

ORGANIZADORES:

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Guimarães

Vivian Cristina Lima López Valle

Passando

a limpo a

gestão

Pública:

arte

coragem

loucura

ipda

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

LIVROS
legais

2012 - Universidade Federal do Paraná

ADVERTÊNCIA: É totalmente proibida a comercialização e a reprodução parcial ou total desta obra, sem a devida autorização da editora

Editor:

Maria Isabel M. Ritzmann (Bebel Ritzmann)

Produção: NCA - COMUNICAÇÃO E EDITORA LTDA.

CNPJ: 13.226.606/0001-91

Conheça nossa editora:

Selo editorial



www.livroslegais.com.br

Projeto Gráfico e edição: Roberto Costa Guiraud – Designer

Diagramação: Equipe Edição por Demanda



Revisão: André Braga

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

P285

Passando a limpo a gestão pública: arte, coragem,
loucura [recurso eletrônico] / Instituto Paranaense
de Direito Administrativo; organização de Adriana da
Costa Ricardo Schier, Edgar Guimarães, Vivian
Cristina Lima López Valle – 1.ed. - Curitiba: NCA
Comunicação e Editora, 2020.
636p: 22cm

Vários colaboradores
ISBN 978-65-87027-07-4

1. Administração pública. 2. Direito administrativo. I.
Instituto Paranaense de Direito Administrativo. II.
Schier, Adriana da Costa Ricardo (org.). III.
Guimarães, Edgar (org.). IV. Valle, Vivian Cristina Lima
López (org.).

CDD 342 (22.ed)
CDU 342

CONSELHO EDITORIAL



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

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

Emerson Gabardo – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR; Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR; Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

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

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR; Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP; Professora de Direito Administrativo da UFC/CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA; Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e Coordenadora Regional do IBDU.

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

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



DIRETORIA



PRESIDENTE – EDGAR GUIMARÃES

VICE-PRESIDENTE – ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

DIRETORA ACADÊMICA – VIVIAN CRISTINA LIMA LÓPEZ VALLE

DIRETOR ACADÊMICO ADJUNTO - LUCIANO REIS

DIRETOR EXECUTIVO – RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO

DIRETOR EXECUTIVO ADJUNTO - FRANCISCO ZARDO

DIRETOR FINANCEIRO – JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS

SECRETÁRIO GERAL – RENATO CARDOSO DE ALMEIDA ANDRADE

SECRETÁRIO GERAL ADJUNTO - JOSÉ ROBERTO TIOSSI JUNIOR

PRESIDENTE DE HONRA

PROF. DR. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

PRESIDENTE EMÉRITO

PROF. DR. ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

PATRONO

PROF. DR. MIGUEL SEABRA FAGUNDES

SUMÁRIO



APRESENTAÇÃO	8
Romeu Felipe Bacellar Filho	
O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO FOMENTO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA: A LEI DE INCENTIVOS À INOVAÇÃO E À PESQUISA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA DO MUNICÍPIO DE CURITIBA	12
Adriana da Costa Ricardo Schier e Giulia de Rossi Andrade	
SILÊNCIO ADMINISTRATIVO PASSADO A LIMPO: A REJEIÇÃO DA INATIVIDADE FORMAL DA ADMINISTRAÇÃO, PORQUANTO PRÁTICA ILEGAL E ABUSIVA, QUE GERA INSEGURANÇA JURÍDICA E VULNERA O DIREITO DO ADMINISTRADO	36
Alessandra Da Silva Fonseca e Clayton Gomes De Medeiros	
A PEC 80/2019 À LUZ DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	57
Ana Cláudia Finger e Adriana Kempe	
DESMATERIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL: O GOVERNO FEDERAL	76
Ana Cristina Aguilar Viana e Bárbara Mendonça Bertotti	
OS APRIMORAMENTOS TRAZIDOS PELOS ARTIGOS 22 E 28 DA LINDB AO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	92
Bruno Gofman e Paulo Vinicius Liebl Fernandes	
A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL: NOVOS PARÂMETROS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	112
Carolina Ferreira Olsen e Maria Cristina Cruz Lima	
CONSECUENCIALISMO DAS DECISÕES E OS VALORES JURÍDICOS ABSTRATOS A PARTIR DA LEI 13.655/18: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DA (IN) SEGURANÇA JURÍDICA	131
Caroline Müller Bitencourt e Rogério Gesta Leal	
A LEGITIMIDADE E OS LIMITES DO PODER POLÍTICO NO BRASIL: POR UMA HERMENÊUTICA COM CORAGEM E SEM LOUCURA	161
Emerson Gabardo e Gustavo Martinelli	
O DESDOBRAMENTO DA REFORMA ADMINISTRATIVA NA GESTÃO EFICIENTE DOS IMÓVEIS PÚBLICOS: A POLÍTICA ESTRATÉGICA DE OTIMIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ	181
Fabianne Gusso Mazaroppi e Diego Nogueira	
PARCERIAS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: LIMITES DE TRANSFERÊNCIA E CRÍTICA AO CONTROLE DISFUNCIONAL	197
Felipe Klein Gusoli	
IMPACTOS DA TECNOLOGIA – ACESSO À INTERNET, DO LUXO À NECESSIDADE, SERIA A INTERNET UM SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL?	215
Fernanda Schuhli Bourges	

“COMPLIANCE DE DADOS”: UMA NOVA FRENTE DE GOVERNANÇA PARA OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO DIREITO (ADMINISTRATIVO) BRASILEIRO	235
Fernando Menegat	
O FACELIFT NO MODELO DAS CONCESSÕES	259
Fernando Vernalha Guimarães	
A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO: SEGREDOS, AVANÇOS E UMA ESPERANÇA	280
Francisco Zardo	
COMO MUNICÍPIOS DE MENOR ORÇAMENTO PODEM ELIMINAR OS LIXÕES, TRANSFORMANDO RESÍDUOS SÓLIDOS ORGÂNICOS EM ENERGIA	303
Jairo Pablo Alves de Carvalho, Caroline Da Rocha Franco, Nilcéia Perez Ribeiro, Anderson Catapan, Milton Borsato	
POLÍTICA PÚBLICA COMO ESTRATÉGIA DE MOBILIDADE URBANA	324
José Osório do Nascimento Neto	
LEI 14.039/2020 E A INEXIGIBILIDADE PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	341
José Roberto Tiozzi Junior	
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE NOTÓRIO ESPECIALISTA. SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO	351
Julieta Mendes Lopes Vareschini	
APLICABILIDADE (OU NÃO) DO DECRETO FEDERAL Nº 9.412/2018 AOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS: CONFLITO ENTRE NORMA GERAL E ESPECIAL	368
Leonardo Matheus Munhoz Matosk e Luciano Reis	
NEOLIBERALISMO, NOVAS TECNOLOGIAS E A ATUAÇÃO DO ESTADO	388
Luasses Gonçalves dos Santos e João Guilherme Walski de Almeida	
A COMPETÊNCIA REGULATÓRIA DA ANATEL FRENTE ÀS TECNOLOGIAS AUDIOVISUAIS VIA STREAMING	405
Lucas Bossoni Saikali	
A IMPORTÂNCIA DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL	422
Luzardo Faria	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE REFORMA ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELA PEC N. 32/2020	438
Marco Antônio Kurrle e Marco Antônio Lima Berberi	
A ARTE DE EXIGIR PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ATO DE CORAGEM OU LOUCURA?	455
Mirela Miró Ziliotto	

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STF EM RELAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL A PARTIR DA TEORIA DE NEIL MACCORMICK _ _ _ _ _	480
Paulo Ricardo Schier e Giorgio Jacques Breda	
PATINETES ELÉTRICOS NO BRASIL: ALTERNATIVA DE MOBILIDADE URBANA SUSTENTÁVEL E OS DESAFIOS JURÍDICOS REGULATÓRIOS NA ERA DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO _ _ _ _ _	497
Rafaella Brustolin	
OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS ADMINISTRADOS EM FACE DA PANDEMIA DO COVID-19 _ _ _ _ _	518
Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Paola Nery Ferrari	
A SOCIEDADE DE RISCO E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA _ _ _ _ _	541
Renato Cardoso de Almeida Andrade	
GRAU DE RISCO DE INTEGRIDADE (GRI): A NECESSIDADE DO RESPEITO À CONSTITUIÇÃO PARA A LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA _ _ _ _ _	562
Rodrigo Pironti	
A DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA NO BRASIL POR ATOS ADMINISTRATIVOS DO PODER EXECUTIVO: ARTE, CORAGEM E LOUCURA _ _ _ _ _	571
Tarso Cabral Violin	
COMPLIANCE NA GESTÃO PÚBLICA: O GERENCIAMENTO DE RISCOS NA ARTE DE BEM ADMINISTRAR _ _ _ _ _	586
Ubirajara Costódio Filho	
PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE: A PROBLEMÁTICA DA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO _ _ _ _ _	602
Vivian Lima López Valle, Daniel Castanha de Freitas e Bianca Sanches Lopes	
ELEIÇÕES E SEGURANÇA JURÍDICA _ _ _ _ _	624
Viviane Coelho de Séllos Knoerr e Fernando Gustavo Knoerr	

APRESENTAÇÃO



OBRA COMEMORATIVA AO 20º CONGRESSO DO INSTITUTO PARANAENSE DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Temos sido muito felizes na escolha de nomes para dirigir nossa Instituição. Cada mandato exercido deixa marcas de grandes realizações. A profícua gestão de Edgar Chiuratto Guimarães à frente do IPDA, em boa hora, retoma algumas práticas históricas que marcaram a presença do Instituto na história jurídica de nosso País. A formatação de painéis de acalentados debates nos Congressos por nós realizados, somam-se, agora, à elaboração desta obra comemorativa, completando a cordilheira de atos timbrados pela eficiência da atual diretoria.

Com efeito, inaugurando mais um projeto, a diligente diretoria do Instituto Paranaense de Direito Administrativo deliberou lançar um livro comemorativo ao XXº Congresso Paranaense, com a intrigante temática: “Passando a limpo a gestão pública: arte, coragem e loucura.”

Seguindo a trilha dos novos tempos, a obra será lançada em formato digital e disponibilizada na plataforma do IPDA, com amplo acesso para a pesquisa.

Pelo título outorgado à obra já é possível intuir que se trata de publicação timbrada por reconhecida complexidade. Com elegância e estilo, os autores partícipes tratam de temas de reconhecida atualidade, mas parecendo render obediência ao ensinamentos de John Dewey, não se omitem em revisitar aspectos tradicionais das noções básicas do serviço público, para, com atitude propositiva, incitar o abandono da interpretação retrospectiva que consiste em acomodação e descompromisso com a atividade criativa. Com efeito, enveredando pela análise da transformação da gestão pública, de impositiva e autoritária que era, para prestacional que deve ser, os autores põem em relevo a realidade de nossos dias.

A cada obra lançada, sedimenta-se, cada vez com maior vigor, a ideia de que o fértil solo paranaense sempre foi uma fonte inesgotável de cultura, reprimida, todavia, pelas escassas chances até então ofertadas. Diversas foram as causas determinantes da mudança em nossos paradigmas. Uma delas, sem dúvida e talvez a mais significativa, a proliferação dos grupos de estudo, exsurgindo com a excelência de sempre, a feliz

iniciativa que resultou na criação do IPDA, verdadeiro cenáculo de cabeças pensantes, já sedimentadas ou em promessa.

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

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

A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas conferidas aos mandatários públicos e ao corpo administrativo não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.

A supremacia da Constituição, sobre todas as normas, impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito seja levado a cabo conforme aqueles princípios constitucionais.

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

É cedo, todavia, como aduz, com perfeição, Fábio Konder Comparato, que o curso da história não se cristaliza. Ao contrário, representa um processo em constante

evolução. O acaso – a única verdadeira lei da história – segundo a ironia de Chesterton, somado à constante ativação dos fatos sociais não negligenciou em fazer ruir qualquer expectativa de sedimentação ou acomodação.

Reflexões dessa ordem crescem em importância, quando percebemos que nos eventos realizados pelo IPDA, celeiro da interpretação prospectiva, sempre estão a surgir ideias novas conducentes ao aperfeiçoamento das Instituições democráticas, sem olvidar as construtivas críticas que almejam o aprimoramento das funções administrativas conducentes, sempre, ao alcance do interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

O regime a que se submete a Administração Pública, de cunho jurídico-administrativo, retrata, na feliz expressão de Jean Rivero, uma conjugação de sujeições que restringem a sua esfera de atuação e um rol de prerrogativas que potencializam a sua atuação, tendo em vista a necessidade de realização dos interesses públicos. Neste ponto é imperioso realçar que, cientes desse ensinamento histórico, os autores valorizam a interpretação conforme a Constituição.

Como se sabe, 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. Segundo nosso membro fundador, Professor Clèmerson MERLIN CLÈVE, “a compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais; por fim, a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional.”

Também não é dado desconhecer que diversas foram as constatações de ordem legal e doutrinária que decorreram do advento da Constituição cidadã.

Algumas leis brasileiras direcionadas à atuação da Administração Pública, de seus órgãos e entidades, foram elaboradas sob a orientação de renomados juristas, que não descuraram de submeter suas prescrições ao princípio vetor de nossa ordem constitucional (dignidade da pessoa humana) e nem da existência de um núcleo mínimo processual dela emanado e que se revela na plena submissão, entre outras, às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, as eventuais discrepâncias das normas produzidas com os princípios explícitos e implícitos da Carta têm sido resolvidas através de uma interpretação conforme a Constituição.

A interpretação conforme a Constituição, sustentam Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, está no processo de constitucionalidade das leis. O processo de constitucionalidade das leis significa, para estes autores, que antes de uma lei ser declarada inconstitucional, o juiz tem o dever de buscar, em via interpretativa, uma concordância de ditas leis com a Constituição. O teor dos trabalhos, assentados nestas premissas, sem nenhum exagero, revela o elevado grau de intelectualidade de seus autores.

É necessário, também, anotar que, para mais além dos ensinamentos que a publicação faz espargir, o público leitor deve ter a consciência de que seus autores, num esforço digno de todos os encômios, rendem ensejo a uma das mais aprofundadas reflexões sobre os temas selecionados, não se furtando a exercer, quando necessário, uma posição crítica, mas, como dito, com condimentos propositivos, consecutórios indispensáveis de qualquer trabalho acadêmico.

Deste modo, a obra apresentada, sem olvidar uma imprescindível apreciação das primordiais funções do Estado, amparada em selecionada bibliografia, constitui obrigatória leitura para os cultores do Direito Administrativo.

Os trabalhos apresentados na publicação da presente obra não refogem aos desideratos propostos, revelando-nos o momento de relançarmos, com ousadia, vigor e sem arrogância, abstraídos de cogitações isolacionistas ou mesquinhas, ideias que promovam a cicatrização jurídico-institucional das lancinantes feridas lançadas por uma obscurantista e irresponsável política, que não hesita em se valer dos mais variados estratagemas para nutrir desconfiança em relação a nós mesmos.

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

O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO FOMENTO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA: A LEI DE INCENTIVOS À INOVAÇÃO E À PESQUISA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA DO MUNICÍPIO DE CURITIBA¹

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

Pós-Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Vice-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Professora da Graduação e do PPGD no Centro Universitário do Brasil - UNIBRASIL

GIULIA DE ROSSI ANDRADE

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Diplôme Supérieur de l'Université – Droit Administratif pela Paris II, Panthéon-Assas. Especialização em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.



1. A IMPLEMENTAÇÃO DAS METAS DO ODS Nº 09 - INDÚSTRIA, INOVAÇÃO E INFRAESTRUTURA – NO ÂMBITO BRASILEIRO: O MARCO LEGAL DA INOVAÇÃO VOLTADO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O cenário de desigualdade, pobreza e calamidade, palco em que vivem milhões de cidadãos e cidadãs do Século XXI, tem levado a sociedade global a buscar estratégias voltadas à construção de um mundo em que ninguém será deixado para trás. Nesse esforço global a Organização das Nações Unidas – ONU vem exercendo papel protagonista. Adotando um modelo de desenvolvimento econômico e socioambiental, assegurando-o como um direito humano universal desde 1986,² a entidade orienta a criação de condições que permitam a todas e a todos a expansão

-
- 1 Este artigo é resultado de pesquisa feita pela Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná e está em fase de publicação, em espanhol, na **Revista Digital de Derecho Administrativo** da Universidade de Externado – Colômbia.
 - 2 Declaração do direito ao desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

de suas capacidades e, conseqüentemente, a conquista de sua liberdade.³ Para isso, demanda-se a criação de conjunturas que farão com que os cidadãos alcancem a concepção mais fundamental do processo de desenvolvimento, conquistando “uma vida mais livre e mais digna de ser vivida”.⁴

Nesse diapasão, em 2015 a entidade propôs uma nova agenda de desenvolvimento nacional sustentável para os próximos 15 anos: a Agenda 2030. Nessa Agenda foram fixados os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS.

Tais objetivos foram firmados com o intuito de orientar políticas dirigidas a erradicar a pobreza, dizimar as desigualdades e injustiças, promover a igualdade de gênero. Tais objetivos, ainda, estão dirigidos a buscar estratégias que minimizem os efeitos das mudanças climáticas e a assegurar um ambiente de prosperidade econômica sustentável, sempre através de parcerias entre as instituições públicas e a sociedade civil.

Nesse panorama, o ODS nº 09 – Indústria, inovação e infraestrutura – estabelece como objetivo a construção de infraestruturas resilientes, a promoção da industrialização inclusiva e sustentável e o fomento à inovação.⁵ Parte-se da premissa de que investimentos em inovação são condições básicas para o desenvolvimento sustentável das nações, admitindo-se o progresso tecnológico “como uma das chaves para as soluções dos desafios econômicos e ambientais”.⁶

Dentre as metas de tal objetivo destaca-se, para o desenho da presente pesquisa, a de 9.5: “Fortalecer a pesquisa científica, melhorar as capacidades tecnológicas de setores industriais em todos os países, particularmente nos países em desenvolvimento, inclusive, até 2030, incentivando a inovação e aumentando substancialmente o número de trabalhadores de pesquisa e desenvolvimento por milhão de pessoas e

3 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

4 Ibid., p. 375.

5 Disponível em <<https://www.pactoglobal.org.br/ods>>. Acesso: 20 fev. 2020.

6 Disponível em <<https://www.agenda2030.com.br/ods/9/>>. Acesso: 20 fev. 2020.

os gastos público e privado em pesquisa e desenvolvimento”.⁷

Aderindo à Agenda 2030, desde 2015 o Brasil vem adotando ações direcionadas ao alcance das metas e objetivos do Milênio. Especificamente em relação ao ODS nº 9, a Emenda Constitucional no 85/2015 estabeleceu novas diretrizes para a Ciência, Tecnologia e Inovação. Desde então, a legislação que regulamentava esse setor vem sofrendo alterações, assim como vêm sendo editadas novas regulamentações que constituem atualmente o seu Marco Legal. Importante destacar, em nível federal, a Lei nº 10.973/2004,⁸ alterada pela Lei nº 13.243/2016⁹ e o Decreto nº 9.283/2019.¹⁰

Os Estados e Municípios, especialmente visando o desenvolvimento regional, também têm editado suas legislações específicas. No recorte adotado no presente artigo pretende-se a análise da Lei do Município de Curitiba, Lei nº 15.324, de 09 de novembro de 2018.¹¹

Tais normativas estabelecem as diretrizes gerais para a formulação de políticas públicas que visam garantir o desenvolvimento da inovação e da tecnologia em âmbitos nacional e local, sempre a partir dos cânones fixados pela Constituição Federal e voltados às diretrizes fixadas pela ONU. Destaca-se, assim, a opção por parcerias da Administração Pública com os particulares, mediante a adoção de mecanismos de fomento.¹² Através de tais instrumentos, o poder público estimula e auxilia a sociedade civil a implementar atividades de interesse público que viabilizem o desenvolvimento tecnológico e a inovação.

