente concernente as necessidades de capital humano e educação profissional nas relações dos países pertencentes ao MERCOSUL, e outros territórios tendo em vista os constantes fluxos e refluxos migratórios, observáveis nos limites territoriais internos e latino-americanos, bem como externos a esta realidade. Para tanto, o autor se dedica ao tema, na redação de tese de doutorado, em que o estudo bibliográfico e investigação de campo, bem como a profissão de professor em diferentes fases educativas, lhe possibilitaram o olhar teórico-prático, para a elaboração e apresentação de resultados críticos e conclusivos sobre o tema, em que pese à comprovação de correntes divergentes na participação do menor ao mercado de trabalho, estudos

* Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA – Argentina). Mestre em Gestão Urbana pela PUCPR. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba.

contraditórios de sua validação, e apresentação de dados fidedignos que confirmem a proposta de trabalho, qual seja, a participação do Estado no processo das conquistas emancipatórias e cidadãs.

Palavras-chave: Educação; Direitos sociais; Administração Pública; Emancipação; Cidadania.

FOMENTO SOCIAL: UMA ALTERNATIVA DO ESTADO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

BIANCA MARA LECHETA RISSI*

SAMIA YASMIM YOUSSEIF DUQUE REGNIEL*

RESUMO

Como consabido, a atividade de fomento caracteriza-se, basicamente, como a intervenção estatal indireta na ordem econômica por meio de estímulos e benefícios a particulares com o escopo de atender atividades tidas como de interesse público. Não obstante, o fomento pode ser classificado como: i) Planejamento Estatal; ii) Social; iii) Econômico ou iv) Institucional. Partindo dessa premissa, o presente trabalho consiste no estudo do fomento social como uma das alternativas eficazes - que estão à disposição do Estado - para atender o interesse público e, por conseguinte, promover o desenvolvimento nacional sustentável. Existem algumas categorias de fomento social, dentre elas: educação, trabalho, cultura, lazer, esporte, turismo, ambiente, rural e reforma agrária. Como se vê, o destinatário do fomento social é sempre o homem, vez que o objetivo deste instituto é auxiliá-lo em seu desenvolvimento, bem como garantir que seus direitos preconizados na Constituição Federal de 1988 sejam amplamente assegurados. Para tanto, a iniciativa privada tem um papel de extrema importância, pois trabalhará em cooperação com o Estado para atender o interesse público e, assim, alcançar o desenvolvimento nacional, já que este último é de responsabilidade de todos que exercem atividades no âmbito da ordem econômica. Além disso, é possível verificar que o interesse público no referido instituto é a finalidade pretendida, além de torná-lo, desse modo, legítimo. Ocorre que, muitas vezes, na prática a concessão do fomento realiza-se de modo arbitrário em que não há compromisso algum com o atendimento do interesse público. Tal fato acaba ocorrendo em razão da inobservância dos princípios do regime jurídico administrativo e, infelizmente, em razão da escassez do controle de tal atividade. Mesmo diante da carência de reflexões doutrinárias e até mesmo de controle, a análise da efetivação do interesse público é medida que se impõe. Sendo assim o interesse público deve ser devidamente observado para justificar a execução do fomento e estabelecer compatibilidade com a ordem constitucional democrática com a, conseqüente, promoção de direitos fundamentais. Sendo,

* Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Pesquisadora do Programa de Ensino Tutorial do Unibrasil

** Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica do Unibrasil

desse modo, uma autentica alternativa para o Estado, diante de um contexto de carência e ineficiência, para a concretização do interesse público.

Palavras-chave: Fomento social; alternativa; interesse público; direitos sociais; direitos fundamentais.

O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO X AUTONOMIA MUNICIPAL – UMA ANÁLISE SOBRE A AUTONOMIA FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

BIANCA VALOSKI*

RESUMO

O objetivo do trabalho consistiu em realizar a revisão bibliográfica sobre o tema, analisando o estado federal brasileiro, os aspectos constitucionais que garantem a autonomia dos municípios, as competências materiais e tributárias atribuída a eles, e a independência financeira destes, mediante as transferências voluntárias e involuntárias efetuadas pela União e Estados-membro, tendo em vista a avaliação do real grau de autonomia local, no viés da autonomia financeira, isto é, qual a efetiva capacidade e independência financeira dos municípios na prestação dos serviços públicos a eles designados. O procedimento metodológico utilizado fez uso de pesquisa bibliográfica sobre o tema e confronto entre elementos, promovendo a análise de dados com base no método comparativo. A pesquisa consistiu em avaliar os dados do ano de 2013, referentes à arrecadação de tributos (receita tributária) e transferências intergovernamentais recebidas por nove municípios da Região Metropolitana de Curitiba, com base no Relatório Resumido Da Execução Orçamentária (RREO) – Consolidado (receitas realizadas), disponibilizado no site do Tribunal de Contas do Estado do Paraná e nos relatórios de transferências involuntárias efetuadas, disponibilizados pelos governos federal e estadual em seus Portais da Transparência. Muitas são as atribuições e competências que o município assumiu perante a atual Constituição Federal, as competências exclusivas e comuns a ele relacionadas, trazem uma gama bastante extensa de serviços públicos a serem prestados. A Carta Magna também ampliou a autonomia dada aos municípios, sendo constituída tal autonomia pelos aspectos políticos, administrativos e financeiros. No que tange a autonomia financeira dos municípios, a mesma se constitui pela capacidade de tributar e de receber cotas – parte do arrecadado pelo Estado e a União. Entendendo a forma de um Estado Federal, percebe-se que quanto mais próximo do centro de decisões políticas estiver o cidadão, mais a comunidade participa do exercício do poder e mais legitimidade tem esse exercício, fortalecendo assim o princípio da participação política plural. Porém para que o ente federado mais próximo da comunidade, possa efetivamente executar as