Em nível nacional, as práticas de fomento nesse setor concentram-se na

7 Disponível em <<http://www.agenda2030.com.br/ods/9/>>. Acesso: 20 fev. 2020.

8 BRASIL. Lei Federal no 10.973 de 02 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 dez. 2004.

9 BRASIL. Lei Federal nº 13.243 de 11 de janeiro de 2016. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 jan. 2016.

10 BRASIL. Decreto Federal nº 9.283 de 07 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 fev. 2018.

11 CURITIBA (Município). Lei Municipal nº 15.324 de 09 de novembro de 2018, Diário Oficial do Município de Curitiba, Poder Executivo, Curitiba, PR, 09 nov. 2018.

12 Como será adiante tratado, as parcerias também são recomendadas pela ONU, no ODS de nº 17.

FINEP, empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e instituída pelo Decreto nº 61.056, de 24 de julho de 1967.¹³ Tal entidade tem por missão promover o desenvolvimento econômico e social, atuando em âmbito nacional, através do fomento público à Ciência, Tecnologia e Inovação. Dentro de sua política de fomento, mantém parcerias com empresas, universidades, institutos tecnológicos e outras instituições públicas ou privadas. Objetiva transformar o país por meio da inovação e seu principal foco de atuação é a implementação de ações estratégicas, estruturantes e de impacto sempre voltadas ao desenvolvimento nacional sustentável.¹⁴

O financiamento dos projetos ocorre por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, criado pelo Decreto nº 719, de 31 de julho de 1969¹⁵ e regulado, atualmente, pela Lei nº 11.540, de 12 de novembro de 2007.¹⁶ De acordo com tal legislação, o Fundo conta com diferentes receitas, tais como as dotações orçamentárias próprias, consignadas em lei; parcela sobre o valor de *royalties* sobre a produção de petróleo ou gás natural; percentual da receita operacional líquida de empresas de energia elétrica; percentual dos recursos decorrentes de contratos de cessão de direitos de uso da infraestrutura rodoviária para fins de exploração de sistemas de comunicação e telecomunicações; percentual do faturamento bruto de empresas que desenvolvam ou produzam bens e serviços de informática e automação, dentre outras.¹⁷ O seu orçamento, em 2019, superou os 4 bilhões de reais, voltados prioritariamente ao investimento em empresas inovadoras e à subvenção econômica a projetos de desenvolvimento tecnológico.¹⁸

13 Referido Decreto foi revogado pelo Decreto n. 71.133, de 1972. Após sucessivas alterações, atualmente a FINEP é regulada pelo Decreto n. 1.808, de 07 de fevereiro de 1996 e, ainda, pelo Decreto nº 8.872, de 10 de outubro de 2016, pelo Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 e Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, pelo Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016 e demais legislações aplicáveis.

14 Disponível em <<http://www.finep.gov.br/a-finep-externo/sobre-a-finep>>. Acesso: 19 fev 2020.

15 BRASIL. Decreto-Lei nº 719 de 31 de julho de 1969. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 jul. 1969.

16 BRASIL. Lei Federal nº 11.540 de 12 de novembro de 2007. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 nov. 2007.

17 Art. 10, da Lei n. 11.540/2007.

18 Disponível em <http://www.finep.gov.br/images/a-finep/FNDCT/28_03_2019_LOA_2019_UO_24901_E_74910.pdf>. Acesso: 19 fev. 2020

No Município de Curitiba, a entidade central no desempenho das medidas de fomento no setor voltado à tecnologia e inovação é a Agência Curitiba de Desenvolvimento e Inovação S/A, criada em dezembro de 2007, pela Lei nº 12.439, de 18 de outubro de 2007.¹⁹ A atuação da Agência volta-se basicamente ao assessoramento a investidores e empresas de atuação no âmbito do Município, com a missão de permitir o desenvolvimento econômico e tecnológico de Curitiba, em um ambiente sustentável, com foco na inovação.

No âmbito da Inovação destacam-se, dentre outros, projetos como o 1º EmpregoTech, que pretende preparar adolescentes e jovens curitibanos para *empregos do futuro*. Nesse programa são oferecidos cursos gratuitos de capacitação. Destaca-se, ainda, o projeto Paiol Digital, conjunto de palestras ofertadas pela entidade, em formato TED e TEDx, sempre com profissionais engajados e conectados ao mundo do empreendedorismo, da inovação e das novas tecnologias. A agência ainda atua no segmento das Startups, incentivando e promovendo assessoria às empresas de baixo custo, com ideias inovadoras.²⁰ Tais programas estão inseridos em um movimento criado no âmbito do Município, através da Agência, que visa promover ações de cidades inteligentes: projetos que permitam o crescimento econômico da região, aumentando a qualidade de vida dos cidadãos.

Com a edição da Lei nº 15.324, de 09 de novembro de 2018, cuja análise é o objeto central do presente artigo, tem-se um aprimoramento dos mecanismos de fomento adotados nesse setor no âmbito do Município de Curitiba.

A proposta, que começou a ser elaborada no final do ano de 2016, alinhou-se, desde o início, às alterações da legislação federal de maneira a aproveitar ao máximo o arcabouço legal, pretendendo trazer maior segurança jurídica ao setor de inovação da cidade. Assim, seguindo as tendências mundiais mais modernas, a proposta da Lei Municipal foi construída de forma colaborativa, através de um trabalho conjunto entre a academia, o setor produtivo e o poder público municipal.

19 CURITIBA (Município). Lei Municipal nº 12.439 de 18 de outubro de 2007, Sistema Leis Municipais, Poder Executivo, Curitiba, PR, 20 nov. 2007.

20 Disponível em <<http://www.agenciacuritiba.com.br/inovacao>>. Acesso em 19 fev. 2020.

A promulgação de uma lei como esta acaba por organizar e definir tópicos necessários para o desenvolvimento econômico e social do Município. Um ambiente de inovação é fundamental não apenas pela sua importância no caminho do desenvolvimento de uma cidade inteligente, ao potencializar áreas como mobilidade, saúde, educação, revitalização urbana, dentre outros, mas também pelo enorme fortalecimento que pode trazer à economia e à inclusão social da cidade. No caso da Lei elaborada pelo Município de Curitiba, seis conceitos foram levados em conta para atender esses pontos.

O primeiro deles diz respeito ao ecossistema de inovação, entendido como um conjunto de empresas, pessoas, centros de pesquisa, trabalhando em conjunto para gerar renda e emprego, tendo como base negócios inovadores. O segundo é o chamado *policy mix*, ou misto de políticas, que advoga a integração de várias políticas públicas para se obter um resultado superior ao que seria obtido de forma isolada. No caso da Lei aqui analisada, há integração de política de desenvolvimento econômico, associada à política fiscal, em harmonia com o desenvolvimento urbano, com o intuito de ver o desenvolvimento sustentável da cidade, revigorando a economia regional e, notadamente, promovendo o desenvolvimento social.

O terceiro conceito levado em conta para o desenvolvimento da Lei relaciona-se com a observância da dinâmica atual da inovação para empresas, tendo como exemplo o ecossistema de inovação do Vale do Silício. Referida dinâmica pode ser dividida em três classes importantes: a inovação de forma espontânea, de forma sistemática e de forma aberta. O intuito é fazer com que, através dos preceitos legislativos, haja o surgimento mais acelerado das chamadas *start ups*, bem como valorizar empresas já instaladas na região, mas que precisam ser modernizadas.

O quarto ponto trazido na apresentação da Lei busca se alinhar às orientações do Governo Federal, inspirando-se no Marco Legal da Inovação, permitindo com que a cidade esteja atrelada aos esforços nacionais, podendo pleitear investimentos federais. O quinto ponto trata da segurança jurídica conferida às empresas, aos centros de pesquisa e ao próprio Governo. Quanto maior for a segurança jurídica, maior será a atração de investimentos e melhores serão as condições para estabelecimento de

parcerias. O sexto e último ponto gira em torno da criação de um Conselho de Inovação, que envolve interesses e articulações conjuntas do governo, das empresas, das universidades e dos centros de pesquisas, permitindo ações mais integradas e, de consequência, um maior desenvolvimento do ecossistema de inovação da cidade.

Para tanto, tais projetos, atualmente, contam com recursos gerenciados pelo Fundo de Inovação do Vale do Pinhão (Inova-VP), criado pela Lei Municipal nº 15.536, de 04 de novembro de 2019.²¹ O aporte inicial é de 10 milhões de reais, que deverão ser direcionados para o financiamento das ações previstas na Lei de Inovação do Município e para custear projetos de estruturação de soluções inovadoras, sempre em um ambiente de “cooperação entre os setores público e privado”.

No setor da inovação, como se observa, tem-se a atuação do Estado em um ambiente de parceria com o particular, instrumentalizada através de instrumentos de fomento, espécie de atividade administrativa que tem se mostrado de grande relevância nas políticas públicas nacionais.

2. PARCERIAS E FOMENTO: A LEI DE INOVAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CURITIBA

A adesão à Agenda 2030, da ONU, em 2015, não foi suficiente para extirpar da sociedade brasileira os altos índices de exclusão social. Com um modesto crescimento econômico, o Brasil, em 2019, recuou ao 79º lugar no ranking dos países em relação ao Índice de Desenvolvimento Humano, conforme Relatório divulgado em dezembro de 2019 pelo PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.²² Com um aumento considerável da concentração de renda, constata-se a crescente desigualdade social: no índice ajustado à desigualdade, constata-se uma perda de 24,5% nos últimos anos, passando de 0,761 para 0,574.

Nesse cenário, exige-se da Administração Pública a adoção de soluções criativas voltadas a viabilizar o alcance dos objetivos da República, previstos no art. 3º, da

21 CURITIBA (Município). Lei Municipal nº 15.536 de 04 de novembro de 2019, Sistema Leis Municipais, Poder Executivo, Curitiba, PR, 27 nov. 2019.

22 Disponível em <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_pt.pdf>. Acesso: 22 fev 2020.

Constituição Federal de 1988, colaborando para 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. Faz-se premente que o Direito Administrativo ofereça à sociedade alternativas capazes de impulsionar o crescimento econômico, sem descuidar da proteção dos direitos daqueles que ainda demandam uma intervenção protetiva do Estado, propondo estratégias capazes de realizar as metas e compromissos da Agenda 2030.

Ao defender a ideia de um Direito Administrativo Social, Daniel Wunder Hachem entende que o modelo de Estado Social adotado pela Constituição brasileira de 1988 deve estar voltado à realização dos direitos fundamentais, à promoção da igualdade material e à ideia de redistribuição de riquezas por meio da intervenção do poder público.²³ Por isso a necessidade de as legislações, notadamente aquelas que envolvem a Administração Pública, se constituírem como transformadoras, permitindo suprir os recursos sociais básicos e que se traduzam em instrumentos promotores das camadas menos favorecidas.²⁴

Nesse contexto, e coerente com o ODS 17,²⁵ o Estado brasileiro vem buscando parcerias com a sociedade civil, momento em que, segundo Juarez Freitas, identifica-se uma nova faceta do poder público, fundada em uma “racionalidade dialógica, pluralista e democrática (...) endereçada ao cumprimento coerente e coeso das metas superiores da Constituição”.²⁶ Admite-se que as instituições da sociedade civil também deverão contribuir na construção de um mundo em que seja possível

23 HACHEM, 2013.

24 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 137, jan./mar. 1998.

25 Parcerias e Meios de Implementação. Especificamente a Meta 17.17 que estabelece: “Incentivar a promover parcerias públicas, público-privadas, privadas e com a sociedade civil eficazes, a partir da experiência das estratégias de mobilização de recursos dessas parcerias, dados, monitoramento e prestação de contas. Disponível em <<http://www.agenda2030.com.br/ods/17/>>. Acesso: 21 fev 2020.

26 FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 60, p. 13-24, abr. 2010, p. 14.

eliminar as desigualdades.²⁷ Esse é o contexto em que a associação do Estado com a sociedade civil emerge na Constituição da República. Essa parceria tem sentido amplo que abrange inúmeras formas de ajustes e vínculos da Administração Pública com as instituições sociais, e que também abarca hipóteses em que o Estado passa a contar com os indivíduos na consecução do interesse público, com eles interagindo mediante incentivos e estímulos, precipuamente através de instrumentos de fomento.

Nesta esteira, as medidas de fomento²⁸ deverão traduzir-se em ações efetivamente voltadas à concretização dos direitos fundamentais, adotando-se uma leitura adequada de tal instituto em face dos cânones constitucionais.²⁹ Assim, permite-se ao Estado continuar cuidando do acesso dos bens juridicamente protegidos pelos direitos fundamentais, ao tempo em que incentiva e promove o desenvolvimento da livre iniciativa. O fomento, nesta perspectiva, é um “valioso instrumento do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro para a consecução de suas finalidades... uma atuação planejada do Estado destinada à efetivação de interesses públicos”,³⁰ conforme sustenta Rafael Valim. Visa, assim, “a eliminação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, o aumento da oferta de emprego e outras melhorias que propiciarão a elevação dos recursos necessários para o desenvolvimento social”,³¹ apresentando-se como um “instrumento indireto de defesa e promoção dos direitos fundamentais”.³²

27 “O desenvolvimento de políticas públicas sociais não está restrito, portanto, ao Estado – embora seja este (e assim deva continuar sendo) seu principal executor. Mas também as organizações não governamentais e as empresas são capazes de desenvolvê-las, e, em muitos casos, com resultados até mais satisfatórios”. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. No mesmo sentido, BLANCHET, Luiz Alberto. Energia elétrica e desenvolvimento: os custos, a tarifa e suas suscetibilidades e impactos na vida do cidadão. GONÇALVES, Oksandro. HACHEM, Daniel Wunder e SANTANO, Ana Cláudia. **Desenvolvimento e sustentabilidade. Desafios e perspectivas**. Curitiba: Íthala, 2015, p. 143.

28 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 401.

29 HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

30 VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 39.

31 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., São Paulo: RT, 2014, p. 108 e ss., p. 716.

32 Idem.

Com fundamento constitucional no art. 174, da CF/88, o fomento pode ser entendido como a atuação administrativa em que o Estado incentiva, promove ou induz os particulares a exercerem atividades de interesse público, que deverão estar dirigidas à consecução do objetivo do desenvolvimento nacional sustentável.³³

Para que tais benefícios sejam alcançados é necessário que os atos administrativos pelos quais se consolidam as práticas de fomento sejam efetivamente editados em respeito ao regime jurídico administrativo, notadamente no que se refere à observância ao princípio da isonomia, assegurando-se a todos os interessados a possibilidade de acesso a tais medidas de financiamento.³⁴ Para tanto, é preciso que a discricionariedade que marca a atuação do Estado neste campo seja concebida sob a égide de todos os princípios, conforme já defende, há muito, Juarez Freitas.³⁵ Também faz-se premente que os recursos públicos investidos mediante a atuação do fomento sejam controlados quanto à sua correta utilização em prol do interesse da coletividade.

Com base em tais premissas, desponta o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação, antes citado. Desde o art. 218, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 85/2015, tem-se que o Estado deverá *promover e incentivar* “o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.” O § 6º, do referido dispositivo, constitucionaliza o ambiente de parceria, ao prever que

33 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019, ITEM 2.2. p. 105. Ainda na doutrina nacional conferir ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83-4; JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 34, p. 47-72, 2011. p. 54; GABARDO, Emerson; RESENDE, Augusto César Leite de. A Atividade Administrativa de Fomento na Gestão de resíduos Sólidos em Perspectiva com o Desenvolvimento Sustentável. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013. Na doutrina estrangeira clássica, conferir, JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de Una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. **Revista Estudios Políticos**. Madrid, n. 48, p. 41-54, 1949, p. 46. No mesmo sentido: PARADA, R. **Derecho administrativo I** – Parte geral. 15. ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2004, p. 46. Na perspectiva contemporânea destaca-se: CREPALDI, Gabriella. Baratto amministrativo: subsidiarietà, collaborazione e economia. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 24, n. 3, p. 156-180, set./dez. 2019.

34 VALIM, 2015.

35 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 98.

o poder público “estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.” De igual forma, o art. 219, Parágrafo único, prevê que “O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.” O artigo 219-A autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a firmarem instrumentos de cooperação com entes públicos e privados, admitindo, inclusive, o compartilhamento de recursos, para a “execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário”. E, finalmente, o art. 219-B cria o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNC-TI), que deverá atuar mediante a colaboração entre entes públicos e privados, visando a promoção do desenvolvimento científico e tecnológico, assim como a inovação.

Constata-se, assim, da análise de tais preceitos constitucionais, a adoção das parcerias entre a sociedade civil e o Estado, parcerias estas que se consolidam através de mecanismos de fomento. Nesse sentido, tem-se as prescrições da Lei nº 10.973/2004, alterada pela Lei nº 13.243/2016 e o Decreto nº 9.283/2019. E, na mesma toada, a Lei do Município de Curitiba, Lei nº 15.324, de 09 de novembro de 2018, objeto do presente estudo.

Conforme seu art. 1º, a Lei estabelece “medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo”, buscando o “desenvolvimento do Ecossistema de Empreendedorismo e Inovação do município de Curitiba.” A análise do regime principiológico, previsto no Parágrafo único, do art. 1º, permite identificar a promoção de atividades científicas e tecnológicas como estratégias para o desenvolvimento, em consonância com o ODS 09 (inc. I) em um ambiente de cooperação entre os entes públicos, entre o setor público e a sociedade civil, incluindo entidades sem fins lucrativos e empresas (inc. II). Norteando-se no modelo federal, a Lei Municipal prevê, dentre seus princípios, ainda, o “estímulo à atividade de inovação nas Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT) e nas empresas (inc. III). Especificamente em relação aos mecanismos de fomento, o inc. XI, do mesmo

dispositivo legal, prevê a “atratividade dos instrumentos de fomento, bem como sua permanente atualização e aperfeiçoamento;” e o inc. XIII, a “utilização do poder de compras governamentais para o fomento à inovação”.

Já o inc. XV, do art. 1º, Parágrafo único, traduzindo-se como medida de estímulo à criação de entidades voltadas ao desenvolvimento tecnológico, a lei adota como princípio a “simplificação do processo de registro, abertura de empresas e na concessão de alvarás.”

No contexto geral da Lei, destaca-se a permissão para que o poder público municipal estimule e apoie a criação de *alianças estratégicas* para realização de projetos de cooperação para a geração de produtos, processos e serviços inovadores de tecnologia (art. 4º). Para tanto, poderá ceder o uso de imóveis para entidades sem fins lucrativos, para empresas ou para as ICTs interessadas. Nessa parceria, a Lei exige que a entidade a ser beneficiada com a cessão “tenha por missão institucional a gestão de parques e polos tecnológicos e de incubadora de empresas, mediante contrapartida obrigatória, financeira ou não financeira” (art. 5º, §2º), matéria que será melhor tratada no Decreto a ser editado para regulamentar a Lei.

Como mecanismo de fomento, ainda, destaca-se a previsão do art. 9º, da Lei, que autoriza a Administração Pública Municipal a conceder recursos para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento, inovação e de transferência de tecnologia. Os beneficiados com tal transferência podem ser os ICTs e empresas ou diretamente os pesquisadores vinculados a tais instituições. A Lei faz referência aos instrumentos que poderão ser utilizados para tal fim, citando termo de outorga, convênio, contrato ou outro instrumento jurídico assemelhado. A mesma matéria vem regulada no art. 10, que autoriza a “Administração Pública Municipal a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura a serem ajustados em instrumentos específicos e destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para atender às prioridades da Estratégia Municipal de Ciência, Tecnologia e Inovação.” Nesses casos, poderá haver concessão de recursos financeiros a ICTs privados e empresas brasileiras, desde que haja aprovação de projeto pelo órgão ou entidade concedente.

Interessante a prescrição do § 2º, do mesmo art. 10, que elenca de maneira exemplificativa os instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, destacando-se, como mecanismos de fomento: subvenção econômica; financiamento; bônus tecnológico; encomenda tecnológica; incentivos fiscais; concessão de bolsas; uso do poder de compra governamental e a previsão de investimento em pesquisa e desenvolvimento em contratos de concessão de serviços públicos ou em regulações setoriais.

Curioso observar que este dispositivo não está direcionado a entidades sem fins lucrativos, o que parece destoar de toda a sistemática adotada pela Lei.

Ainda no art. 13 tem-se a previsão de que a Administração Pública Municipal poderá conceder bolsas de estímulo à inovação no ambiente produtivo, “destinadas à formação e à capacitação de recursos humanos e à agregação de especialistas, em ICT e em empresas, que contribuam para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação e para as atividades de extensão tecnológica, de proteção da propriedade intelectual e de transferência de tecnologia.”

A Lei também prevê, em seu art. 7º e art. 12, a manutenção de programas específicos de incentivo às microempresas e às empresas de pequeno porte em consonância com o art. 179, da Constituição Federal e com a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa (Lei Complementar nº 123/2006).

Outra importante medida de fomento regulada pela Lei é a atração de centros de pesquisa e desenvolvimento de empresas nacionais e estrangeiras e a promoção de sua interação com ICTs e empresas locais, prevendo expressamente a possibilidade de acesso aos instrumentos de fomento (art. 6º).

Pode-se depreender da Lei Municipal, portanto, a opção por diversificados mecanismos de fomento que visam criar redes cooperativas entre a Administração Pública, os ICTs, as empresas e as entidades sem fins lucrativos, mediante a implantação de redes cooperativas que tenham por objetivo desenvolver projetos e produtos voltados à pesquisa e inovação tecnológica.

Por certo, tais instrumentos demandam regulamentação específica para que possam ser devidamente implementados.

Ademais, verifica-se uma carência de mecanismos de controle na Lei. Por tal razão, o Decreto a ser editado deverá prever medidas de fiscalização que possam permitir o acompanhamento dos projetos e o manejo dos recursos investidos em prol do interesse público legítimo. Ainda nesta perspectiva, não se pode olvidar que as medidas de fomento previstas se exteriorizam através de atos administrativos que deverão estar sob a égide do regime jurídico administrativo previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Além disso, será necessário o dispêndio responsável de recursos pelo poder público para que os objetivos da lei sejam alcançados, matéria que também deverá ser objeto de rigoroso controle, inclusive de finalidade.

Para além desses aspectos cabe, ainda, uma melhor avaliação crítica do Marco Legal no âmbito municipal, o qual poderia ter apresentado maiores avanços em conexão com a Agenda 2030. Além disso, a legislação, por vezes utilizando-se de conceitos jurídicos indeterminados, propicia um ambiente de insegurança jurídica, que pode comprometer sua devida aplicação, como se passa a demonstrar.

3. ANÁLISE CRÍTICA À LEI DE INOVAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CURITIBA

Como referido no item anterior, não só a Constituição Federal de 1988, conhecida popularmente como Constituição Cidadã – reflexo do Estado Social que se pretende –, mas no ordenamento jurídico pátrio em geral, percebe-se que tanto o constituinte quanto o legislador tentaram tomar muito cuidado ao tratar de direitos e garantias fundamentais, buscando assegurar, dentre outros objetivos, o desenvolvimento nacional, a garantir a todos os indivíduos as melhores condições de vida digna, edificando aquilo que está previsto no mencionado artigo 3º da Carta Constitucional: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

idade e quaisquer outras formas de discriminação.³⁶

Nesse contexto, tem-se que no Estado Constitucional democrático em que vive o Brasil, os contratos públicos e as parcerias firmadas com a Administração Pública devem seguir “critérios racionais de sustentabilidade, sob pena de grave ilicitude, por violação frontal a princípios”³⁷ insculpidos na Carta Magna nos artigos 225 e 170, inciso VI, que consagram o princípio do desenvolvimento sustentável, pautando-se pela defesa do meio ambiente. Juarez Freitas entende que não se pode admitir “minimizar o assunto como se pertencesse ao âmbito de suposta discricionariedade insindiacável, pois esta simplesmente não existe em nosso sistema: os princípios constitucionais vinculam as decisões públicas”,³⁸ e mais, o agir público.

Mais do que simplesmente a ideia de “ser verde”, as decisões públicas e o agir público devem, obrigatoriamente, estar vinculados à ideia de desenvolvimento durável, sob o crivo de indicadores que possam demonstrar impactos econômicos, sociais e ambientais.

No que tange à Lei que aqui se analisa, percebe-se que a única menção direta feita ao desenvolvimento sustentável não vai além do artigo 3º, inciso I, que traz a definição do que seria, aos olhos do legislador, um ecossistema de empreendedorismo e inovação, entendido como um “ambiente resultante da articulação estratégica das atividades de instituições públicas e privadas que atuam direta ou indiretamente na geração e difusão de inovações em prol do dinamismo econômico-social e do desenvolvimento sustentável do município de forma integrada à sua região metropolitana”.

Ou seja, a única menção feita ao princípio constitucional do desenvolvimento sustentável está abandonada em meio a um artigo que traz apenas uma definição teó-

36 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

37 FREITAS, Juarez. Estado Constitucional, desenvolvimento sustentável e contratos públicos. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 15, n. 2, p. 4-18, jul./dez. 2014.

38 FREITAS, 2014.

rica, sem demonstrar qualquer tipo de necessária efetividade. Do jeito que está posto, ele não acaba passando de um simulacro da sua verdadeira aplicação.

A sustentabilidade, como mandamento constitucional, não deve ser tida como apenas um ideal regulador. Muito além disso, ela deve incidir em todo o sistema jurídico e ser exteriorizada em todas as relações administrativas, com o intuito maior de que estas desempenhem funções econômicas, sociais e de equilíbrio ecológico. Nas palavras de Juarez Freitas, o princípio discutido “determina (não apenas recomenda) reavaliações consistentes e congruentes de custo-efetividade, eficácia e eficiência, em todos os pactos públicos, com real obtenção de benefícios globais líquidos”.³⁹

Ademais, e agora traçando um panorama da ideia de desenvolvimento, como previsto constitucionalmente, de forma ampla, tem-se que o marco jurídico consolidado com a Constituição de 1988 trouxe diversos avanços econômicos e sociais, mas esses avanços não alcançaram a todos. As boas intenções do constituinte e do legislador não foram suficientes “para permitir que o país vencesse os sérios problemas de desigualdade e exclusão, de estagnação econômica, de ineficiência da infraestrutura, de corrupção e de apatia social”.⁴⁰

A realidade, com base na Constituição Federal de 1988, que esculpiu o modelo de sociedade em que o Brasil está hoje inserido, demanda novas práticas. Algumas estratégias precisam ser revistas para que haja a substituição da cultura de privilégios⁴¹ por uma de justiça social. Só assim a existência do Estado, refletido na sua Administração Pública, 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 meios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.

Neste ponto, a Lei Municipal 15.324/2018, que aqui se discute, apesar de representar um avanço no setor, peca no sentido de buscar constantemente uma

39 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Balo Horizonte: Fórum, 2019, p. 34.

40 SCHIER, 2019, p. 27.

41 *Ibid.*, p. 38.

qualidade técnica, a exemplo do artigo 3º, inciso V, que trata do conceito de inovação, definido como sendo uma “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”, olvidando-se do aspecto social inerente às legislações pátrias.

Nesse sentido, a legislação afasta-se da concepção de desenvolvimento ilustrada por Emerson Gabardo que entende que o desenvolvimento, sob um olhar amplo, de acordo com os preceitos positivados na Constituição brasileira, deve ser entendido como um processo que “deve realizar a dignidade da pessoa humana, mediante a promoção da melhoria da qualidade de vida do bem-estar da população em ritmo contínuo automático”.⁴²

Ainda que fundado em premissas diversas, Amartya Sen adota a concepção de desenvolvimento como um processo que engloba crescimento econômico, garantia dos direitos civis, sociais e políticos e, segundo ele, ao alcançar o desenvolvimento, determinado indivíduo terá a sua liberdade assegurada, e a sociedade como um todo terá seu padrão de vida elevado.⁴³ Este juízo permite que se conclua que desenvolvimento se tornou, a partir dos seus referenciais construídos ao longo dos anos, um direito humano e universal, assegurado aos indivíduos,⁴⁴ como antes referido.

42 GABARDO, Emerson; RESENDE, Augusto César Leite de. A Atividade Administrativa de Fomento na Gestão de resíduos Sólidos em Perspectiva com o Desenvolvimento Sustentável. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013.

43 NASCIMENTO NETO, José Osório; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. (In)eficiência e corrupção no processo de desenvolvimento: possíveis causas e mudanças necessárias para a Administração Pública brasileira. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (Orgs.). **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba, Íthala, 2015. p. 163-175.

44 MYRDAL, Gunnar. What Is Development? **Journal of Economic Issues**, v. 8, n. 4, p. 729-736, dez. 1974.

Nesta perspectiva, Amartya Sen, ao contrário do que alguns autores afirmam,⁴⁵ sustenta a ideia de que “o desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza, do crescimento do PIB e de outras variáveis relacionadas à renda”,⁴⁶ por isso elenca, na sua obra, diversos outros índices alheios à perspectiva econômica.

Indo além de uma mera conceituação, André Folloni entende o assunto do desenvolvimento como uma questão de ideologia, como um “juízo de valor”, na medida em que seu conceito tem uma relação intrínseca com a realidade em que ele é construído ou, em suas palavras, “o que será definido como ‘desenvolvido’ não é algo totalmente isento de certa arbitrariedade”.⁴⁷ Esta perspectiva tem uma correlação afeita ao conceito de desigualdade, em que o autor conclui que “nessa medida, traduz-se em um discurso que legitima a dominação econômica e cultural, ao elevar o modelo e diminuir aqueles que não o podem atingir”.⁴⁸

Assim, o conceito de inovação trazido pela Lei Municipal deve ser mais inclusivo no seu aspecto social, não se restringindo sob o foco tão somente econômico, permitindo a atuação da sociedade junto ao poder público de forma complementar,⁴⁹ aplicando-se o instituto do fomento não sob a perspectiva substitutiva da atuação direta do Estado na garantia de direitos fundamentais, mas sim na concepção de Direito Administrativo Social, acima retratada a partir das lições de Daniel Wunder Hachem. Nessa perspectiva, os instrumentos trazidos pela Legislação devem ser constituídos como alternativas complementares da atuação estatal, voltadas à garantia do direito ao desenvolvimento de todas e de todos, nos moldes preconizados pela Agenda 2030.

45 Sobre o tema, ver: TRUBEK, David M. O ‘império do direito’: na ajuda ao desenvolvimento passado, presente e futuro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito ao desenvolvimento: passado, presente e futuro – textos selecionados de David M. Trubek**. São Paulo: Saraiva, 2009; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Desenvolvimento, progresso e crescimento econômico. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 33-60, dez. 2014.

46 SEN, 2010, p. 59.

47 FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista de Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

48 Idem.

49 HACHEM, 2013.

Mais um ponto que merece atenção na Lei Municipal é o artigo 4º, que abre margem para diversos tipos de interpretação que, por vezes, podem não ser as mais vantajosas para a consecução do interesse público almejado. Isto porque o referido artigo trata de “apoiar a constituição de alianças estratégicas”, mas sem estabelecer quem poderiam ser os atores dessas alianças.

De nenhuma valia se apresenta um texto normativo que pretende regular relações se não há quem o entenda ou, pior, alguém que queira interpretá-lo extensivamente. Por isso ao legislador cabe a tarefa de municiar o intérprete de balizas capazes de impor a sua compreensão,⁵⁰ sob pena de ver ruir a intenção legislativa que propôs.

O artigo em comento traz uma seletividade enorme para o emissor e para o receptor da comunicação interpretativa, já que apresenta uma flexibilidade, uma maleabilidade no seu conteúdo. Com isso, abrem-se portas para a insegurança jurídica pelo aplicador da norma, que poderá interpretá-la do jeito que melhor entender, nem sempre atingindo o interesse público pretendido.

O artigo 11, da Lei 15.324/2018, por sua vez, também merece atenção quando da sua interpretação. A vagueza do dispositivo faz com que a insegurança jurídica também permeie aqui. No seu conteúdo, está prevista a possibilidade de contratação direta de Institutos de Ciência e Tecnologia, de entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor. Não se sabe, no entanto, se esta contratação direta se dará por meio dos preceitos previstos na Lei 8.666/93, que trata das licitações e contratos públicos, ou se está criando uma nova modalidade de contratação.

Nesta matéria, contudo, a Constituição Federal, em seu art. 22, XXVII, atribui à União a competência para editar normas gerais de licitação e contratos. Daí porque, muito embora os municípios possuam competência constitucional para legislar, notadamente sobre assuntos de interesse local, devendo complementar a legislação federal

50 MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o Juiz interpretá-la. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 146, abr./jun. 2000.

e estadual naquilo que couber, no que se refere aos contratos administrativos devem ser respeitadas as prescrições da União Federal, para que não haja nenhum tipo de abuso.

Por fim, e último ponto da Lei Municipal que merece um destaque mais aprofundado em face dos limites da presente pesquisa, diz respeito ao artigo 14, § 1º, que trata da figura do inventor independente. O dispositivo prevê que este “deverá com prometer-se a compartilhar os eventuais ganhos econômicos auferidos com a exploração da invenção protegida adotada pela Administração”. Mais uma vez, outra expressão vaga foi utilizada pelo legislador. É totalmente ampla a definição que se pode ser sobre “ganhos econômicos”.

Além disso, torna-se tanto o inventor independente quanto a Administração Pública vulneráveis à quantia que deverá ser compartilhada. Este é um valor que deveria ter sido objetivado pela lei, para que eventualmente não se torne discricionário por uma das partes.

Ainda a respeito do artigo 14, não resta claro qual o tipo de receita que entrará para os cofres da Administração Pública, nem como isso irá acontecer. Há de se concordar que o particular elencado como inventor independente não pode, simplesmente, transferir um ganho econômico aos cofres públicos, sem que haja qualquer indicação clara e objetiva dos fins desta transferência. Essa nebulosidade legislativa, por mais uma vez, traz um ambiente de insegurança jurídica que não poderá ser sanada pelo intérprete da norma.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Municipal representa, no conjunto do Marco Legal da Inovação, importante avanço em busca da realização do ODS 9, dotando a Administração Pública local de instrumentos para viabilizar a parceria com a sociedade civil.

Contudo, embora todos os institutos trabalhados na Lei Municipal tenham uma importância relevante no papel estatal de fomentador da inovação tecnológica, ela ainda peca em alguns pontos que foram levantados e discutidos ao longo dessa pesquisa.

A falta de clareza e de aprofundamento em alguns pontos do texto normativo acaba por criar entraves para que sejam efetivados, de forma concreta, os projetos de inovação tecnológica com a participação estatal. Na medida em que a tecnicidade da Lei busca constantemente a qualidade de desempenho prático e econômico, percebe-se que ela carece de aprofundamento social, no que diz respeito à sua humanização e à inclusão social. Além disso, a falta de definição objetiva de alguns termos e critérios acaba por instalar – ao contrário do que um dos seus conceitos prima – um quadro de insegurança jurídica, podendo inviabilizar os seus objetivos e fazendo do seu conteúdo uma verdadeira letra morta, comprometendo a efetividade de uma legislação repleta de avanços e acertos.

Esse panorama exigirá, por certo, que a Administração Pública, ao editar os atos regulatórios de tal Lei, avance de maneira compromissada com todos os objetivos que emanam da Agenda 2030 e que vinculam o poder público à dimensão do Direito Administrativo Social, alinhado aos valores plasmados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 137, jan./mar. 1998.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. Energia elétrica e desenvolvimento: os custos, a tarifa e suas suscetibilidades e impactos na vida do cidadão. in GONÇALVES, Oksandro. HACHEM, Daniel Wunder e SANTANO, Ana Cláudia. **Desenvolvimento e sustentabilidade**. Desafios e perspectivas. Curitiba: Íthala, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

_____. Decreto Federal no 9.283 de 07 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 fev. 2018.

_____. Decreto-Lei no 719 de 31 de julho de 1969. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 jul. 1969.

_____. Lei Federal no 10.973 de 02 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 dez. 2004.

_____. Lei Federal no 11.540 de 12 de novembro de 2007. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 nov. 2007.

_____. Lei Federal no 13.243 de 11 de janeiro de 2016. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 jan. 2016.

CREPALDI, Gabriella. Baratto administrativo: subsidiariedade, colaboração e economia. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 24, n. 3, p. 156-180, set./dez. 2019.

CURITIBA (Município). Lei Municipal no 12.439 de 18 de outubro de 2007. Sistema Leis Municipais, Poder Executivo, Curitiba, PR, 20 nov. 2007.

_____. Lei Municipal no 15.324 de 09 de novembro de 2018, Diário Oficial do Município de Curitiba, Poder Executivo, Curitiba, PR, 09 nov. 2018.

_____. Lei Municipal no 15.536 de 04 de novembro de 2019. Sistema Leis Municipais, Poder Executivo, Curitiba, PR, 27 nov. 2019.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista de Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 60, p. 13-24, abr. 2010.

_____. Estado Constitucional, desenvolvimento sustentável e contratos públicos. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 15, n. 2, p. 4-18, jul./dez. 2014.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Balo Horizonte: Fórum, 2019.

GABARDO, Emerson; RESENDE, Augusto César Leite de. A Atividade Administrativa de Fomento na Gestão de resíduos Sólidos em Perspectiva com o Desenvolvimento Sustentável. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_pt.pdf Acesso: 22 fev 2020.

<http://www.agenciacuritiba.com.br/inovacao> Acesso 19 fev de 2020.