* Pós-Graduada em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Formada em Ciências Contábeis pela UFPR e em Gestão Pública pelo IFPR. Controladora Interna da Câmara Municipal de São José dos Pinhais.

demandas solicitadas, faz-se necessário um mínimo de autonomia não somente política e administrativa, mas também financeira. Mediante os dados levantados, foi possível notar que nenhum dos municípios avaliados possui uma receita tributária que componha mais de 18% dos seus recursos totais, sendo que em cinco dos nove municípios, é inferior a 10% do total das receitas, existindo cidades com os alarmantes índices de 4% e 2%. Em todos os entes analisados, as transferências intergovernamentais representam pelo menos 62% do total dos seus recursos, sendo a média 75%, alcançando nos municípios com menos de 20.000 habitantes, a notável participação de mais de 90% dos recursos totais do ente. Tais dados demonstram a enorme dependência dos municípios das transferências intergovernamentais a eles repassadas, evidenciando que a capacidade de custear seus serviços é extremamente vinculada aos repasses de recursos advindos de outros entes da federação, o que leva ao questionamento de qual é o efetivo grau de autonomia financeira que os municípios possuem hoje, dentro do atual federalismo fiscal instaurado.

Palavras-chave: Federalismo; Autonomia municipal; Autonomia financeira municipal; Serviços públicos; Transferências intergovernamentais.

COMO REGULAR O *LOBBY* NO BRASIL? FUNDAMENTOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

CLAUDIO ROBERTO BARBOSA FILHO*

VITOR ANDRÉ BRANDÃO MÜLLER**

RESUMO

A ideia de *lobby* carrega dentro de si estigma e preconceito. Essa constatação é observada em âmbito interno e internacional. No Brasil, o tema é pouco trabalhado na literatura, conquanto o debate legislativo sobre ele já date de mais de vinte anos. Um dos pontos mais polêmicos é que sua definição nem sempre é clara, muitas vezes se encontrando numa linha tênue entre licitude e ilicitude. Destarte, é essencial iniciar por alguns conceitos que a literatura traz: (i) grupos de interesse são aquelas interações praticadas entre indivíduos e grupos privados que não são dotados de autoridade estatal e que influenciam o processo decisório e político, união por ideias semelhantes e objetivos comuns; (ii) grupos de pressão: são conjuntos de indivíduos da sociedade civil que fazem uso da barganha de sanções e prêmios frente à entidades públicas com o intuito de alterar ou manter algum mecanismo que seja favorável ao interesse daquele determinado grupo. É nesta última categoria que é possível encontrar o *lobby*. Mais de quinze Projetos de Lei já foram apresentados no Congresso Nacional versando sobre o tema, sendo consensual que a maioria deles trazem uma média regulação, a qual é exposta como a mais ineficiente pela doutrina. Os projetos de lei do senador Marco Maciel e do deputado Carlos Zarattini são os mais relevantes. O primeiro, embora apresentando várias falhas, serviu para iniciar o debate, sendo arquivado por vício formal. O segundo está em estágio mais juntamente com seu pensamento e seu substitutivo. Mesmo trazendo importantes colocações que visam a dar efetividade à lei, continua com falhas. Por fim, procurou-se apresentar soluções às três críticas principais levantadas pelos contrários a regulação: (a) para o problema do possível afastamento entre população e representantes políticos, a solução estaria na transparência que a regulação traria através do acesso à informação e da experiência dos períodos de campanha eleitoral, a disponibilização das informações serviria para a sociedade compreender de maneira mais clara as motivações das decisões legislativas e políticas, trazendo a possibilidade de maior cobrança e debate; (b) para o problema do excessivo gasto que a regulação traria, a solução estaria na utilização de órgãos já existentes como o Tribunal de Contas da União, o qual já conta com um *staff* e uma

* Graduando do 3º ano do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro-pesquisador do PET – Programa de Ensino Tutorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