<http://www.agenda2030.com.br/ods/17/> Acesso: 21 fev 2020.

<http://www.agenda2030.com.br/ods/9/> Acesso: 20 fev. 2020.

<http://www.agenda2030.com.br/ods/9/> Acesso: 20 fev. 2020.

<http://www.finep.gov.br/a-finep-externo/sobre-a-finep> Acesso: 19 fev 2020.

http://www.finep.gov.br/images/afinep/FNDCT/28_03_2019_LOA_2019_UO_24901_E_74910.pdf Acesso: 19 fev. 2020.

<https://www.pactoglobal.org.br/ods> Acesso: 20 fev. 2020.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de Una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. **Revista Estudios Políticos**. Madrid, n. 48, p. 41-54, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., São Paulo: RT, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 34, p. 47-72, 2011.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o Juiz interpretá-la. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 146, abr./jun. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MYRDAL, Gunnar. What Is Development? **Journal of Economic Issues**, v. 8, n. 4, p. 729-736, dez. 1974.

NASCIMENTO NETO, José Osório; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. (In)eficiência e corrupção no processo de desenvolvimento: possíveis causas e mudanças necessárias para a Administração Pública brasileira. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (Orgs.). **Eficiência e ética na Administração Pública**, Curitiba, Íthala, 2015. p. 163-175.

PARADA, R. **Derecho administrativo I** – Parte geral. 15. ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2004.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Desenvolvimento, progresso e crescimento econômico. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 33-60, dez. 2014.

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

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TRUBEK, David M. O 'império do direito': na ajuda ao desenvolvimento passado, presente e futuro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito ao desenvolvimento**: passado, presente e futuro – textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

SILÊNCIO ADMINISTRATIVO PASSADO A LIMPO: A REJEIÇÃO DA INATIVIDADE FORMAL DA ADMINISTRAÇÃO, PORQUANTO PRÁTICA ILEGAL E ABUSIVA, QUE GERA INSEGURANÇA JURÍDICA E VULNERA O DIREITO DO ADMINISTRADO

ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia - UniBrasil. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Procuradora Municipal em Campo Largo/PR.

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS

Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia - UniBrasil. Bacharel em Direito pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul-USC. Bolsista do Programa PROSUP/CAPES.



1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública se manifesta através de seus atos, os quais são dotados de atributos de existência e validade que, uma vez observados, permitem-lhes a produção de efeitos. Essa é a regra geral. Espera-se que, uma vez iniciado o processo administrativo, de ofício ou a requerimento do administrado, a Administração, no exercício do dever legal de decidir, exare sua vontade através de um ato dotado de forma, devidamente motivado e emitido em prazo razoável. O problema se impõe quando, diante de um processo administrativo em curso, a Administração não se manifesta – considerando o fato de que sua função precípua e justificadora de sua existência é justamente sua atuação em prol do interesse público. Assim, se se entende que da ausência de manifestação expressa da Administração não decorram efeitos jurídicos, por consequência lógica, admite-se que, em determinados processos administrativos, a Administração não atua.

Inúmeras são as justificativas das quais pode se valer a Administração Pública para o não atendimento ao dever de decidir. Sem dúvida, sua atuação ampliada pelas

demandas do Estado Social Constitucional de Direito ocasiona o aumento significativo de demandas geradas no âmbito de suas relações com os administrados e, tal situação combinada à escassez de recursos humanos podem dificultar, porém, não elidir, a efetivação de seu dever de decidir.

Há que se considerar que a inatividade ou omissão administrativa interfere diretamente na vida dos administrados, causando-lhes transtornos de variados graus, ou seja, é evidente que da ausência de manifestação de vontade administrativa decorrem efeitos, que serão, invariavelmente, suportados pelos administrados.

Ademais, considerando que a Administração Pública não se submete a sanções decorrentes de mora ou omissão em processos administrativos em curso, a não observância do dever de decidir com celeridade se transforma numa comodidade, uma vez que recai apenas sobre o administrado os ônus decorrentes dessa omissão.

É possível identificar nesse contexto que a inobservância, pela Administração Pública, de seu dever de decidir constitui prática: a) reprovável, uma vez que, mais que mera ineficiência do serviço público, consiste em ilegalidade, que pode exteriorizar favorecimentos e/ou perseguições; b) perniciosa ao administrado, que não pode (e não deve) permanecer numa situação de indecisão administrativa eterna sobre a sua pretensão.

Por tais razões, o Direito Administrativo criou o mecanismo do silêncio administrativo, o qual atribuiu efeitos negativos ou positivos nas situações de processos administrativos, nos quais a Administração Pública deixa de decidir, ou não decide em prazo razoável. Dar-se-á o “silêncio negativo” toda vez que o “calar da Administração” configurar uma resposta negativa ao pleito diante dela proposto, sendo este o principal efeito incidente no direito brasileiro, e, sucessivamente, o “silêncio positivo” quando os efeitos da ausência de manifestação da Administração em um processo administrativo configurarem o provimento da pretensão do administrado. Salienta-se que, em alguns ordenamentos jurídicos, o reconhecimento do silêncio administrativo consiste, ainda, em pressuposto processual para que o administrado busque no socorro jurisdicional a satisfação de sua pretensão – o que não é verdadeiro no sistema pátrio, vez que, no Brasil, por determinação constitucional, a regra é a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

O objeto da presente pesquisa consiste no estudo do mecanismo do silêncio administrativo e seus efeitos, principalmente, no que tange ao direito brasileiro e a estreita conexão entre o dever de decidir motivadamente da Administração Pública e o direito fundamental de petição, que detém o administrado; a origem histórica do instituto do silêncio administrativo e seus efeitos negativo e positivo; os requisitos necessários à sua aplicação; e, descreverá o panorama geral do silêncio administrativo no direito brasileiro.

2. O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO: O DIREITO DE PETIÇÃO E DEVER DE DECISÃO E MOTIVAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Todo brasileiro e todo estrangeiro possuem, em território nacional e, portanto, sob a égide da Constituição Federal, o direito de se dirigir aos Poderes Públicos na defesa de direitos individuais, de interesse geral ou coletivo ou, ainda, contra ilegalidade ou abuso de poder.

Trata-se do direito fundamental de petição, cujo conteúdo jurídico, ainda que não claramente especificado no texto constitucional, conduz à pretensão do administrado de receber uma resposta da Administração em relação ao requerimento ou queixa por ele a ela encaminhado mediante uma petição. Ao mesmo tempo, o direito de petição conduz ao dever da Administração de se manifestar, de forma positiva ou negativa, sobre o feito a ela endereçado.

Bem assim entendeu o Ministro Humberto Gomes de BARROS, em voto proferido no bojo do REsp 16.284/PR, no qual declarou ser o direito de resposta o corolário do direito de petição, sem o qual este último “mereceria integrar o rol das solenes inutilidades”.¹

Isso quer dizer que para que o direito insculpido no artigo 5.º inciso XXXIV da Carta Constitucional alcance eficácia plena não basta que o administrado, no exercício do direito, se dirija à Administração, mas também que a Administração, em retorno, por dever, se manifeste quanto ao requerimento a ela endereçado.

1 STJ, REsp 16.284-PR, Rel. Ministro Humberto Gomes Barros, DJU 23.03.92, p. 3.447, RSTJ 32, p. 416.

Nesse mesmo sentido se posicionam Cristiana FORTINI e Felipe Alexandre Santa Anna Mucci DANIEL, definindo como incontestável que, por força do direito de petição, a Administração Pública se submete ao dever de decidir, destacando, ainda, que “o respeito ao direito de petição e de resposta do administrado é inerente a qualquer Estado que se pretenda caracterizar-se como Estado Democrático de Direito”.²

José Afonso da SILVA, com precisão, enfatiza que a resposta que se espera da Administração possui a natureza de um dever, expondo que “Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação”.³

Impende destacar que o dever de decidir da Administração, em resposta a que lhe requereu o administrado, se submete ao princípio da motivação, o qual, conforme esclarece André SADDY, “exige que a Administração expresse, por escrito e em prazo razoável, de maneira eloquente, o porquê de seus atos”, considerando, ainda, quanto ao prazo razoável, que se deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto.⁴

Ainda, em perfeita consonância à garantia constitucional de petição aos Poderes Públicos e consequente resposta ao administrado, a legislação infraconstitucional conferiu à Administração Pública o dever legal de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. É exatamente esse o enunciado do artigo 48 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei Federal nº 9.784/1999).

O problema ocorre quando, uma vez exercido o direito de petição pelo administrado, ou seja, uma vez instaurado o processo, a Administração não cumpre

2 FORTINI, Cristiana. DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. 2006.. **O silêncio Administrativo: Consequências Jurídicas no Direito Urbanístico e em Matéria de Aquisição de Estabilidade pelo Servidor**. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/39496>>. Acesso em: 07 out. 2017.

3 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 445–447.

4 SADDY, André. **Silêncio Administrativo no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 16-17.

com o dever de decidir, ou deixa de fazê-lo em prazo razoável, pois, mais que uma ilegalidade (porquanto evidentemente contrário ao que lhe impõe a lei constitucional e infraconstitucional), a ausência de manifestação da Administração implica em prejuízos, de variadas montas, aos administrados.

Para tais casos, José Afonso da SILVA elucida que a Constituição Federal não prevê sanção à Administração, mas ressalta que a utilização do Mandado de Segurança constitui meio cabível para constranger a Administração a decidir.⁵

Ocorre, todavia, que a utilização do mencionado remédio constitucional, ainda que plausível, não consegue garantir, em todos os casos, a satisfação do direito que busca o administrado, pois, especificamente nos casos que versam sobre atuação administrativa discricionária, por questões de limitação do controle judicial do ato administrativo, não pode o judiciário determinar ao administrador público que pratique o ato, sendo-lhe possível, apenas, o reconhecimento da violação do direito líquido e certo.⁶

Como apontado, o provimento da via judicial deverá variar conforme a natureza do ato administrativo a ser realizado, se vinculado ou discricionário.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO, em casos de ato vinculado, o administrado poderá pleitear que o juízo supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do pedido; já em casos de ato discricionário, o único pleito possível consistiria na determinação de prazo para a manifestação da

5 SILVA, 2016, p. 447.

6 “O problema da utilização de tal remédio constitucional recai sobre o fato de que o Judiciário não pode, em determinados casos, determinar a prática de certos atos, mas tão somente reconhecer que houve violação a direito líquido e certo, ou seja, se diante de postulações que tiverem uma manifestação vinculada por parte da Administração, poderá o Judiciário suprir diretamente o administrador, concedendo judicialmente os efeitos que se pretendia extrair da decisão administrativa. Por conseguinte, sendo o poder absolutamente vinculado, não há qualquer obstáculo para que o Tribunal declare aquilo que já se encontra na lei, determinando a obrigação da Administração em praticar um ato com determinado conteúdo concreto. Todavia, se o ato estiver fundado em manifestação discricionária da Administração, não caberá outra solução ao Judiciário, que determinar ao administrador que decida, assinalando-lhe um prazo e, sendo o caso, fixando multa diária pelo descumprimento da ordem judicial. Em tais casos, não é possível à Administração determinar o conteúdo concreto do ato a praticar, mas apenas delimitar o espaço de manobra da Administração na sequência da sentença.” SADDY, 2013, p. 114–115.

Administração, sob pena de cominação de multa diária.⁷

Para José dos Santos CARVALHO FILHO, entretanto, o pedido do administrado deverá ter natureza mandamental, condenatória para o cumprimento de obrigação de fazer que, em sendo provido, se materializará em uma ordem judicial para que a Administração cumpra seu poder-dever e se manifeste de forma expressa, sob pena de desobediência – caso em que recaem sobre o administrado os ônus por eventual descumprimento. Isso, porque, para o autor, cabe ao órgão jurisdicional tão-somente obrigar a Administração a cumprir as imposições legais, não lhe sendo possível substituir a vontade do órgão administrativo.⁸

Diante da dificuldade instrumental descrita, a via do Mandado de Segurança, ainda que plausível, já não se apresenta completamente eficaz, vez que pode ensejar, unicamente, a pronúncia de um direito existente, cuja satisfação, pela via judicial, só se dará a partir do ajuizamento de nova ação específica – o que não se demonstra razoável, considerando-se o custo do acesso à Justiça, bem como o contexto, por diversas razões, moroso do Judiciário brasileiro. Assim, necessária a busca de alternativas, prioritariamente em âmbito administrativo para os casos em que a Administração deixa de decidir.⁹

Antes ainda de ingressar a fundo no tema do Silêncio Administrativo, necessário destacar como premissa básica para o enfrentamento do tema o que Daniel Wunder HACHEM aponta como “caráter patológico do silêncio administrativo”, pois a ausência de decisão da Administração configura “comportamento ilícito do Estado no exercício de sua função administrativa”, e o dever de decidir, em regra deve afastar quaisquer hipóteses de silêncio administrativo, sendo que que aceita-los como uma regra, jurídica regular das funções administrativas seria o mesmo que admitir a infração à ordem constitucional e legal, o que corresponderia, segundo alguns autores, como

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 416.

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 95–96.

9 SADDY, 2013, p. 114–115.

“verdadeiro escândalo no Estado de Direito”.¹⁰

Assim, quaisquer das alternativas que venham a se opor à inatividade administrativa formal não devem ser tomadas como meios de ajustamento de conduta administrativa à ordem jurídica, pois não se deseja exonerar a Administração do seu dever de exarar decisão motivada e em prazo razoável à pretensão do administrado, legitimando a não atuação administrativa. Antes, o que se propõe e se deseja é a defesa do administrado, que não pode ter direitos lesados por força da conduta administrativa ilegal.

Com tais contornos, entra em cena o instituto do Silêncio Administrativo como um mecanismo administrativo de enfrentamento do problema.

3. DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

A importante figura do silêncio administrativo teve origem no século XIX, no âmbito do direito francês, no ambiente do estado liberal, sendo, mais tarde, incorporada a ordenamentos jurídicos vizinhos.¹¹

Nesse recorte histórico e geográfico, a jurisdição contenciosa-administrativa possuía caráter unicamente revisor dos atos produzidos pela Administração, de maneira que a ausência de uma manifestação administrativa expressa impedia o administrado de buscar a satisfação de sua pretensão pelas vias jurisdicionais.¹²

Destaca-se que, naquele contexto, a concepção de Estado de Direito privilegia a organização administrativa baseada na supremacia da lei e na organização dos

10 HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais – Dever de decidir em prazo razoável vs. Silêncio administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 56, ano 14 p. 147 – 175, abr./jun. 2014.

11 Idem.

12 Idem.

poderes,¹³ portando o acesso ao contencioso administrativo tinha como pressuposto processual a prévia decisão administrativa, dado seu caráter revisional. Assim, nada impedia que a Administração burlasse o controle judicial de seus atos, bastando-lhe, tão somente, quedar-se inerte diante do pleito do administrado que permaneceria indefeso e enfraquecido perante ela, uma vez que o judiciário se via impedido de agir.¹⁴ Era a denominada regra da *decision prealable*, ou seja, a regra da decisão prévia.¹⁵

Nesse cenário, no intuito de manter o equilíbrio entre os poderes, surge o artifício fictício do silêncio administrativo, que se apresenta como um instrumento garantidor ao cidadão do seu acesso à jurisdição, fazendo as vezes da decisão prévia, diante da omissão administrativa.¹⁶

Verifica-se que, a partir da criação do instituto do silêncio administrativo, o primeiro efeito jurídico atribuído à omissão administrativa em decidir o requerimento foi aquele equivalente ao de uma decisão denegatória, o chamado silêncio administrativo negativo, para que a via administrativa se configurasse esgotada e fosse, então, possível o acionamento contencioso.

Necessário destacar que no âmbito do estado liberal instaurado na França do século XIX, os direitos que se protegiam eram os relativos às liberdades individuais dos cidadãos contra as ações agressivas do poder público que viessem ou pudessem

13 CUDOLÀ, Vicenç Aguado I. **Los orígenes del silencio administrativo em la formacion del estado constitucional**. 1998. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17384>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

14 SANTOS, Felipe Estrela. 2012. **O valor do silêncio da Administração Pública na hipótese de ausência de pronúncia em face do reclamo do administrado**. Disponível em: <www.tre-rs.gov.br/arquivos/SANTOS_Felipe_Estrela_rpge69.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2018.

15 SADDY, 2013, p. 18.

16 Segundo Daniel Wunder HACHEM, “naquele momento histórico, em razão dos dogmas sobre os quais se erigiam as relações entre os Poderes Públicos, mais fácil do que tentar relativizar as prerrogativas de que gozava a Administração perante a jurisdição foi inventar, de maneira fictícia, um artifício que fizesse as vezes de um ato, passível de ser objeto de reclamação quando a ilegalidade adviesse da omissão administrativa em decidir o requerimento (e não de um autêntico ato comissivo por ela praticado). É nesse cenário que surge o silêncio administrativo, figura arquitetada inicialmente como um fato ao qual o Direito outorga efeitos jurídicos equivalentes aos de uma decisão expressa denegatória, com vistas a possibilitar o acesso do cidadão à via jurisdicional para a busca da tutela de seu direito.” HACHEM, 2014.

violá-las, não havendo, ainda, a preocupação com as prestações positivas, que se veriam, mais tarde, características do estado social.¹⁷

Salienta-se que, além da garantia de acesso à jurisdição ao cidadão, a implementação do silêncio administrativo negativo, naquela época, atendeu a objetivos administrativos, no sentido em que, através de sua utilização, prevenia-se que danos decorrentes da inatividade administrativa ocorressem à própria Administração, na medida em que se evitava que os pleitos contra o Estado permanecessem indefinidamente abertos, atribuindo sua solução à atuação jurisdicional.¹⁸

Segundo André SADDY, o silêncio Administrativo negativo surgiu, na França, em virtude das diversas decisões normativas editadas naquele país.¹⁹

A causa justificadora da criação do instituto do silêncio Administrativo negativo foi o caráter meramente revisor da jurisdição contencioso-administrativa. Portanto, à medida em que, pelo final do século XIX e ao longo do século XX, a via administrativa deixava de ser, na maior parte dos países, requisito de admissibilidade para a apreciação de recurso pela via jurisdicional, o instituto entrou em crise.²⁰ Contudo, a técnica do Silêncio Administrativo continuou necessária, uma vez que, mesmo num ambiente diferente de organização administrativa, permanece como um dever para a Administração a decisão sobre os pleitos perante ela propostos.²¹

17 HACHEM, 2014.

18 CUDOLÀ, 1998.

19 “A outorga de efeito jurídico, no entanto, ocorreu apenas com o Decreto de 2 de novembro de 1864, também editado na França, pelo qual seriam consideradas negadas todas as pretensões dirigidas aos ministros que, no prazo de 4 (quatro) meses, não obtivessem resposta (art. 7º). Da mesma forma, tal técnica foi prevista no Decreto de 16 de março de 1880, sobre as eleições do conselho Superior de Instituições Públicas e aos Conselhos Acadêmicos e na Lei de 5 de abril de 1884 relativa às eleições municipais. Posteriormente, a Lei de 17 de julho de 1900, no seu art. 3º, estendeu o tratamento jurídico a todos os reclamos veiculados perante qualquer órgão da Administração Pública francesa. Assim, transcorridos 4 (quatro) meses sem qualquer pronúncia por parte da Administração, presumia-se, por lei, que a pretensão do particular fosse denegada, o que permitia a este promover contra tal denegação os correspondentes recursos jurisdicionais. Nascia, assim, o silêncio negativo.” SADDY, 2013.

20 HACHEM, op. cit.

21 SADDY, op. cit., p. 35-67.

Assim, conforme elucida Daniel Wunder HACHEM, começam a surgir, nos ordenamentos jurídicos, “normas que atribuem à falta de decisão estatal tempestiva no processo administrativo efeitos equivalentes aos produzidos por um ato de deferimento do pedido”.²²

Surge, assim, uma ficção jurídica que faz as vezes de um ato administrativo que acolhe a pretensão postulada pelo administrado perante a Administração, ou seja, o Silêncio Administrativo Positivo, originado na máxima romana *qui tacet consentire videtur* (quem cala consente), hábil a conferir ao administrado “legitimação para atuar conforme o que tenha pedido, solicitado, requerido ou recorrido”.²³

Para a Administração, as consequências da utilização da teoria do silêncio administrativo serão diferentes, considerados os diferentes efeitos jurídicos negativo e positivo.

Diante da aplicação do silêncio negativo, que simplesmente possibilita ao particular o acesso à jurisdição revisora, a Administração poderá retomar para si a decisão sobre o pleito, e decidir por acolhê-lo ou não, conforme seja possível, não estando vinculada à negativa previamente estabelecida por força do silêncio negativo. Porém, uma vez aplicado o silêncio positivo, a Administração apenas poderá decidir sobre o pleito para confirmar a concessão da petição, de maneira que se a intenção for a cassação do direito provido, a Administração deverá submeter-se aos mesmos limites existentes para o desfazimento de atos administrativos que ampliam a esfera jurídica dos cidadãos.²⁴

4. REQUISITOS BÁSICOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Neste ponto, cumpre apontar que **Silêncio Administrativo** e **Silêncio da Administração** constituem situações diferentes entre si. Enquanto o Silêncio da Administração se forma da situação de não-manifestação – ou a demora em se manifestar – da

22 HACHEM, 2014.

23 SADDY, 2013, p. 61.

24 HACHEM, op. cit.

Administração, o Silêncio Administrativo consiste, justamente, no instrumento jurídico que, a partir da reunião de determinados requisitos, atribui à inação administrativa efeitos denegatórios ou concessivos do pleito.²⁵

Quanto ao Silêncio da Administração, importa, para este trabalho, apresentar a distinção entre os conceitos de inatividade material e inatividade formal da Administração.

Conforme Alejandro NIETO, a inatividade material nada mais é que a passividade administrativa, o mero não atuar da Administração no marco das suas competências cotidianas, enquanto a inatividade formal se configura através da não manifestação da Administração no âmbito do processo administrativo.²⁶

Entende-se, portanto, que o Silêncio da Administração consiste em situação fática anômala de inatividade ou passividade estatal que, em se tratando de inatividade formal, ou seja, aquela ocorrida no âmbito do processo administrativo, enseja a aplicação do instituto do Silêncio Administrativo, sendo que este, de forma fictícia, atribui efeitos negativos ou positivos ao silêncio da administração, como uma garantia para o administrado frente à não manifestação do órgão perante o qual propôs sua petição.²⁷

Relembre-se, por oportuno, que, uma vez que o ordenamento jurídico atribui à Administração o dever de decidir sobre as demandas que lhe são propostas ou, ainda, sobre as que são iniciadas de ofício, a situação de Silêncio da Administração contraria a ordem jurídica, e que, ainda que o instituto do Silêncio Administrativo venha a socorrer o administrado em tais casos, sua função não é a de ilidir, em favor da Administração, o cumprimento de um dever legal.²⁸

25 HACHEM, 2014.

26 NIETO, Alejandro. **La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo**. 1962. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112582>>. Acesso em 15 jan. 2018.

27 PÉREZ, Jesús González. **El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo**. 1972. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111668>>. Acesso em 13 jan. 2018.

28 HACHEM, op. cit.

Muito ao contrário, o que se extrai da ordem constitucional e infraconstitucional vigentes é que o Direito positivo brasileiro rejeita a inatividade formal da Administração, porquanto prática ilegal e abusiva, que gera insegurança jurídica e vulnera o direito do administrado.²⁹

Dessa maneira, o instituto do silêncio administrativo tem o condão de atribuir a esta violação da ordem jurídica pelo Poder Público, *ex lege* e observados os requisitos autorizadores, efeitos denegatórios ou concessivos da pretensão do administrado, em sua defesa contra a inação administrativa.³⁰

Conforme leciona André SADDY, para que o silêncio administrativo produza efeitos, é necessária a configuração de três requisitos básicos, quais sejam: a) a existência de um processo administrativo; b) o vencimento de um prazo máximo para manifestação da Administração; c) expressa disposição normativa sobre a produção de efeitos decorrentes do silêncio formal da Administração.³¹

O instituto do silêncio administrativo apenas se opera no âmbito de um processo administrativo, instaurado a requerimento do administrado, ou de ofício pela própria Administração.

Ainda que instaurado de ofício pela Administração, o processo administrativo suscita o dever legal de decisão expressa, como, por exemplo, os casos de exercício de poder sancionatório ou expropriatório.³²

Em sendo o processo iniciado pelo administrado interessado, para que se configure hipótese de aplicação do instituto do silêncio administrativo, há que se observar, primeiramente, se foram cumpridas as exigências da petição inicial: (i) quanto à delimitação e possibilidade jurídica do pedido; (ii) se acompanha a petição inicial a

29 SANTOS, 2012.

30 LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. O Silêncio Administrativo: a inatividade formal do Estado como uma refinada forma de ilegalidade. **Revista Virtual da AGU**, n. 122. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/9200684>. Acesso em: 09 mar. 2018.

31 SADDY, 2013, p. 37-45.

32 *Ibid.*, p. 38.

documentação indispensável à análise do pleito; (iii) se a petição inicial foi endereçada corretamente à órgão competente para decidir sobre ela.³³ Pois, conforme adverte Daniel Wunder HACHEM, não se configurará hipótese de aplicação do instituto do Silêncio Administrativo “se a demora da Administração em decidir o processo decorrer de causas provocadas pelo próprio peticionário”.³⁴

Quanto ao vencimento de um prazo máximo para manifestação da Administração, tem-se que o prazo máximo para a manifestação da Administração deverá estar previsto pela norma jurídica, decisão judicial ou contrato do qual a Administração seja parte, sendo imprescindível, para que se opere o silêncio administrativo, que tal prazo tenha decorrido sem a manifestação administrativa.³⁵

Nos casos em que a norma jurídica não preveja o prazo máximo para a manifestação da Administração, Celso Antônio Bandeira de MELLO admite a utilização subsidiária do prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis, motivadamente, por mais 30 (trinta), estabelecido pela Lei Federal nº 9.784/1999 (lei de processos administrativos), ou ainda, o prazo estabelecido pela lei própria de processos administrativos da qual disponha o ente federativo que se mantém omissis.³⁶

Importa reiterar que nos casos em que o administrado deixar de apresentar toda a documentação necessária à apreciação do pleito e, portanto, a Administração vier a solicitar a regularização dos autos para compor sua análise e posterior decisão, o prazo para a decisão administrativa será suspenso.³⁷

Via de regra, a prorrogação do prazo para a manifestação da Administração não se opera, salvo se constar prevista na norma, sentença ou contrato, e mediante justificativa e notificação dos interessados.³⁸

33 SADDY, 2013, p. 38.

34 HACHEM, 2014.

35 SADDY, op. cit., p. 40.

36 MELLO, 2010, p. 416.

37 SADDY, op. cit., p. 41-42.

38 Idem.

A produção de efeitos do silêncio administrativo, seja negativo ou positivo, deve constar expressamente na norma jurídica, sentença ou contrato do qual a Administração seja parte. Em casos de ausência desta disposição expressa, ou após decorrido tempo razoável, poderá o administrado interessado ingressar com recurso na via administrativa ou, ainda, buscar o provimento judicial.³⁹

No que tange ao prazo razoável, Cristiana FORTINI e Felipe Alexandre Santa Anna Mucci DANIEL entendem que poderá ser, por analogia, os 120 (cento e vinte) dias constantes do artigo 23 da Lei Federal nº 12.016/09, que dispõe sobre o mandado de segurança.⁴⁰

Para André SADDY, a analogia com o prazo para o exercício do direito de requerer o mandado de segurança pode ser útil, sendo necessário, contudo, que se observe as características do caso concreto, bem como que se considere o tempo de que a Administração usualmente necessita para solucionar questões semelhantes.⁴¹

5. PANORAMA GERAL DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

O tratamento legislativo e a evolução doutrinária quanto ao silêncio administrativo no ordenamento jurídico pátrio vêm se desenvolvendo de forma insuficiente, apesar dos esforços empreendidos.

No que tange à questão da insuficiência legislativa, em específico, Felipe Estrela dos SANTOS infere como provável causa a inexistência de uma justiça administrativa autônoma no Brasil, aliando-se a outro fato de grande relevância, qual seja, o extenso período de submissão ao regime militar, durante o qual o país foi subjugado por uma Administração Pública autoritária e ditatorial. No entanto, o autor adverte para o fato de que, no presente estágio político e administrativo do Brasil, não há espaço para a manutenção de situações lesivas ou potencialmente lesivas produzidas pelo

39 SADDY, 2013, p. 42-43.

40 FORTINI; DANIEL, 2006.

41 SADDY, op. cit., p. 44.

Poder Público, como, por exemplo, as situações de inatividade formal.⁴²

Cristiana FORTINI e Felipe Alexandre Santa Anna Mucci DANIEL acusam, principalmente, a deficiência legislativa, argumentando no sentido de que a lei federal que institui o dever legal de decisão da Administração Pública (Lei nº 9.784/99) limitou-se a traçar diretrizes gerais sobre o tema, fixando prazo de 30 (trinta) dias para a Administração exarar resposta, sendo estes contados a partir da conclusão da fase de instrução processual, não estabelecendo, contudo, prazo para o desenvolvimento da fase probatória.⁴³

Para os autores mencionados, a inexistência de previsão para a conclusão da fase probatória pode provocar letargia administrativa em prejuízo ao interesse público primário, bem como ao interesse particular, uma vez que a inexistência de tal data limite pode alongar indefinidamente o processo administrativo.⁴⁴

Já para André SADDY, o déficit ocorre, sobretudo, na prática da aplicação do instituto do silêncio administrativo no Brasil, déficit este que se contrapõe à doutrina que, para ele, vem desenvolvendo relevantes discussões quanto ao direito à indenização por prejuízos que o administrado venha a sofrer em decorrência do silêncio da Administração. Segundo o autor mencionado, as discussões doutrinárias se desenvolvem baseadas na teoria do desvio de poder e abuso de poder, bem como na natureza jurídica do silêncio da Administração.⁴⁵

SADDY destaca a inexistência de regra geral, em âmbito federal, que contemple a aplicação do instituto do silêncio administrativo, tanto para determinar as atitudes apropriadas ao administrado, que se depara com o silêncio da Administração quando da propositura de um pleito, quanto menos da incidência de efeitos negativos ou positivos, e explica que o remédio normalmente aplicado por nosso ordenamento jurídico é o acesso direito à via jurisdicional através de ações

42 SANTOS, 2012.

43 FORTINI; DANIEL, 2006.

44 Idem.

45 SADDY, 2013, p. 20-21.

de responsabilização do Estado.⁴⁶

André SADDY pondera, entretanto, quanto à existência de algumas leis esparsas, bem como quanto de algumas constituições estaduais que trazem disposições expressas quanto à aplicação de efeitos negativos ou positivos ao silêncio da Administração, no intuito de socorrer o administrado prejudicado pelo silêncio.⁴⁷

Quanto às soluções aplicadas pelos Estados, através de suas constituições, André SADDY⁴⁸ destaca: (i) **a obrigatoriedade, sob pena de responsabilidade da autoridade ou do servidor, de fornecimento de esclarecimentos a administrados de situações de seu interesse pessoal, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, em prazo variável conforme o estado**, sendo este de 10 (dez) dias úteis a 30 (trinta) dias corridos (Constituição do Estado de São Paulo, art. 114; Constituição do Estado de Pernambuco, art. 97,IV; Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, art. 27 §6º; Constituição do Estado de Santa Catarina, art.16 §2º); (ii) **a determinação para que sejam sanadas administrativamente as omissões que inviabilizem o exercício de direitos constitucionais, dentro de prazo variável entre os estados**, normalmente 90 (noventa) dias, a contar a partir da data do requerimento do administrado, sob pena de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção o agente público que injustificadamente deixar de fazê-lo (Constituição do Estado do Amazonas, art. 3º, §§1º e 5º, e art. 105, §10; Constituição do Estado da Paraíba, art. 3º §1º, e art. 30, V; Lei Orgânica do Distrito Federal, arts.22, II e 23, II e parágrafo único); (iii) **a imposição de penalidades de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção em casos de omissão que inviabilizem o exercício de direito constitucional** (Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 4º §1º; Constituição do Estado do Pará, art. 5º §2º; Constituição do Estado de Piauí, art.5º §1º); (iv) **a pura garantia ao cidadão, diante de requerimento seu, de fornecimento de informações sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como sobre as decisões no âmbito destes proferidas** (Constituição do Estado de Alagoas, art. 44, VIII); (v) **a determinação** de que,

46 SADDY, 2013, p. 20-21.

47 Ibid., p. 24-31.

48 Ibid., p. 28-31

em caso de não fornecimento de informações por órgãos públicos estaduais e não sendo hipótese de *habeas data*, no prazo máximo de 10 (dez) dias, o administrado deverá exigí-las judicialmente, devendo o Juiz competente, ouvido quem as deva prestar, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, decidir, em 5 (cinco) dias, intimando o responsável pela recusa ou omissão em fornecer as informações requeridas, sob pena de desobediência, salvo hipótese de sigilo imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado (Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, art. 7º).

Observa-se dos casos elencados que a aplicação de efeitos jurídicos à inação administrativa formal não suscita controvérsias, haja vista sua previsão expressa na norma. Sobre casos em que há a expressa determinação legal, Celso Antônio Bandeira de MELLO consigna:

[...] Deveras, nos casos em que a lei atribui dado efeito ao silêncio, o problema já está de per si resolvido. Com efeito, se o efeito legal previsto era concessivo, o administrado está atendido; se era denegatório, poderá demandar judicialmente que a Administração se pronuncie, se o ato omitido era de conteúdo discricionário, pois faz jus a uma decisão motivada; se, ao contrário, o ato era de conteúdo vinculado, e o administrado fazia jus a ele, demandará que o juiz supra a omissão administrativa e lhe defira o postulado.⁴⁹

Deve-se, contudo, atentar para o fato de que a posição de ilustre professor não é unânime na doutrina, haja vista o já alertado neste trabalho de que, para outros, a exemplo de José Santos CARVALHO FILHO, o órgão jurisdicional, em qualquer caso, não pode substituir a Administração no suprimento da omissão administrativa, competindo-lhe, tão somente, aplicar meios que obriguem a Administração a cumprir as imposições legais.⁵⁰

A despeito das discussões quanto ao alcance do controle judicial dos atos administrativos, o problema, de fato, ocorre quando a norma que consigna o silêncio

49 MELLO, 2010, p. 410.

50 CARVALHO FILHO, 2011, p. 95-96.

administrativo é omissa quanto aos efeitos que o silêncio opera.

Para tais casos, o professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO defende que o silêncio deverá adquirir sentido positivo diante de um ato administrativo vinculado, uma vez que não há outra hipótese para a Administração, senão realizá-lo nos moldes da lei, possibilitando ao particular o exercício do seu direito subjetivo sem que fosse necessário buscar o socorro do pronunciamento judicial.⁵¹

Nesse mesmo sentido, para os casos em que a norma deixa de determinar os efeitos jurídicos do silêncio administrativo, Daniel Wunder HACHEM busca solução no direito processual civil, e defende que, por medida de justiça, seja aplicada à Administração a mesma pena aplicável ao particular que deixa de impugnar judicialmente as violações de direito que lhe venha a ocasionar a Administração Pública.⁵²

Para Cristiana FORTINI e Felipe Alexandre Santa Anna Mucci DANIEL, a solução para os problemas ocasionados pela falta de atribuição de efeitos jurídicos ao silêncio da administração deve encontrar amparo no âmbito da própria administração, e deve estar fundada nos princípios constitucionais da democracia, do controle dos atos da Administração pública e da dignidade humana.⁵³

De todos os autores neste ponto destacado, verifica-se a preocupação em dar efetividade ao direito fundamental à tutela administrativa efetiva. Ainda que haja no sistema brasileiro mecanismos judiciais para controlar os atos comissivos e

51 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 138-139.

52 “Qual é o efeito jurídico atribuído à inércia do indivíduo em impugnar judicialmente, dentro do prazo legal, as violações à sua esfera jurídica praticadas pela Administração? A prescrição de seu direito de corrigi-las mediante propositura de ação judicial. Seu silêncio equivale a um consentimento que, transcorrido o lapso temporal legalmente fixado, não poderá mais ser revisto. Cuida-se, como se vê de uma sanção jurídica gravíssima. Dessa forma, os prazos não devem ser obrigatórios só para os particulares: eles também devem sê-lo para a Administração.” HACHEM, 2014.

53 “Talvez o caminho a ser trilhado não seja o de buscar amparo junto ao Poder Judiciário, no sentido de obter deste a concessão da postulação, situação em que este assumiria o espaço deixado pelo refluxo do administrador. O adequado, diante do tecido constitucional que preconiza a democracia, o controle sobre os atos do administrador público, a dignidade da pessoa humana e que centra seus olhos no cidadão, é, sem que se faça necessária a interferência judicial, entender como recepcionado o pleito apresentado perante a Administração Pública quando este não é apreciado em tempo hábil.” FORTINI; DANIEL, 2006.

omissivos da Administração Pública, e ainda que inafastável a tutela jurisdicional, considerar que o silêncio da Administração venha a ser resolvido judicialmente, é uma solução que fere o direito fundamental à tutela administrativa efetiva e faz postergar e encarecer a entrega do bem da vida ao particular, onerando-o “com a necessidade de uma reação demorada, custosa e, muitas vezes, ineficiente.”⁵⁴

Observa-se que a única forma, que os brasileiros dispõem, até então, para dirimir os casos de silêncio administrativo, cujo efeito não está descrito na norma, seria se apoiar na judicialização da questão. Limitando-se, o controle judicial dos atos administrativos. Quando vinculados o judiciário poderá condenar a Administração à prestação pretendida, quando for um ato discricionário, o judiciário poderá apenas repisar o prazo para que a Administração decida, mediante a imposição meios coercitivos que obrigue o cumprimento da decisão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora de extrema relevância, o Direito brasileiro não tem dispensado ao tema do silêncio administrativo a atenção necessária, principalmente se considerado o fato de que a inatividade formal da Administração Pública no âmbito do processo administrativo ocasiona diversas repercussões hábeis a fragilizar, ainda que potencialmente, a esfera de direitos subjetivos dos administrados.