** Graduando do 3º ano do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro-pesquisador do PET – Programa de Ensino Tutorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

estrutura consolidada; (c) para o problema do impedimento de grupos minoritários, economicamente mais fracos e estruturalmente mais simples, a solução é encontrada no modelo europeu, ou seja, a criação de um fundo nacional para a prática, o qual inclusive ampliaria o princípio constitucional de democracia participativa. Buscou-se demonstrar que a ideia de regulamentação tem possibilidades materiais de deixar o campo das ideias e partir para uma verticalização da aplicação dos princípios democráticos no processo legislativo, e quiçá posteriormente nos demais poderes da União. Este processo, entretanto, não é auto-realizável, razão pela qual o meio acadêmico deve também debruçar-se de maneira mais extensa sobre a questão, realizando para si também uma espécie de *lobby* através do fornecimento de informação de qualidade.

Palavras-chave: *Lobby*; Regulação; Participação política; Democracia.

PROCESSO ADMINISTRATIVO: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

EDIALA PRADO DE SOUZA*

RESUMO

O presente trabalho consiste em rigor analisar a realidade social e econômica que passou a ser vista como um objeto sobre o qual ocorre a ação transformadora do Poder Público, tendo em vista que o atingimento de finalidades passa a existir como estimado, contudo tais mudanças resultou na enorme expansão de suas intervenções na esfera da liberdade e da propriedade dos indivíduos, ou seja, o Poder Público assume função de promotor, e diante disto requer dos particulares ajustamentos de suas condutas. Como demonstra ao que está protegido na Carta Constitucional em que a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a existência digna conforme os ditames da justiça social, o desenvolvimento tecnológico atingiu um novo sistema de vida levando em consideração uma necessária e intensa organização, em contrapartida o Estado tinha que regular e interferir em quase tudo como resultado de novas condições. No ordenamento jurídico brasileiro há identificação de vários princípios obrigatórios aos quais estão explícito ou implícito na Constituição. Diante disso o presente trabalho possui como escopo analisar as principais transformações sobre a possibilidade das garantias constitucionais e processuais, ou seja, tal atividade passou a ser formado em um âmbito constitucional, em que revela-se de grande utilidade para condicionar a garantia da defesa jurisdicional no processo administrativo.

Palavras-chave: Finalidade; Processo administrativo; Garantias constitucionais e processuais; Ação transformadora; Intervenções na liberdade e propriedade.

* Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL).

DIREITO ADMINISTRATIVO EM TRANSFORMAÇÃO: O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO HODIERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS JOGOS

GABRIEL MORETTINI E CASTELLA*

LUCIANA PROCEKE TAMBOSI**

RESUMO

A pesquisa desenvolvida foi realizada no âmbito do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED - PUCPR) e tem como substrato as mutações no Direito Administrativo para um renovado sistema de Direito Público desvinculado do modelo clássico, desdobrado em maiores interações jurídicas em que a Administração seja parte. Dessa forma, diante de uma nova conjectura econômica e social, constatou-se que muitos Estados optaram por criar dispositivos a fim de permitir a possibilidade de negociar e punir com base em processos administrativos devidamente instruídos, e aos poucos abandonar o método tradicional até então utilizado, em que se escolhia por não negociar e aceitar um crescimento da impunidade decorrente da ausência de indícios suficientes em processos acusatório. Neste contexto surge um novo instrumento, pautado na possibilidade da celebração de acordo com o Poder Público, o que possibilitou maior eficácia em reduzido espaço de tempo e menores custos nas investigações sobre atos de corrupção e fraude a Administração Pública. Assim, o objetivo da pesquisa se ateve em analisar esta nova conjuntura legislativa, a partir da Lei nº 12.846/2013 assim como da Lei nº 12.529/2011, sob a perspectiva da teoria dos jogos, eis que ao celebrar determinados acordos com a Administração Pública, deverão ser consideradas as possíveis consequências em face do interesse público e particular envolvidos. Diante da referida problematização, buscou-se através do método dialético, com base na doutrina, lei e artigos, analisar as duas principais legislações atinentes ao tema, Lei Anticorrupção e a Lei Anticoncorrencial, visando à eficiência dos instrumentos mencionados em prol do interesse público. Primeiramente, foi realizada uma pesquisa

* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (PUCPR).