Apesar dos esforços empreendidos, a doutrina pátria ainda não se desenvolveu satisfatoriamente sobre o tema, permanecendo escassas as obras nacionais que tratam da aplicação do instituto de direito administrativo e suas consequências. Ainda mais grave é o fato de inexistir no ordenamento pátrio o tratamento legislativo geral para a aplicação e/ou interpretação dos efeitos do silêncio administrativo nos casos em que o administrado permanece irrespondido, o que ocasiona sua utilização assistemática e casuística e, por conseguinte, instabilidade na compreensão do valor e finalidade do instituto.

Como visto, a inatividade administrativa formal consiste numa séria violação

de um dever legal que afeta o âmbito da eficácia dos direitos fundamentais dos administrados, acarretando danos significativos na relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e os cidadãos. Nesse cenário, a utilização do instituto do silêncio administrativo, através da aplicação de seus efeitos jurídicos negativo e positivo, consiste em meio de defesa do administrado frente a tal inatividade lesiva.

Desse modo, o presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de prestar uma singela colaboração para o tema, buscando destacar, de um lado, a gravidade da inatividade administrativa formal enquanto meio de violação de direitos e, de outro, a funcionalidade do instituto como meio prático de defesa de direitos aos administrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUDOLÀ, Vicenç Aguado I. **Los orígenes del silencio administrativo em la formacion del estado constitucional**. 1998. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17384>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

FORTINI, Cristiana. DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. **O silêncio Administrativo: Consequências Jurídicas no Direito Urbanístico e em Matéria de Aquisição de Estabilidade pelo Servidor**. 2006. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/39496>>. Acesso em: 07 out. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais – Dever de decidir em prazo razoável vs. Silêncio administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 56, ano 14 p. 147 – 175, abr./jun. 2014.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. O Silêncio Administrativo: a inatividade formal do

Estado como uma refinada forma de ilegalidade. **Revista Virtual da AGU**. n. 122. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/9200684>. Acesso em: 09 mar. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

NIETO, Alejandro. **La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo**. 1962. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112582>>. Acesso em 15 jan. 2018.

PÉREZ, Jesús González. **El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo**. 1972. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111668>>. Acesso em 13 jan. 2020.

SADDY, André. **Silêncio Administrativo no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS, Felipe Estrela. **O valor do silêncio da Administração Pública na hipótese de ausência de pronúncia em face do reclamo do administrado**. 2012. Disponível em: <www.tre-rs.gov.br/arquivos/SANTOS_Felipe_Estrela_rpge69.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

STJ, REsp 16.284-PR, Rel. Ministro Humberto Gomes Barros, DJU 23.03.92, p. 3.447, RSTJ 32.

A PEC 80/2019 À LUZ DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

ANA CLÁUDIA FINGER

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Professora da Escola de Direito da Universidade Positivo.

Advogada integrante do Escritório Bacellar & Andrade Advogados Associados.

ADRIANA KEMPE

Bacharela em Direito. Advogada.

Pesquisadora integrante do Núcleo de Estudos de Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e do Desenvolvimento do PPGD da UFPR – PRO POLIS.



1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é uma Constituição de garantias e isso se ilustra por uma série de fatores. Em primeiro lugar, não se ignora, por exemplo, que a Carta estabeleceu um marco entre a exceção e a democracia. Nem tampouco se olvida do amplo rol de direitos, garantias e liberdades assegurados pelo texto constitucional, que, além de reforçarem sua (o)posição limitrofe em relação ao regime militar inaugurado no ano de 1964, conferiu à Carta a alcunha de Constituição Cidadã. Do mesmo modo – porque aceitou como fundamentos da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana e estabeleceu como objetivo o bem-estar de todos – entabulou que direito algum é absoluto e firmou a prevalência do interesse público sobre o privado. Não bastasse isso, garantiu, ainda, que suas cláusulas serão mantidas e que resistirão às mudanças conjunturais – sobretudo, políticas – porque somente serão alteradas se respeitadas as diretrizes e os limites impostos pelo seu próprio texto.

Isto posto, este trabalho objetivou compreender e analisar a adequação constitucional da Proposta de Emenda Constitucional nº 80/2019, proposta pelo Senado Federal, sob a égide, sobretudo, de dois institutos: a função social da propriedade e o desenvolvimento nacional sustentável. Aquela porque constitui, em síntese, o objeto

da referida PEC e, mais, porque figura como limite ao secular direito à propriedade, ao que a Proposta pretende conferir absoluta proteção. Este porque é objetivo da República, que vincula toda a ação do Estado, consoante o art. 3º, II, da Constituição, bem como porque está intrinsecamente relacionado à função social da propriedade e, por conseguinte, ao debate posto em pauta por aquela PEC.

A metodologia, em resumo, consistiu no cotejo entre a dogmática constitucional e a Proposta a fim de expor as dissidências entre uma e outra. Para tanto, expôs-se, inicialmente, o tratamento dado pelo constituinte aos institutos da função social da propriedade e do desenvolvimento sustentável, bem como o papel a eles delegado na ordem jurídica brasileira e internacional. Após, analisou-se os termos da Proposta de alteração da Constituição, desde a exposição de motivos, marcada pelo que tratamos aqui como as mudanças contextuais às quais deve resistir o texto constitucional, até os termos, propriamente ditos, que se pretende inserir nos artigos 182 e 186 da Constituição Federal. Por fim, estabelecidos esses parâmetros, demarca-se, precisamente, os traços de (in)constitucionalidade desses pretensos novos dispositivos.

2. OS POSTULADOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

2.1 Desenvolvimento segundo a Constituição de 1988

O conceito de desenvolvimento, inicialmente concebido e interpretado à luz de um regime quase unânime que se baseia, essencialmente, na obtenção de lucro e na concentração de riquezas, esteve centralizado, por muito, no mero crescimento econômico. Em síntese, sob uma perspectiva *unidimensional*, desenvolvimento e crescimento econômico foram tratados como sinônimos e auferidos conjuntamente, até, pelo menos, 1972.

Naquele ano, pela primeira vez desde o grande *boom* do capitalismo, as preocupações retiraram-se da análise unidimensional do desenvolvimento e passaram a abranger, também, as questões relativas ao meio ambiente. Após ter-se revelado a inviabilidade da exploração desenfreada dos recursos humanos e naturais, a Organização das Nações Unidas tratou de refletir sobre os impactos ambientais e os reflexos deles oriundos sobre as gerações presentes e futuras. Assim foi que, da Conferência

das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, resultou a Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente, também conhecida por Declaração de Estocolmo.¹

Na Declaração, adotada pela comunidade internacional, inaugurou-se uma nova postura de que se defluiu, por extensão, uma nova interpretação ao conceito de desenvolvimento. Naquele texto estabeleceram-se vinte e seis princípios destinados ao alcance de uma grande meta: a defesa do melhoramento do ambiente humano para as gerações presentes e futuras. Em síntese, permaneceram as aspirações ao desenvolvimento econômico, mas não apenas elas. O conteúdo do termo “*desenvolvimento*” voltou-se também a outros aspectos, como a ética e o já mencionado meio ambiente.

Anos mais tarde, em 1987, esses novos traços fundiram-se na primeira menção oficial ao termo “*desenvolvimento sustentável*”. Foi no Relatório Brundtland, resultado dos trabalhos da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, criada em 1983, que se cunhou o conceito que representa a coexistência entre desenvolvimento e sustentabilidade, tal qual previa a meta estabelecida na Declaração de Estocolmo.

Consignou-se no Relatório que “o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades”.² Firmou-se, assim, nesses termos, o conceito de desenvolvimento sustentável, repetido em ocasiões distintas

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência da ONU sobre o meio ambiente**. 1972. Disponível em: <www.dhnet.org.br>. Acesso: janeiro de 2020.

2 No original, lê-se: “Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the World Comission on Environment and Development. Our Common Future**. 1987.

pela comunidade internacional,³ replicado por estudiosos⁴ e adotado, também, pela Constituição brasileira de 1988.

É bem verdade que o constituinte se limitou a prescrever, no art. 3º, II, da Constituição, que é objetivo fundamental da República “garantir o desenvolvimento nacional”. Não há, vê-se, adoção expressa do termo *desenvolvimento sustentável*. Nada obstante, não se pode adotar outra compreensão senão a de que o único desenvolvimento autorizado pelo texto constitucional e adotado como valor supremo da República é aquele que se qualifica como sustentável.

É o que emerge do entrelaçamento tópico-sistemático dos artigos 3º, 170, inciso VI, e 225, da Constituição, que preveem, respectivamente, a garantia do desenvolvimento nacional, a defesa do meio ambiente e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Disso se infere que há, na atual ordem constitucional brasileira, a prescrição de que o desenvolvimento nacional seja impregnado da ética ambiental, que, segundo observa Juarez Freitas, remete “à realização de todos os objetivos fundamentais, que se traduzem em metas indeclináveis, tais como a redução das desigualdades sociais e regionais (...)”.⁵

Esse espírito é também o que atravessa o conceito de sustentabilidade, definido por Juarez Freitas como um princípio constitucional que incumbe ao Estado e à sociedade a “concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar preferencialmente de modo preventivo e precavido,

3 Vide, por exemplo, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio 92), que aconteceu no Rio de Janeiro, em 1992; a Rio+10, realizada em Joanesburgo, na África do Sul, em 2002; a Rio+20, do ano de 2012, quando, novamente no Rio de Janeiro, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável; e a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2015, em Nova York. De todos os eventos, resultaram documentos atinentes ao tema, cite-se, para ilustrar, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, definidos em Nova York, em 2015, ao qual damos ênfase.

4 Amartya Sen, por exemplo, reflete o desenvolvimento sob novos parâmetros e trata do conceito como um processo de expansão das liberdades garantidas às pessoas, além de propor um pensamento econômico que se coaduna com a ética e o bem-estar de todos, o que em tudo se aproxima das diretrizes propostas pelo desenvolvimento sustentável. Vide: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

5 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 114.

no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”.⁶

Nesses termos, se considerarmos a adoção da sustentabilidade e do desenvolvimento como postulados constitucionais básicos que se coadunam, tem-se que o Constituinte abandonou o critério puramente utilitarista do desenvolvimento para assentá-lo em uma tríplice dimensão: a social, a ambiental e a econômica.

Destarte, a ideia de *desenvolvimento* no contexto da Carta de 1988 revela-se indissociavelmente ligada à sustentabilidade – uma vinculação necessária ante a ampliação do conceito de desenvolvimento e aos valores fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, que exigiu, a partir de seu forte caráter garantista e da expressa previsão de proteção à dignidade da pessoa humana, o redimensionamento do desenvolvimento e a sua compatibilização, sobretudo, com os direitos fundamentais.

É este modelo, que combina desenvolvimento e sustentabilidade, que é concebido como valor supremo da República pela Constituição de 1988. Nela, não se admite mais o desenvolvimento puramente econômico, mas tão somente aquele *multi-dimensional*, que incorpora critérios de sustentabilidade e que se atenta à promoção de uma sociedade livre, justa, solidária, igualitária e preocupada com a proteção ambiental.

2.2 Breve análise da propriedade funcionalizada: do direito ao direito-dever

Ao contrário do recém-criado conceito de desenvolvimento sustentável, o direito à propriedade tem fixadas suas raízes no longínquo Direito Romano. Lá, fundado sobre um viés patrimonialista, garantiu-se ao instituto o caráter de um direito absoluto e exclusivo, já que, naquele contexto, a propriedade estava situada “no centro do sistema, girando-lhe ao redor toda a ordem jurídica e econômica”.⁷ Mais do que isso, lia-se a propriedade como um direito sagrado, conferido pelos céus e apto a separar os homens entre dignos ou não. Esses elementos constituíram uma racionalidade patrimonialista e individualista, que se manteve firme por séculos e que se replicou muito além dos limites do território romano.

6 FREITAS, 2011 p. 56.

7 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o Direito Romano e o Direito Civil brasileiro*. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 168/170.

O cenário, contudo, não se manteve incólume e foi-se alterando conforme ascendiam institutos jurídicos que, gradualmente, mitigaram o caráter absoluto inicialmente conferido ao direito à propriedade. Conforme surgiam esses institutos, transformou-se a integralidade daquilo que se considerava sagrado. Antes, falava-se de propriedade a partir de interesses essencialmente individuais, respaldados pelos códigos oitocentistas. No entanto, mudanças contextuais tornaram imperioso superar a conotação egoística dada à propriedade, ao que respondeu a doutrina e, com ênfase, as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, que passaram a sugerir que a propriedade, para além de constituir direito, também obriga.

Essa profunda transformação, que fez da propriedade um direito-dever, está registrada, também, no direito brasileiro, que foi, do mesmo modo, construído a partir de pretensões patrimonialistas, em geral, pertencentes às elites, que gozavam da irrestrita proteção do Estado sobre seus bens. No entanto, seguindo a linha daquelas substanciais alterações, viu-se surgir, também no direito pátrio, a função social.

O instituto, que insere o “dever” na dinâmica do direito à propriedade, fez-se presente, implicitamente em um primeiro momento, nas Constituições de 1934 e 1937. Após, com a Constituição de 1967, falou-se expressamente em função social, nos termos do texto da Emenda nº 1 de 1969, pelo que se inscreveu na ordem constitucional o art. 157, III, que previa “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social com base nos seguintes princípios: (...) função social da propriedade”.⁸

O tratamento adequado, contudo, deu-se somente na Constituição de 1988. Nela, o constituinte imprimiu novas facetas ao não mais absoluto direito à propriedade. Isso porque o texto constitucional obriga, em disposição posta em meio ao rol de direitos fundamentais,⁹ que a propriedade atenda a sua função social. E não bastasse integrar o privilegiado rol do artigo quinto, enquanto expressa limitação a um dos

8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 24 de janeiro de 1967.

9 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

direitos lá definidos, a função social da propriedade foi também eleita como um dos princípios gerais e norteadores da ordem econômica que “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna”, consoante as previsões do art. 170, *caput* e inciso III, da Constituição. Além da previsão nos artigos 182 e 183, no capítulo sobre a política urbana, e artigos 184 a 191, sobre a política agrícola, fundiária e de reforma agrária.

Neste ponto, cite-se Carlos Frederico Marés, para quem ao se ter inscrito, no processo constituinte, “não só a função social da propriedade, mas uma política agrária consequente, a intenção dos constituintes parecia, efetivamente, condicionar o exercício do direito de propriedade aos interesses sociais. Por isso em todos os lugares em que a Constituição trata da propriedade, insere como sua irmã gêmea, a função social”.¹⁰

Já em sede infraconstitucional, há o Código Civil, que menciona a função social da propriedade no parágrafo único de seu art. 2.035 e, especialmente, no art. 1.228. Neste dispositivo, que conceitua a propriedade privada no direito brasileiro, depreende-se, muito claramente, o conteúdo da função social, embora não haja expressa menção ao termo.¹¹

Mencione-se, também, o Estatuto da Cidade, assim nomeada a Lei nº 10.257

10 MARÉS, Carlos Frederico. **Função Social da Terra**. Parte III. [SL]: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 194.

11 Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002.

de 2001, que prevê a função social da propriedade nos termos do art. 39, além de estabelecer as diretrizes para a elaboração do Plano Diretor, que, por sua vez, é o instrumento por meio do qual os Municípios brasileiros instituem, em seus territórios, as balizas que definem o (des)cumprimento da função social.

Ora, não se pode negar que a abordagem jurídica da propriedade privada sofreu alterações e que isso deu-se, sobretudo, pelo advento da função social da propriedade, que impôs novos contornos àquele antes direito absoluto, do qual gozava irrestritamente o proprietário.

O que houve foi, na verdade, uma drástica virada interpretativa, estabelecida pela ascensão de um instituto que agora impede o irrestrito e incondicionado exercício do “ter”. A doutrina adota termos variados, fala-se em propriedade funcionalizada, propriedade função, propriedade direito e propriedade direito-dever, entre outros. Interessa, todavia, mais do que os termos, a configuração dada a este direito. Trata-se de uma configuração que, muito proximamente dos contornos dados ao desenvolvimento, deixa o campo dos interesses econômicos e individuais e passa a refletir, também e em *status* de preferência, os interesses sociais e coletivos.

3. AS INCONSTITUCIONALIDADES DA PEC 80/2019

3.1 Breves notas sobre a PEC

A Proposta de Emenda Constitucional nº 80/2019, datada de maio de 2019 e que tramita hoje no Congresso Nacional, tem por objeto a alteração dos artigos 182 e 186 da Constituição Federal, que tratam da função social da propriedade urbana e da propriedade rural, respectivamente.

Há, no ponto, três importantes alterações que, se aprovadas, implicarão mudanças substanciais nas atuais concepções de propriedade e função social. A primeira modifica o art. 182 da Carta em três aspectos distintos: altera o conceito de função social e define que se cumpre o instituto quando não há ofensa a direito de terceiros e quando a propriedade atende a “ao menos uma” de três condições: parcelamento e edificação adequados, aproveitamento compatível

com sua finalidade e preservação do meio ambiente *ou* do patrimônio histórico, artístico, cultural *ou* paisagístico.¹² A segunda influi na natureza administrativa do processo de desapropriação, porque submete a declaração, pelo Poder Executivo, de descumprimento da função social à prévia autorização dos Poderes Legislativo ou Judiciário. E a terceira propõe que a indenização devida ao proprietário cujo bem se desapropria seja fixada de acordo com o valor de mercado do bem.

Em relação à propriedade rural, cuja função social se define nos termos do art. 186, da Constituição, o texto da Proposta sugere que se considere cumprida a função social quando atendidos “ao menos um” dos requisitos originalmente instituídos pelo dispositivo.¹³ Além disso, propõe inserir, no dispositivo, os mesmos termos indicados ao art. 182 quanto à desapropriação.

A justificativa do Senador proponente¹⁴ é de que é preciso “definir de forma mais precisa a função social da propriedade urbana e rural nos casos de desapropriação pelo seu descumprimento”. Nos motivos da Proposta, constam os registros da preocupação com a “relativização do direito à propriedade privada”, com “arbitrariedades, abusos ou erros de avaliação pelo Poder Público nos processos de desapropriação fundamentados na *simples justificativa* de se estar agindo em atenção ao interesse social” e, também, com o resguardo da propriedade “que é um bem sagrado” e que “deve ser protegida de injustiças”.¹⁵

Esses motivos foram reiterados pela Senadora Juíza Selma, relatora da Proposta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, no Senado Federal. No

12 Conferimos ênfase ao da expressão “ou” na condição relativa à preservação do meio ambiente e dos patrimônios histórico, cultural, artístico e paisagístico, de que se infere a possibilidade de cuidado alternativo de um *ou* outro bem.

13 No texto atual, lê-se: Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

14 Figura na autoria da proposta o Senador Flávio Bolsonaro, acompanhado de outros.

15 BRASIL. SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 80, de 2019. Altera os artigos 182 e 186 da Constituição Federal para dispor sobre a função social da propriedade urbana e rural. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7955908&-ts=1567534377880&disposition=inline>>. Acesso: jan. 2020.

relatório com voto favorável à Proposta, a Senadora consignou que “as alterações sugeridas contribuirão para evitar a recorrência e a perpetuação de injustiças”; que “o direito de propriedade é fundamental para a existência de uma sociedade aberta” e, ainda, que “os regimes totalitários, em especial o nazismo e o comunismo, que foram responsáveis pelas maiores tragédias humanas do Século XX, tinham em comum a ideia de que o Estado ou o partido hegemônico estavam acima dos interesses pessoais” (sic). Além disso, em análise da Constituição, bem pontuou que as limitações ao direito à propriedade têm origem no próprio texto constitucional e, inclusive, no mesmo dispositivo em que previsto aquele direito.¹⁶

3.2 Análise da proposta à luz do desenvolvimento e da função social

A Proposta de Emenda Constitucional nº 80, de 2019, padece de várias inconsistências de distintas naturezas. O texto ignora, por exemplo, o status fático da propriedade no Brasil, um país de concentração de terras¹⁷ e de milhões de imóveis urbanos esvaziados.¹⁸ Não é só a ignorância acerca do contexto fático nacional que macula a proposta, contudo. Há, também, diversas inconsistências jurídicas, que ignoram, sobretudo, a abordagem dada pela Constituição Federal ao direito à propriedade.

Em síntese, as justificativas apresentadas pelo proponente, bem como as razões do voto favorável emitido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, comungam uma mesma visão anacrônica e, principalmente, incompatível com as opções do Constituinte de 1988.

16 BRASIL. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DO SENADO FEDERAL. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 80, de 2019, do Senador Flávio Bolsonaro e outros, que altera os artigos 182 e 186 da Constituição Federal para dispor sobre a função social da propriedade urbana e rural. Rel.: Senadora Juíza Selma. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7977608&ts=1567534377956&disposition=inline>>. Acesso: jan. 2020.

17 FARAH, Tatiana. Concentração de terras cresce e latifúndios equivalem a quase três Estados de Sergipe. O Globo, Rio de Janeiro, 9 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/concentracao-de-terra-cresce-latifundios-equivalem-quase-tres-estados-de-sergipe-15004053>>. Acesso: jan. 2020.

18 [S/n]. Brasil tem 6,9 milhões de famílias sem casa e 6 milhões de imóveis vazios. BBC, Rio de Janeiro, 7 de maio de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/brasil-tem-69-milhoes-de-familias-sem-casa-e-6-milhoes-de-imoveis-vazios-diz-urbanista.ghtml>>. Acesso: jan. 2020.

Essas mencionadas incompatibilidades vêm sendo debatidas desde que foram trazidos a público aqueles termos. Para exemplo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), acompanhado do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU) e do Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB), emitiu nota técnica¹⁹ em que avalia as principais incongruências da PEC 80/2019 – já mencionadas neste trabalho, mas que merecem, aqui, uma análise mais detida.

As incongruências originam-se, todas, da pretensão de se alterar e “melhor definir” a função social da propriedade. Aliás, é nessa pretensão de “melhor definir” o instituto em que reside uma das inconstitucionalidades da proposta. Isso porque os arts. 182 e 183, da Constituição Federal, aliados ao art. 30, delegam aos Municípios a delimitação do conteúdo da função social da propriedade consoante os interesses locais, o que se faz pelo Plano Diretor. É esta a reflexão exarada pela OAB:

“o conteúdo da função social da propriedade e da cidade se orientam, também, pela competência municipal exclusiva em matéria de direito urbanístico expressa no art. 30, VIII, CF, que estabelece ser o município competente para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, o que caracteriza competência formal e material municipal sobre a política urbana”.²⁰

Destarte, o texto constitucional atribuiu aos Municípios a competência para definir, no Plano Diretor, o conteúdo da função social da propriedade, o que se faz com base nas necessidades locais, aferidas pelo próprio ente municipal no cumprimento de sua precípua finalidade: o bem-estar de seus habitantes. E, nessa esteira, incumbe também ao Município a competência para fiscalizar o cumprimento da função social consoante os critérios que ele próprio estabelecer. E faz-se isso pelo exercício de um dos poderes da Administração Pública: o poder de polícia.

19 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, INSTITUTO DE ARQUITETOS DO BRASIL e INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO. Nota técnica sobre a PEC 80/2019 - Retrocesso na Política Urbana Brasileira. [s/d], [s/l]. Disponível em: <<http://ibdu.org.br/api/wp-content/uploads/2019/07/Nota-T%C3%A9cnica-OAB-IAB-IBDU-PEC80-2.pdf>>. Acesso: jan. 2020.

20 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, INSTITUTO DE ARQUITETOS DO BRASIL e INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO. 2019, p. 4.

Sem surpresas, a PEC 80/2019 fere também essa prerrogativa, porque propõe que o exercício do poder de polícia, que incumbe ao Poder Executivo, condicione-se à prévia aprovação do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário nas hipóteses de desapropriação. Ocorre que se por um lado a proposta obtém respaldo em uma cultura jurídica e política de cada vez maior – e exacerbado, por vezes – controle da atividade administrativa, por outro esbarra em dois fundamentais dispositivos da Constituição: o art. 2º, que prevê a independência e harmonia entre os Poderes; e o art. 60, §4º, III, que consagra a separação de poderes cláusula pétrea da Carta.

A mencionada nota, emitida pela OAB e pelos Institutos Brasileiro de Direito Urbanístico e dos Arquitetos do Brasil, aborda, também, um terceiro aspecto sensível da proposta: aquele que premia o proprietário que age sem observar a Constituição. É isso que se infere do trecho que propõe a indenização a valor de mercado do bem desapropriado, sem, contudo, distinguir os imóveis que atendem à sua função social daqueles que a desrespeitam.

O atual art. 5º, XXIV, dispõe que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, *ressalvados os casos previstos nesta Constituição*” (grifo nosso). Vê-se, já há previsão constitucional para a justa e prévia indenização ao proprietário cujo bem for desapropriado. Mas há, também, ressalvas. No ponto, tem-se uma exceção à regra de indenização em casos de desapropriação. Na expressão “ressalvados os casos previstos nesta Constituição” o Constituinte direciona a análise aos artigos 182, §4º, 184 e 243, da Carta.²¹ Trata-se

21 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos,

das chamadas “desapropriações sanção”, ao que assim se referiram as entidades naquela nota: “Quando o constituinte ressalvou, no artigo 5º, XXIV, estes casos, eliminou a possibilidade de a indenização ser feita de forma prévia, justa e em dinheiro, pois o objetivo do constituinte foi justamente o de dar *consequência ao princípio da função social da propriedade e punir o comportamento antijurídico do proprietário*, tanto de imóveis urbanos quanto rurais”.²²

Eis porque se fala em “premiar” comportamentos antijurídicos. É que, ao indenizar proprietários que não apenas se omitem em relação ao cumprimento da função social da propriedade, mas agem, efetivamente, contra o bem-estar coletivo, estaria o Estado aquiescendo com o desrespeito ao interesse público e ao ordenamento jurídico e, mais do que isso, ofertando a esses comportamentos um reforço positivo, verdadeiro incentivo.

Mais, o texto constitucional define que cumprem a função social as propriedades urbanas que atendem às exigências de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor (art. 182, §2º, CF) e as propriedades rurais que observam, simultaneamente, os quatro requisitos dos incisos do art. 186, da Carta.²³ A PEC, contudo, propõe que, em ambos os casos, a função social da propriedade será cumprida quando o exercício do direito à propriedade não ofender direitos de terceiros e cumprir ao menos um dos requisitos dispostos. Noutras palavras, a proposta deixa à escolha do proprietário a maneira como pretende cumprir a função social da propriedade. Um cardápio

a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

22 Op. cit., 23.

23 A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

jurídico e uma flagrante inconstitucionalidade. A uma, porque, como dito, cassa a competência municipal de instituir, no Plano Diretor, os contornos da função social da propriedade. A outra, porque confere aos interesses do proprietário a prevalência sobre o interesse público e o bem-estar de todos, já que lhe dá o direito de escolher o que respeitar, bem como a possibilidade de estabelecer um *ranking* sobre os bens imateriais que protegerá do exercício arbitrário de seu direito.²⁴

Mas, mais do que isso, toda a Proposta pretende reduzir o conteúdo da função social da propriedade, contrariando aquilo que o Constituinte pretendeu ao, como disse Carlos Marés,²⁵ instituir a função social como “irmã gêmea” do direito à propriedade. E, nessa linha, contraria toda a política de desenvolvimento urbano eleita pela Constituição e se pauta em uma leitura anacrônica do direito à propriedade – que, há mais de um século, já não é mais absoluto, nem tampouco sagrado. Não fosse isso o suficiente, quando pretende reduzir um instituto que é garantidor do bem-estar coletivo e que impõe limites ao exercício irresponsável e individualista de um direito, a Proposta também ignora um postulado básico da Constituição Federal, registrado no art. 60, § 4º, da Constituição, e insistentemente trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras: a proibição do retrocesso.

A proposta também foi objeto de análise perante o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Paraná – autos nº 118.173/2019 –, de relatoria do Conselheiro Rodrigo Kanayama. Em sessão realizada no dia 04.10.2019, o Conselho Pleno da OAB/PR ratificou integralmente a Nota Técnica emitida pela Comissão de Direito à Cidade da OAB/PR e, com fundamento nos pareceres da Comissão de Estudos Constitucionais e da Comissão de Direito Agrário, concluiu pela Inconstitucionalidade da PEC nº. 80/2019, determinando remessa de cópia à Frente Parlamentar da Defesa da Advocacia da Assembleia Legislativa do Paraná, à frente Parlamentar da Advocacia na Câmara dos Deputados e ao Conselho Federal da OAB. Com fundamento no minucioso parecer elaborado pela Comissão de Direito Constitucional da OAB/PR, no Acórdão nº. 56/2019 o Conselho Pleno da OAB/PR assentou que “Os propostos

24 Repise-se: a proposta sugere que o proprietário não prejudique direito de terceiros e observe, no mínimo, um de três requisitos, dentre os quais a “preservação do meio ambiente ou do patrimônio histórico, artístico, cultural ou paisagístico”.

25 Op. cit., 13.

artigos 182, parágrafo 2º e 186, caput, na redação ofertada pela PEC 80/2019, violam o núcleo essencial do direito fundamental ao atendimento da função social da propriedade, constante no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal, e representam verdadeiro retrocesso normativo em matéria de direitos fundamentais.”

Outro aspecto de que os Senadores proponentes parecem ter esquecido – mas que, coincidentemente, foi aventado pela Relatora no Parecer da Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça: a função social da propriedade goza do mesmo *status* jurídico que o direito que ela limita, porquanto está prevista no mesmo texto constitucional e, mais do que isso, no mesmo privilegiado topograficamente artigo 5º. Não há, portanto, hierarquia entre tais institutos. Há, sim, uma coexistência harmônica e integrada, presente no direito brasileiro há quase um século e consagrada pela norma suprema deste ordenamento há mais de trinta anos.

À vista do até aqui exposto, tem-se evidente a contradição da Proposta àquilo que o constituinte definiu ser a função social da propriedade, limite explícito ao exercício do direito à propriedade e às prerrogativas do proprietário. O que os Senadores pretendem, contudo, quiçá de modo menos evidente, confronta a Constituição também em relação ao que o texto concebeu como um dos objetivos da República: o desenvolvimento nacional sustentável.

Ora, uma simples leitura da Proposta e, sobretudo, das justificativas que a acompanham demonstra que o objetivo da PEC é restabelecer a absolutez do direito à propriedade, a fim de protegê-lo de hipotéticos desmandos estatais. Os Senadores, mencionam, inclusive, o status “sagrado” do direito à propriedade.

Ocorre que isso não se sustenta à luz do desenvolvimento nacional sustentável porque, em primeiro lugar, o instituto não reconhece o caráter individualista que marca o texto da PEC. Já que, como visto, o desenvolvimento sustentável tem por característica a *multidimensionalidade*, que faz do desenvolvimento preocupado com as questões éticas, ambientais, sociais, jurídicas e políticas – o que a função social da propriedade bem observa, diga-se. Por isso, o atual contexto constitucional, de onde emerge esse postulado, não autoriza a sobreposição dos interesses individuais do proprietário aos interesses coletivos e a bens tão caros quanto, por exemplo, meio

ambiente e o patrimônio histórico e cultural – dos quais o proprietário, segundo a Proposta, poderá escolher o que merece ser preservado.

Vale dizer, ademais, que admitir a PEC 80/2019 faria-nos incorrer em desrespeito direto aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, aos quais se obrigou o Brasil, e, essencialmente, ao 11º objetivo, que pretende cidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis.²⁶

E, finalmente, o desenvolvimento sustentável, repise-se, não exclui o crescimento econômico, mas, ao contrário, faz dele aliado à sustentabilidade a fim de possibilitar que esta e as futuras gerações vivam com dignidade e bem-estar. Destarte, as pretensões postas na PEC 80/2019 são, além de despiciendas, um erro interpretativo, porquanto a Constituição Federal sobrelevou a função social sem jamais deixar de assegurar o direito à propriedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988 instituiu-se como um marco no direito brasileiro, tanto porque encerrou um período de ausência de democracia e de quaisquer liberdades individuais, quanto porque se consagrou como uma das Constituições mais avançadas do mundo.

E assim se consagrou porque assegura, ao longo de seus 250 artigos, uma série de garantias e de limites ao exercício arbitrário e desmesurado do poder estatal, mas, também, dos próprios direitos e garantias fundamentais lá previstos. Exemplo disto é a função social da propriedade, objeto desta análise, que, prevista no art. 5º, limita o exercício do direito à propriedade, a fim de compatibilizá-lo com interesses maiores do que aqueles classicamente atribuídos aos proprietários.

Como dito, a construção desse instituto deu-se, justamente, a partir de alterações contextuais que obrigaram os ordenamentos jurídicos à reflexão acerca da coexistência entre os direitos dos particulares e as necessidades coletivas. A partir

26 Vide a Agenda 2030, disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>.

disso, o caráter absoluto dado ao direito à propriedade foi gradualmente mitigado, até que lhe foi atribuída uma nova dimensão: a do dever.

Assim é que, no direito atual, fala-se não de um direito à propriedade, mas de um direito-dever, porquanto o status de proprietário implica mais do que usar, gozar e dispor da coisa (art. 1.228, caput, Código Civil), mas usar, gozar e dispor da coisa ao tempo em que se observam as necessidades coletivas – incluídas, aí, a proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural e das finalidades sociais e econômicas da propriedade.

É este o espírito do direito brasileiro, presente na Constituição Federal e espreado pela legislação infraconstitucional. E é este o espírito que a PEC 80/2019 pretende modificar, para, com base em concepções atrasadas em no mínimo um século, retomar o caráter absoluto do direito à propriedade e as prerrogativas irrestritas de que gozavam os proprietários antes do advento da função social – uma intenção que a Proposta não esconde, vide as menções ao caráter “sagrado” da propriedade.

Ocorre que nenhuma das justificativas dos Senadores, nem tampouco as alterações propostas na PEC, se sustentam se analisadas à luz do texto constitucional. Sobretudo, se cotejadas com o que o Constituinte elegeu como função social da propriedade e, mais ainda, como desenvolvimento nacional sustentável.

É o que se depreende da análise aqui realizada: a PEC 80/2019 não resiste aos limites constitucionais, porque conflita com uma construção jurídica que, só no Brasil, data de quase um século.

Sabe-se, além disso, que a Constituição Federal é o freio e o parâmetro para quaisquer alterações normativas, inclusive as relativas ao seu próprio texto. Nessa linha, a mitigação da função social da propriedade esbarra, em primeiro lugar, na cláusula da proibição do retrocesso social – porque é certo que as necessidades coletivas asseguradas pela função social sofreriam com os impactos advindos de um regramento que retira do proprietário o dever de observá-las. Do mesmo modo, a política de desenvolvimento urbano e a competência dos Municípios para definir os critérios de cumprimento da função social – que, hoje, atentam às circunstâncias locais – também seriam afetadas.

Além disso, a PEC conflitua com o que o Constituinte elegeu objetivo fundamental da República: o desenvolvimento nacional sustentável. E, viu-se, ainda que o texto constitucional não faça expressa menção ao termo tal como aqui descrito, não há como se conceber outra forma de desenvolvimento senão aquela que se coaduna com a sustentabilidade. Fazê-lo significaria ignorar uma cultura jurídica internacional à qual se vinculou o Brasil – inclusive no que diz respeito aos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Destarte, não há como conceber o advento da PEC 80/2019, ao menos não nos atuais moldes constitucionais. Admitir a incorporação dos termos da proposta ao corpo da Constituição significaria admitir a alteração de toda a construção constitucional acerca da função social da propriedade, bem como do desenvolvimento sustentável – que se efetiva, também, neste tema, quando cumprida a função social.

Ora, em síntese, os resultados alcançados com esta pesquisa convergem, todos, na inconstitucionalidade daquela Proposta. Não há, nem na exposição de motivos, nem nas alterações que buscam a rotunda mitigação da função social da propriedade, quaisquer traços que dialoguem com o que prevê a Constituição, com o que esperava o Constituinte e com o que há décadas se construiu e se constrói ainda hoje no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 24 de janeiro de 1967.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 80, de 2019**. Altera os artigos 182 e 186 da Constituição Federal para dispor sobre a função social

da propriedade urbana e rural. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7955908&ts=1567534377880&disposition=inline>>. Acesso: jan. 2020.

BRASIL. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DO SENADO FEDERAL. Sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 80, de 2019, do Senador Flávio Bolsonaro e outros, que altera os artigos 182 e 186 da Constituição Federal para dispor sobre a função social da propriedade urbana e rural. Rel.: Senadora Juíza Selma. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7977608&ts=1567534377956&disposition=inline>>. Acesso: jan. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: o Direito Romano e o Direito Civil brasileiro**. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 168/170.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KOZICKI, K. e GIAMBERARDINO, P. R. Entre a ideologia proprietária e as alternativas para a efetividade do direito à moradia. In: KOZICKI, K. [et. al.] [org.]. **Espaços e suas ocupações: debates sobre a moradia e a propriedade no Brasil Contemporâneo**. Campinas: Russel Editores, 2010.

MARÉS, Carlos Frederico. **Função Social da Terra**. Parte III. [SL]: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, INSTITUTO DE ARQUITETOS DO BRASIL e INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO. Nota técnica sobre a PEC 80/2019 - Retrocesso na Política Urbana Brasileira. [s/d], [s/l]. Disponível em: <<http://ibdu.org.br/api/wp-content/uploads/2019/07/Nota-T%C3%A9cnica-OAB-IAB-IBDU-PEC80-2.pdf>>. Acesso: jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência da ONU sobre o meio ambiente**. 1972. Disponível em: <www.dhnet.org.br>. Acesso: janeiro de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the World Commission on Environment and Development. Our Common Future**. 1987.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

DESMATERIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL: O GOVERNO FEDERAL¹

ANA CRISTINA AGUILAR VIANA

Doutoranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná com pesquisa na Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Mestrado em Políticas Públicas na Universidade Federal do Paraná. Advogada, professora e pesquisadora. Bolsista Capes-Print. E-mail: anacristina_av@hotmail.com

BÁRBARA MENDONÇA BERTOTTI

Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Vice-presidenta do Instituto Política por.de.para mulheres. E-mail: barbarabmmab@gmail.com



1. INTRODUÇÃO

Spotify, Uber, Netflix. Palavras conhecidas nem há uma década,² mas cujo impacto na sociedade é profundo. Diversas tecnologias surgiram com o advento da transformação digital, os quais permitem um rápido acesso a diversas comodidades como um cardápio musical e audiovisual instantâneo. Ou, a possibilidade de por um aplicativo escolher um veículo que o leve para algum lugar. Esses serviços, que ingressaram de modo natural no cotidiano das pessoas, tornaram obsoletos outros até então prestados no mundo analógico; finalmente, eles tumultuam os sistemas econômicos, políticos, jurídicos e sociais.