** Graduada em Administração de Empresas pela UNIFAE de Curitiba (2010). Graduanda em Direito pela PUC-PR e pós-graduanda em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário Aplicado pela mesma universidade. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (PUCPR).

sobre as circunstâncias internacionais que motivaram a criação do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, através da análise de tratados e convenções das quais o Brasil é signatário. Seguidamente, perquiriu-se os princípios norteadores dos instrumentos em análise, em especial a consensualidade como novo meio de alcançar a eficiência estatal. Ao final, buscou-se através de uma análise pragmática avaliar a aplicabilidade da teoria dos jogos como instrumento potencializador do acordo de leniência. As fontes da pesquisa incluíram doutrina nacional e comparada, sempre a partir de uma forte perspectiva crítica e interdisciplinar. Inicialmente, quer parecer que a celebração do acordo de leniência no âmbito da Administração Pública possibilitou a criação de um novo mecanismo capaz de produzir maior eficácia em reduzido espaço de tempo e menores custos nas investigações sobre atos de corrupção e fraude na Administração Pública. Confirmou-se a tendência pela busca por uma gestão estatal mais eficiente, de forma a prevalecer o interesse público, ainda que tenha que transigir com o particular. Neste contexto, constatou-se que a utilização da teoria dos jogos pode servir como instrumento relevante na tomada de decisões, eis que conduz os “Jogadores” a saber quais os objetivos pretendidos assim como quais as limitações e restrições relevantes às suas ações, otimizando a possibilidade de efetivação de resultados. O emprego de instrumentos como a teoria dos jogos, constituem relevantes estratégias à serem sope-sadas na execução das mais diversas práticas profissionais, destacando-se sua utilidade na realização dos acordos de leniência, em prol do interesse público ou do particular.

Palavras-chave: Acordo de leniência; Interesse público; Eficiência; Processo administrativo; Teoria dos jogos.

O DIREITO ADQUIRIDO PERANTE O PODER REFORMADOR: PARA UMA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL EMANCIPATÓRIA

GUSTAVO MIRANDA LOURES*

RESUMO

No direito administrativo, por vezes, ocorre a colisão da lei com efeitos *ex-tunc* com o *princípio da segurança jurídica*, quando a lei exige a anulação de certos atos administrativos que acabam por causar prejuízos àqueles de boa-fé. Deste modo, buscamos nesse estudo a proteção constitucional dada ao *direito adquirido*. A *segurança jurídica* é uma condição que embasa a certeza dos indivíduos de que suas relações, sob o império de uma norma, devem perdurar quando esta for substituída por outra. Esta segurança exige um respeito do legislador pelas relações jurídicas validamente criadas, pois na dúvida, novas proposições jurídicas devem pretender ordenar o futuro, não o passado. Quanto à retroatividade da lei, é cediça a sua impossibilidade pela proteção constitucional dada à segurança jurídica na Constituição de 1988, no Art. 5º, inc. XXXVI; o problema se tem quando o assunto tem sede em norma constitucional, seja do poder constituinte originário ou derivado. A jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que “*Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário ou derivado*”. Tal decisão é contestada pela doutrina, pois o poder reformador não poderia ofender o direito adquirido porque este encontra limites materiais, como as pretensões de abolir os direitos e garantias individuais. Defende-se também, que as emendas não podem alterar o sistema e o espírito da Constituição. A questão é complexa, pois envolve discussões acerca do direito intertemporal, limites do poder de reforma e até mesmo do poder constituinte originário frente ao direito posto. O presente estudo busca a defesa do direito adquirido perante o poder de reforma bem como do poder constituinte originário, que deve concretizar aspirações do povo, detentor deste poder de fato. Claro é, que nenhuma população aspira, com o advento de uma nova ordem Constitucional, dilacerar direitos adquiridos de forma idônea, dando ensejo à insegurança total na senda jurídica. Para consolidar tal ponto de vista, busca-se uma *dogmática constitucional emancipatória*, tão citada na obra do Prof. Clèmerson Clève. Na senda deste estudo, promove-se argumentos à luz da dignidade da pessoa humana por uma aspiração não positivista ou teórica, mas construtora de uma hermenêutica não voltada ao Estado, mas ao bem

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR.

estar físico, psíquico e moral. Conclui-se, que é necessária a proteção à segurança social, mesmo em cenário de mudança, para garantir ao indivíduo seu bem-estar, na figura do *direito adquirido*.

Palavras-chave: Segurança jurídica; Direito adquirido; Reforma; Poder constituinte; Limite.

A NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA APURAÇÃO DE FALTAS FUNCIONAIS E DISPENSA DE EMPREGADOS NAS EMPRESAS PÚBLICAS E NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

JOÃO GUILHERME WALSKI DE ALMEIDA*

FELIPE KLEIN GUSSOLI**

RESUMO

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, nas empresas públicas e sociedades de economia mista, o processo administrativo disciplinar consiste em instrumento dispensável para a apuração de irregularidades e aplicação de sanções aos subordinados, inclusive para a dispensa de empregados públicos (cf. Recurso Extraordinário nº 589998). A referida decisão fundamenta a suposta desnecessidade de instauração de processos administrativos disciplinares na ausência de estabilidade dos servidores públicos celetistas, a qual restaria adstrita somente os servidores estatutários (art. 41 da Constituição). Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a rescisão unilateral do contrato de trabalho pela Administração Pública Indireta necessitaria tão somente de motivação, facultado ao empregador público dispensar o servidor sem lhe oferecer qualquer possibilidade de defesa, desde que apresentadas meras razões para tanto. Este entendimento, no entanto, está em desacordo com o regime jurídico-administrativo e com a ordem constitucional. É problemática a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse tema, pois o dever de instaurar processo administrativo não se fundamenta apenas na estabilidade do agente, mas principalmente no direito de defesa e ao devido processo legal (art. 5º, LV da Constituição), deveres estes impostos à Administração Pública Direta e Indireta (art. 37, *caput* e seguintes da Constituição). Isto é, porque integram a Administração Indireta, o regime jurídico de prerrogativas e sujeições ao qual as empresas públicas e as sociedades de economia mistas se encontram submetidas lhes impõe a apuração de irregularidades

* Pós-graduado em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.

** Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento na PUC-PR. Pós-graduado em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.

cometidas por seus empregados apenas e tão somente através de procedimentos disciplinares. Esse dever é de estatura constitucional, e visa principalmente resguardar a impessoalidade e isonomia entre os empregados públicos e resguardar os interesses públicos, seja na apuração de ilícitos cometidos, seja no momento da dispensa do empregado sem ou com justa causa. Portanto, a motivação a que se refere o Supremo Tribunal Federal só pode acontecer mediante instauração de processo administrativo disciplinar, ferramenta primordial para implementação da verdadeira democracia, para o aumento da racionalidade, da impessoalidade e da moralidade na Administração Pública Direta e Indireta.

Palavras-chave: Processo administrativo disciplinar; Empresas públicas; Sociedades de economia mista; Motivação.

O EMPREGADO PÚBLICO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: A GARANTIA CONSTITUCIONAL IGNORADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA NO BRASIL

LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS*

RESUMO

A inauguração de um novo ciclo democrático no Brasil, em tese consolidado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, criou a justa expectativa de que novos ventos iriam arejar as entranhas da Administração Pública brasileira, antes pautada por relações paternalistas e pouco transparentes, próprias dos regimes de exceção, tal qual aquele que se instaurou por cerca de vinte anos em solo brasileiro. Dentre todas as relações administrativas, a categoria dos servidores públicos, em sentido amplo, sofreu intensas modificações com o fito de depurar e clarificar o elo administrativo entre o Estado e esses particulares que vendem sua força de trabalho ao Poder Público, impondo-se um regime jurídico pautado em prerrogativas e sujeições, tendo no concurso público o termo inicial dessa relação democrática. Dentre as tantas garantias legitimadas na Carta Constitucional de 1988, destaca-se o direito ao processo administrativo disciplinar que anteceda a imposição de sanções administrativas, em que se garanta o contraditório e a ampla defesa, o que, não obstante algumas dificuldades iniciais e pontuais, é ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência em relação aos servidores em sentido estrito, ou seja, os regidos por estatuto jurídico próprio. A mesma sorte de compreensão não assiste aos empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente os vinculados a empresas públicas e sociedades de economia mista, os quais, mesmo após a redemocratização, estão à deriva quando se trata de garantia ao devido processo legal que anteceda a aplicação de sanções administrativas. Em pese algum avanço imposto pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer o direito à motivação do ato administrativo de demissão, por meio do Recurso Extraordinário nº 589.998, a fragilidade da relação administrativa entre Poder Público e empregados públicos permanece intacta. O objetivo do presente estudo é demonstrar que os empregados públicos, particularmente os que estão submissos às empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente da atividade que elas exercem (prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica), possuem direito ao processo administrativo disciplinar

* Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Pesquisador do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Advogado.

em que seja observado fielmente o direito constitucional à defesa adequada e à produção concreta de provas. Na esteira da doutrina inaugurada pelo eminente Professor Romeu Felipe Bacellar Filho sobre a extensão e garantias constitucionais inerentes ao processo administrativo disciplinar, aponta-se que tal direito é solenemente ignorado aos empregados públicos, na medida em que o Poder Judiciário, em especial a Justiça do Trabalho, permite que o Estado aja como se fosse um particular quando se trata punir administrativamente o empregado público, em afronta ao texto constitucional vigente e ao princípio democrático, dando ensejo a perseguições pessoais e a relações pouco republicanas no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista no Brasil.

Palavras-chave: Empregado público; Sanção administrativa; Processo administrativo disciplinar; Garantia constitucional; Empresas estatais.

ACESSO À INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E O DESENVOLVIMENTO DA ACCOUNTABILITY NO BRASIL.

MARCIO ARAUJO WILINSKI*

RESUMO

Sendo a administração pública constituída com a finalidade precípua de administrar os interesses da coletividade e promover a segurança e o desenvolvimento de todos, bem como estando nela alocados agentes com a função de representar a sociedade, deve ser de interesse dos administradores e agentes públicos que a população tenha, além de conhecimento dos atos exercidos pelo Estado, acesso a todos os documentos que registram as decisões tomadas pela Administração e os gastos com esse fim realizados. Prestar contas, afinal, àqueles que legitimam os atos públicos. Some-se a isso o fato de que a submissão dos atos dos agentes públicos à análise e escrutínio da sociedade não exige muitos recursos, dada a inserção da administração pública em um ambiente de circulação rápida e fácil de informações, com baixo custo frente aos benefícios práticos da medida. Assim, não haveria que se pensar na administração pública que não aquela na qual a transparência dos atos, materializada no amplo acesso às informações por parte da população, é prática tomada como natural, automática. Tal concepção de transparência pode, no entanto, passar de quase uma consequência lógica da noção de administração pública, para se revelar uma realidade distante, quando, partindo-se da noção de que a grande dificuldade de uma democracia é justamente permitir que, em um primeiro momento, o governo controle a sociedade, para que em um segundo momento sejam impostos os devidos controles aos governantes, surge a necessidade de se desenvolver mecanismos que assegurem à sociedade, e aos próprios órgãos estatais entre si, poderes para exigir justificativas da administração pública acerca dos seus atos, bem como enfrentar, com igual força, os abusos de poder. O objetivo do presente trabalho, frente à realidade apresentada, é analisar o ambiente que deu sustentação e exigiu a edição de uma lei de acesso à informação no Brasil (Lei 12.527/2011), bem como, apresentando o conceito de *accountability* e as suas respectivas dimensões, definir o papel do acesso à informação e da transparência dos atos públicos na estruturação de um sistema de participação da sociedade no controle dos atos do Estado, para, ao final, analisar pontos frágeis do sistema e apresentar as medidas que podem ser tomadas para que haja o devido desenvolvimento da *accountability* no Brasil.

Palavras-chave: *Accountability*; Transparência; Acesso à informação; Lei 12.527/2011; administração pública; Controle.

* Pós-graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O REGIME JURÍDICO DO PROGRAMA MAIS MÉDICOS PARA O BRASIL

MARIA CLARA DIAS ABOUD HANNA*

RESUMO

A presente pesquisa visa delimitar os contornos jurídicos acerca do Programa Mais Médicos para o Brasil, de modo a definir o regime jurídico ao qual se submete. O referido prospecto governamental busca a integração, a melhoria do atendimento às regiões prioritárias do Sistema Único de Saúde e o incentivo à pesquisa como escopos de primazia. Para tanto, a estratégia adotada define-se como a disponibilização de vagas para profissionais da área médica, mediante realização de concurso público, com oferecimento de bolsas para os aprovados que cumprirem os requisitos legais. Consiste como uma das peculiaridades do programa o fato de que, após a ocupação de vagas por partícipes nacionais, possibilita-se a inscrição de interessados forâneos que cumprirem os requisitos estipulados na Lei 12.871/2013. Ademais, o Programa Mais Médicos para o Brasil intenta ofertar cursos de especialização na área médica a fim de aprimorar o atendimento e desenvolver pesquisas na esfera de saúde. Destarte, o programa consiste em atuação cooperativa entre os entes da federação e os Ministérios da Educação e Saúde, de modo que seus perímetros de atuação definem-se como nebulosos. Constituem singularidades do Programa, outrossim, as figuras do supervisor e do tutor acadêmico, incumbidos, respectivamente, da supervisão profissional e orientação acadêmica dos participantes. A estrutura do Programa flerta tanto com o regime aplicado às terceirizações na Administração Pública quanto com a conformação peculiar das Unidades Básicas de Saúde, restando o questionamento acerca de qual regime acoberta sua sistemática e qual definição se aplica aos partícipes. A metodologia aplicada para obter tal determinação, visada na pesquisa em querela, contempla a investigação acerca dos regimes destinados à terceirização na Administração Pública e nas Unidades Básicas de Saúde com a finalidade de enquadrar o Programa Mais Médicos para o Brasil em uma das referidas categorias ou a arquitetar um regime peculiar para o Programa. Para tanto, o procedimento utilizado perpassará a Lei nº 12.871/2013 – que instituiu o Programa Mais Médicos para o Brasil e dá outras providências – de modo a dissecar quais as competências distribuídas pelo legislador para cada ente ou órgão envolvido. A demarcação de tal panorama conserva a finalidade de apropriação do regime definido

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora bolsista do PET– Programa de Educação Tutorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

para resolução de questões que surjam futuramente, mormente para o enfrentamento da responsabilidade civil dos partícipes do Programa Mais Médicos para o Brasil, quando for necessário o seu emprego.

Palavras-chave: Mais Médicos; Regime jurídico; Terceirização; Unidade Básica de Saúde; Lei nº 12.871/2013.

A POSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DO MENOR SOB GUARDA JUDICIAL COMO DEPENDENTE DO SEGURADO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DO PARANÁ: AUTONOMIA FEDERATIVA ESTADUAL E IRRELEVÂNCIA DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

PEDRO PANNUTI*

RESUMO

O resumo trata da possibilidade jurídica da inscrição do menor sob guarda na condição de dependente do segurado do Paraná Previdência mesmo após com a vigência da Lei Federal nº 9.528/97, que dando nova redação ao art. 16, § 2º da Lei Federal nº 8.213/91 suprimiu a qualidade de beneficiário do “menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda”. O viés ora adotado busca apontar os principais fundamentos jurídicos que garantem a inscrição do menor sob guarda na qualidade de dependente dos beneficiários do Paraná Previdência e, conseqüentemente, beneficiário da proteção previdenciária, corolário lógico do princípio da proteção integral da criança e adolescente, e demonstração da dignidade da pessoa humana. O procedimento metodológico adotado consistiu na pesquisa das decisões dos Tribunais de Justiça que vedam a percepção do benefício de pensão por morte ao menor sob guarda de segurado do RPPS, mesmo quando a legislação estadual prevê sua figura no rol de dependentes, bem como de precedente daquela Corte Superior. O julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 36.034/MT reviu o entendimento até então dominante no STJ para garantir o direito à concessão de benefício de pensão por morte ao menor sob guarda judicial de segurado do Regime Próprio do Mato Grosso, que não previa a possibilidade de inscrição do menor sob guarda. Nessa decisão destacou-se a prevalência do disposto no art. 33, § 3º da Lei nº 8.069/90 (ECA), sobre norma previdenciária, ainda que de natureza específica. Cite-se ainda o ajuizamento da ADI nº 5.083, que discute a constitucionalidade do próprio art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, que alterou o art. 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91. Na ADI, a PGR elaborou parecer pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade, reconhecendo a condição de dependente do menor sob guarda também

* Aluno do curso de especialização em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.

no âmbito federal. Não obstante a tendência nas Cortes Superiores, no âmbito paranaense a jurisprudência do TJPR caminha em sentido diverso. Esta invoca o art. 5º da Lei Federal nº 9.717/98 – que veda aos destinatários do RPPS a concessão de benefícios distintos dos previstos no RGPS pela Lei Federal nº 8.213/91 – para justificar a impossibilidade de inscrever o menor sob guarda como dependente no ParanaPrevidência. A razão para tanto seria que na previsão de concessão de pensão por morte, na qualidade de dependente de segurado do RPPS não configura benefício distinto, mas simplesmente regramento diverso de requisitos dos beneficiários, no caso, concernente ao rol de beneficiários. Posto isso, defende-se aqui, em nome da autonomia federal dos Estados-membros, que o art. 5º da Lei Federal 9.717/98, por si só, não impede que a legislação estadual trate do rol de dependentes de forma diversa do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91, com autonomia. Resta, portanto, plenamente aplicável pelo Paranaprevidência a legislação estadual paranaense, a qual pela regra do artigo 42, § 5º, alínea “c” da Lei Estadual nº 12.398/98 reconhece a qualidade de dependente do menor sob guarda.

Palavras-chave: Regime Próprio de Previdência Social; menor sob guarda; dependente previdenciário; ParanaPrevidência; Autonomia Federal.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

PRISCILA BEPLER SANTOS*

RESUMO

Conforme a Constituição da República, garantir o desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais do País, em vista disso, as políticas públicas são apresentadas como uma ferramenta eficaz para a promoção desse objetivo. Dessa forma observa-se que essas políticas são instrumentos, diretrizes, que partindo do pressuposto do interesse público, visam a efetivar os direitos fundamentais de uma sociedade. A proposta do artigo é destacar a importância das políticas públicas e do seu controle na garantia dos direitos fundamentais mínimos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, procurando assim avaliar suas possibilidades e limites dentro das disposições constitucionais.

Palavras-chave: Políticas públicas; Desenvolvimento nacional; Direito fundamentais.

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA.

EDUCAÇÃO, ORDENS JUDICIAIS E ORÇAMENTO PÚBLICO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

RENAN GUEDES SOBREIRA*

RESUMO

A emergência de direitos fundamentais de natureza prestacional, com a Constituição Federal de 1988, tem gerado situações de conflito entre o Poder Público e os cidadãos, sobretudo em razão da inércia do primeiro. O litígio acaba por ser juridicizado, levando questões de políticas públicas à análise do Poder Judiciário. O cidadão espera que o órgão judiciário obrigue o Poder Público a lhe dar a prestação pretendida, enquanto o Poder Público espera ver resguardada sua liberdade discricionária. O direito à educação infantil se insere nesse contexto. Assim, contextualiza-se sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro para, posteriormente, analisar a jurisprudência das Câmaras especializadas em matéria educacional do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Então, verifica-se que o Poder Judiciário tem dado respostas a favor do cidadão com fundamentos que atendem à normatividade, mas nem sempre aos contornos materiais da situação. Da leitura das decisões, é notória a ausência de tratamento sobre temas como a liberdade discricionária da Administração Pública, a separação de poderes, os limites orçamentários. Além disso, verifica-se que as decisões dessa Corte utilizam precedentes do Supremo Tribunal Federal que não se adequam materialmente com a situação estadual analisada, pois pensados para municípios muito menores do que aqueles paranaenses. Da análise da jurisprudência da Corte Paranaense, constata-se que não há diálogo institucional entre o Poder Judiciário e os demais envolvidos, embora todos sejam responsáveis pela realização do direito analisado. Assim, são apresentadas propostas de estabelecimento de canais de diálogo entre as frentes do poder estatal e de orientações para as decisões judiciais a fim de solver a crise decisória verificada na jurisprudência escolhida.

Palavras-chave: Direito Fundamental; Educação Infantil; Jurisprudência; Discricionariedade; Decisões Responsáveis.

* Pós-Graduado em Derecho Parlamentario pela Universidad Nacional Autónoma de México. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA OU CONFLITUOSA?

THIAGO PRIESS VALIATI*

RESUMO

O presente trabalho procura demonstrar como a atribuição de um elevado poder normativo às agências reguladoras nacionais acaba por gerar um cenário de insegurança jurídica no ambiente regulatório. Primeiramente, o trabalho discorre acerca da reforma administrativa ocorrida na década de 90 e o contexto de surgimento das agências. Demonstra, assim, que, com a diminuição progressiva da intervenção estatal no domínio econômico, aumenta-se, por outro lado, a necessidade de regulação estatal da economia. Em seguida, o trabalho discorre acerca da competência normativa das agências reguladoras concedida pelas respectivas leis criadoras. Discute os limites do poder normativo, especialmente à luz da separação dos poderes. Com efeito, a especialidade e a complexidade de questões regulatórias, eminentemente técnicas, exigem que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao ente regulador. Vale dizer, diante da insuficiência do Parlamento para tratar destas questões, é no espaço das agências que se torna possível a produção de regras com maior capacidade de operacionalização e de implementação. Nesse contexto, de um lado, portanto, o surgimento de novos núcleos organizacionais na Administração Pública exige a atualização da teoria da separação dos poderes; afinal, as agências possuem indiscutivelmente um maior conhecimento técnico de determinado setor a ser regulado. De outro lado, apesar de a competência normativa configurar característica intrínseca às agências reguladoras, tem-se que o exercício deste poder deve se dar sem a usurpação da função precípua do Parlamento (que é a de criar normas gerais e abstratas e inovar no ordenamento), em atendimento mínimo à garantia da separação dos poderes. Ou seja, o exercício da competência normativa por parte das entidades reguladoras não pode chegar simplesmente a inovar no ordenamento jurídico, mas tão somente especificar tecnicamente e explicitar, em caráter infralegal, as disposições gerais emanadas pelo Legislativo. Em terceiro lugar, o trabalho destaca que a frequente edição de normas jurídicas por parte destas entidades, além de alterações bruscas no arcabouço normativo regulatório, acaba por ensejar um cenário de considerável incerteza aos

* Mestrando em Direito do Estado na UFPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela UFPR. Advogado.

sujeitos econômicos envolvidos. O problema da “juridificação” tende a criar uma “babel normativa”, através de inúmeras fontes normativas, dispersas e desconexas, comprometendo a capacidade de assimilação do conjunto normativo pelos agentes econômicos envolvidos. Finalmente, o trabalho conclui que, ainda que não se afaste o poder normativo das agências reguladoras, a utilização excessiva de seu poder normativo configura ofensa frontal ao princípio constitucional da segurança jurídica, o que inevitavelmente prejudica a possibilidade de novos investimentos na infraestrutura nacional; justamente o oposto do objetivo inicial do estabelecimento das agências no Brasil. A relação entre o desenfreado poder normativo das agências reguladoras e a segurança jurídica trata-se, pois, de uma relação conflituosa. Uma das soluções possíveis para amenizar tal cenário de insegurança jurídica talvez consista no estabelecimento de um marco regulatório federal para as agências reguladoras, isto é, uma espécie de lei geral de tais entidades. O respeito às “regras do jogo” trata-se de uma condição imprescindível para que os investidores, nacionais e estrangeiros, sintam-se seguros em relação ao contexto regulatório que as empresas estarão submetidas e irão operar.

Palavras-chave: Agências Reguladoras; Segurança Jurídica; Poder Normativo; Infraestrutura; Economia.

Este livro foi composto nas tipologias ITC Giovanni e Swiss,
impresso em cartão 250 g e papel offset 75 g certificados,
provenientes de florestas que foram plantadas para este fim, e
produzido com respeito às pessoas e ao meio ambiente.

Publique seu livro. Viabilizamos seu projeto cultural!

Visite nossa home page:

www.ithala.com.br