Trata-se de uma pequena demonstração dos efeitos da quarta revolução industrial, cujas marcas mais relevantes são a profundidade e velocidade. Como diz Klaus Schwab, a revolução está modificando não apenas o que e como fazemos as coisas, mas também quem somos.³ A transformação digital, contudo, não modifica

-
- 1 Esse trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.
 - 2 Esse artigo foi escrito em março de 2020.
 - 3 SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

apenas as atividades realizadas por entidades privadas.

A Administração Pública também tem se utilizado das novas tecnologias para implementar em suas atividades, como modo de aperfeiçoar a prestação de seus serviços. Isso mostra que se está passando da prestação material de um serviço para uma prestação desmaterializada de serviços públicos. O governo brasileiro instituiu em 2016 uma política de Governança Digital em que busca se adequar à transformação digital, bem como promover a prestação de serviços públicos pelo meio digital.

Diante disso, o propósito do presente trabalho é identificar o processo de desmaterialização dos serviços públicos federais no Brasil. A metodologia empregada pelo ensaio é o exame de estudos e dados oficiais apresentados pelo governo, estudo doutrinário, bem como avaliação lógica-dedutiva dos dados colhidos. Para tanto, inicialmente busca-se examinar quais são as características da transformação digital perante a Administração Pública, a fim de compreender suas características, quais são suas fases e etapas.

Em seguida, revisita-se a noção de serviço público, com o propósito de identificar quais atividades e comodidades prestadas pelo Estado são consideradas serviços públicos. Numa terceira parte, examina-se a Estratégia de Governança Digital no Brasil, enfatizando nos serviços prestados. Para, finalmente, analisar em que etapa da transformação digital se encontra a Administração Pública Federal e se as atividades ali elencadas se tratam de serviço público e auxiliam na concretização das promessas de uma administração digital.

2. GOVERNO DIGITAL E DESMATERIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

No âmbito governamental, a aplicação das tecnologias da informação – TIC ao funcionamento do setor público é definido como *Governo Digital*. As Nações Unidas esclarecem que as TIC são instrumentos que podem promover o envolvimento dos cidadãos nos processos de tomada de decisões, além de destacar a sua relevância na concretização dos nortes estabelecidos na Agenda do Desenvolvimento Sustentável

para 2030.⁴ Sob uma perspectiva positiva,⁵ considera-se que o uso de instrumentos digitais pelos governos corresponde a um modo de se reduzir as desigualdades sociais.⁶ Entende-se, ainda, que esse *novel* modelo de governança pode contribuir para um incremento dos processos democráticos, inclusive em democracias parlamentares.⁷ Logo, a ideia de governo aberto/digital relaciona-se à democracia e ao desenvolvimento.

Os governos abertos podem ser considerados sementes de uma revolução na administração pública, cujos impactos já começam a ser sentidos nas suas vias estruturais, as quais foram desenhadas ainda quando do advento do Estado de Direito. Ou seja, a revolução digital permite que o Estado implemente projetos para melhorar seus procedimentos através da desmaterialização.⁸ Se a otimização dos processos internos da administração suportados pela desmaterialização possibilitar a melhoria de seu próprio funcionamento, também poderá ter, mais ou menos diretamente, em última análise, um impacto no serviço prestado aos usuários.

A doutrina aponta para uma tecnologia inclusiva, promovida em atenção às necessidades sociais que podem impulsionar e transformar a tecnologia e inovação e diminuir as assimetrias nelas existentes.⁹ A abertura dos governos e das administrações estabelecerá uma dinâmica que dará substância à noção de “governança

-
- 4 UNITED NATIONS. E-government survey 2016: e-government in support of sustainable development. Disponível em: <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN96407.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2020.
 - 5 Existem autores que apontam de maneira negativa para o advento das novas tecnologias. Sobre: HELBING, Dirk. **The Automation of Society is Next**. How to Survive the Digital Revolution. Preprint version v0, 2015.
 - 6 UNITED NATIONS. E-Government Survey 2018. Disponível em: <http://inova.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/E-Government-Survey-2018_FINAL-for-web.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.
 - 7 BOUHADANA, Irene; GILLES, William. **De l'esprit des gouvernements ouverts**. Disponível em: <<http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/187/308>>. Acesso em: 23 mar. 2020.
 - 8 CAQUE, Simon. Les incidences de la dématérialisation des procédures sur le service rendu aux usagers. In: IDEST, Rapport 2018 sur l'état de la Francophonie numérique. Disponível em: <<https://www.francophonie.org/sites/default/files/2019-09/rapport-2018-etat-francophonie-numerique.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2020.
 - 9 CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017.

aberta”, cujas aplicações práticas concernirão à sociedade digital.¹⁰ Assim, são três as premissas da digitalização da administração pública: a eficiência, a transparência e a participação.

De fato, uma administração que seja mais eficaz e mais eficiente é capaz de gerar espaço de manobra para responder com mais atenção às diversas solicitações dos cidadãos.¹¹ Além de otimizar o próprio funcionamento da administração, a desmaterialização de procedimentos também atesta o desejo de melhor levar em conta a evolução dos usos e expectativas dos cidadãos no que diz respeito à crescente informatização das relações que a administração mantém com o público. Essa desmaterialização não apenas melhora a transparência, mas também tende a simplificar a vida dos usuários.¹²

Na administração digital, a participação é considerada um pré-requisito da sociedade da quarta revolução industrial.¹³ Com efeito, a participação dos cidadãos é a sustentabilidade do governo aberto, correspondendo na base questões relacionadas às políticas que giram em torno dela, constituindo cidadania ativa um elo vital entre transparência e responsabilidade.¹⁴ Tal perspectiva amplia quantitativamente e qualitativamente os espaços para debate entre os sujeitos no meio de ambientes digitais, incrementando a experiência democrática.¹⁵

Todavia, as Nações Unidas apontam para níveis de digitalização dos governos. Um primeiro momento em que dados são apresentados. Um segundo, em que serviços são prestados. O terceiro momento corresponde na interação entre o governo e o cidadão. Finalmente é que a digitalização corresponde na efetiva decisão

10 BOUHADANA; GILLES, op. cit.

11 CAQUE, 2019.

12 Idem.

13 HELBING, Dirk, et al. Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence? In: **Scientific American**. Disponível em: <<https://www.scientificamerican.com/article/will-democracy-survive-big-data-and-artificial-intelligence/>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

14 ECHEN, Diego. Los procesos de participación ciudadana en la construcción, ejecución y control de políticas públicas. Disponível em: <<http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/296/477>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

15 BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks**: how social production transform markets and freedom. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 212-272.

e conexão entre cidadãos e governo.

Figura 1. Fases do processo do governo digital



Fonte: autoras, 2020.

Assim, é possível observar o desenvolvimento do governo digital de um país, com a desmaterialização dos serviços públicos, por meio da identificação de qual etapa determinado serviço é prestado. A fase inicial corresponde na disponibilização de páginas da internet; a segunda fase corresponde em teleprocedimentos e em serviços prestados online (que podem ir desde a uma prestação mais simples, como indicações de como se deslocar até um determinado departamento, passando por possibilidade de cadastro inicial, a impressão de boletos, até a completa prestação do serviço de modo desmaterializado).

Após essa conversão, haverá uma reengenharia dos processos e procedimentos administrativos, para, enfim, chegar-se à administração digital e ao governo aberto.¹⁶ Vale também lembrar que o processo de participação também tem seu nível de profundidade. Desde um momento inicial de prestação de informação pelo Estado, e de consulta em que a atuação é passiva, passando pela possibilidade de participar se manifestando, chegando finalmente no processo decisório.

16 Diana Carolina assevera que “*el desafío para la administración pública es modificar comportamientos, cultura y hábitos laborales, buscando mejorar el servicio público. Esto requiere la participación activa de todos los funcionarios públicos, en todos los niveles, para evaluar si existen nuevas y mejores formas de realizar las actividades administrativas, mediante trabajo coordinado y en equipo, utilizando las nuevas tecnologías disponibles*”. VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. El Gobierno electrónico como elemento de inclusión y participación en el Estado colombiano. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 39-65, set./dez. 2016, p. 50.

3. SERVIÇOS PÚBLICOS: CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Em que pese a relevância do tema “serviços públicos” para o ordenamento jurídico brasileiro, este prescindia de uma definição legal até o advento da Lei nº 13.460/2017 (conhecida como Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos).¹⁷ Nessa ausência, a doutrina então veio “suprir” esta lacuna. Seguem algumas definições.

Para Alexandre Santos de Aragão, “serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”.¹⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello define serviço público como “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”.¹⁹

Sobre o tema, o autor lançou obra específica, revisando seu conceito nos seguintes termos: “serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no

17 Sobre o tema conferir: SCHIER, Adriana Ricardo da Costa; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. Os direitos dos usuários de serviços públicos: uma análise da Lei nº 13.460/17 e de seus preceitos. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 58, p. 113-130, dez. 2019.

18 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128; 157-161.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 670-672.

serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular”.²⁰

Para Dinorá 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 seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”.²¹

Já para Adriana Schier, “a atividade estatal denominado serviço público consiste no oferecimento, aos cidadãos, de utilidades ou comodidades materiais, que o Estado assume, por serem reputadas imprescindíveis ao atendimento de conveniências básicas da sociedade, em determinado contexto histórico-social, definido como instrumento que viabiliza o acesso aos direitos fundamentais”.²²

Marçal Justen Filho acredita que serviço público se caracteriza como um conceito reflexo dos objetivos fundamentais exteriorizados por uma determinada comunidade. “Deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade, inclusive no tocante à função e ao papel que a própria comunidade reserva para si própria. (...) Como instrumento desses fins, organiza-se o poder político e se atribuem poderes jurídicos. A partir daí, configuram-se os serviços públicos, meio de realização de alguns dos fins últimos do Estado”.²³

No âmbito constitucional, embora não haja uma definição, podem-se traçar alguns parâmetros. O serviço público deve ser prestado pelo Poder Público (artigo 175 da Constituição), e não pelo particular, que só pode prestá-lo por delegação

20 Idem. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 81.

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

22 SCHIER, Adriana Costa Ricardo. **Serviço Público: Garantia Fundamental e Cláusula da Proibição do Retrocesso Social**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 71.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 35.

(concessão ou permissão ou, em alguns casos, autorização). Ou seja, o protagonista da prestação é o Estado e a iniciativa privada só pode praticá-la por delegação.²⁴

A Lei nº 13.460/2017 trouxe uma definição, e em seu artigo 2º, inciso II, define serviço público como sendo “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”.

Tal definição é trazida, segundo o *caput* do artigo 2º, *para os fins da Lei*, que são: a proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos – que é pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, o serviço – prestados direta ou indiretamente pela administração pública.²⁵

Ao se analisar esta definição legal, conclui-se que se trata de um conceito amplo de serviço público, ao designá-lo como “qualquer atividade administrativa”. Observa-se um retorno ao conceito de serviço público sociológico adotado pela Escola de Bordeaux,²⁶ rompendo-se com a doutrina administrativista que identifica o serviço público como uma espécie de atividade administrativa, especialmente qualificada como atividade prestacional, subordinada a um regime jurídico específico. A lei engloba, ainda, como serviço público a atividade de prestação de serviços, o que tem sido considerado de forma unânime como serviço público, e o fornecimento de bens.²⁷

A adoção deste conceito amplo é criticada, ao abranger atividades submetidas

24 GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 209-250, abr./jun. 2017, p. 219.

25 Artigo 1º, *caput* da Lei.

26 Léon Duguit, o fundador de tal Escola, também denominada Escola do Serviço Público, considerava tal atividade como o fundamento e o limite do poder governamental. Segundo ele, a atuação do Estado se dá em prol das necessidades coletivas, que são definidas pela sociedade. Portanto, ao tratar o serviço público como o fundamento de legitimidade de toda a atuação estatal acabava por utilizar tal categoria para catalogar todas as atividades desempenhadas pelo Poder Público.

27 Sobre a interpretação do conceito de serviço público trazido pela Lei nº 13.460, Thiago Marrara afirma que “ a definição legal evidencia que o Código abarca serviços públicos sociais ou econômicos consistentes na oferta de uma prestação (como os serviços educacionais, de tratamento de saúde, de assistência social ou jurídica) ou na entrega de um bem (como os serviços de fornecimento de água, de alimentos, de medicamentos) ao usuário, pessoa física ou jurídica. Mas não é só isso. O artigo 2º, inciso II ainda menciona a expressão “atividade administrativa” certamente

a regramentos bastante diversos. Nesse conceito, o fomento, por exemplo, passaria a ser entendido como serviço público.

Dentro da complexidade que envolve a temática dos serviços públicos, é certo que as TIC se tornaram essenciais à sociedade globalizada. Dentro disso, novos direitos fundamentais foram consolidados, como o direito de acesso à informação de qualidade, por exemplo. Como instrumento de concretização de direitos fundamentais, o serviço público passa então a englobar categorias de prestações desmaterializadas. Assim, algumas definições doutrinárias devem ser modificadas de modo a se adequarem à nova realidade e contemplarem, para além das “prestações materiais” as “prestações imateriais”.

4. DESMATERIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL: O GOVERNO FEDERAL

No Brasil, a Estratégia de Governança Digital (EGD) foi elaborada em 2015, e em 2016 foi instituída a Política de Governança Digital. O propósito é promover o uso pelo setor público de recursos de tecnologia da informação para melhorar a disponibilização de informação, incentivar a participação da sociedade no processo de tomar de decisão e aprimorar o nível de transparência e efetividade do governo federal (artigo 2º, III, do Decreto nº 8.638/2016).²⁸

A EGD estabeleceu nove princípios²⁹ para governança digital, com dez objetivos

no intuito de incluir na definição legal os chamados *serviços públicos administrativos*, que desempenham função complementar ou de suporte a um serviço público principal (como os serviços de creche, de alimentação ou de apoio psicossocial prestados por universidades públicas a seus discentes ou os serviços de arquivamento ou processamento de dados prestados por certos órgãos públicos a outros)”. MARRARA, Thiago. O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/2017): seis parâmetros de aplicabilidade. **Direito do Estado**, online, ano 2018, n. 383. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/o-codigo-de-defesa-do-usuario-de-servicos-publicos-lei-n-13460-2017-seis-parametros-de-aplicabilidade>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

28 BRASIL, Gov. BR. Estratégia de Governança digital. Disponível em: <<https://www.gov.br/governo-digital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/estrategia-de-governanca-digital>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

29 Constituem princípios para a Governança Digital, o foco nas necessidades da sociedade, a abertura e transparência, o compartilhamento da capacidade de serviço, o compartilhamento de dados; a simplicidade; a priorização de serviços públicos disponibilizados em meio digital, a segurança e

em três eixos distintos: acesso à informação, prestação de serviços e participação social. A transformação digital do governo corresponde no principal objetivo da estratégia de governança digital.³⁰ Segundo a página Governo Digital, os números da transformação digital no Brasil são os seguintes (março de 2020): prestação de 1.836 serviços digitais prestados para o cidadão na página <portal.gov.br>; e 1,7 bilhões de reais em economia estimada no ano de 2019.

A prestação de serviços públicos federais é centralizada na Plataforma Cidadania Digital, que traz acesso aos cidadãos de serviços públicos digitais, instituída por meio do Decreto nº 8.936/2016. A plataforma é composta por um portal de serviços do Governo Federal, sendo o canal oficial. Ainda trata de mecanismo de acesso digital único ao usuário de serviços públicos, podendo, ainda, realizar e acompanhar seus serviços públicos. Neles estão incluídos um portal de serviço para ser um canal de comunicação do cidadão com pedidos e prestação de serviços públicos.³¹

A EGD define serviço público como “ação dos órgãos e das entidades da administração pública federal para atender, direta ou indiretamente, às demandas da sociedade relativas a exercício de direito ou a cumprimento de dever”, e serviço público digital como “serviço público cuja prestação ocorra por meio eletrônico, sem a necessidade de atendimento presencial”.³²

Estudo do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Brasil, utilizou o Índice de Desenvolvimento de Governo Eletrônico (EGDI) realizado pelas Nações Unidas, para o fim de avaliar a prestação de serviços públicos digitais, revelando que o Brasil se encontra na 51ª posição. O referido índice avalia a capacidade dos governos nacionais no uso das Tecnologias da Informação que consiste numa média entre a abrangência e qualidade do serviço online, o estado de desenvolvimento e

privacidade, a participação e controle social, o governo como plataforma e a inovação.

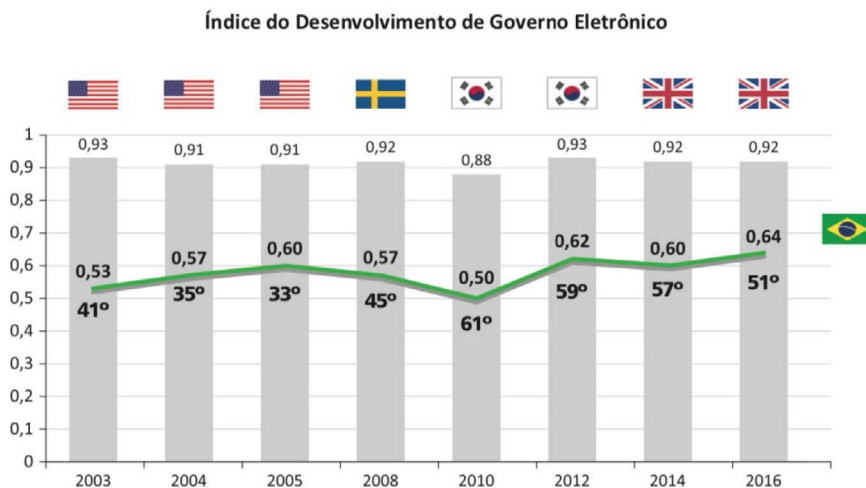
30 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação. Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo. Brasília: MP, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/revisaodaestrategiadegovernancadigital20162019.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

31 Idem.

32 Idem.

infraestrutura de telecomunicações e capital humano. O Estudo ainda menciona que no que tange ao índice de serviços online o Brasil ocupa a 38ª colocação.³³

Figura 2 – Desempenho do Brasil em relação ao líder mundial no EGDÍ



Fonte: Estratégia de Governança Digital.

O estudo ainda aponta para o objetivo de ampliar a oferta e aprimorar os serviços públicos por meio da transformação digital, consolidando a plataforma cidadania digital, buscando centralizar os serviços em um mesmo canal; ainda, que todos os serviços públicos federais sejam disponibilizados pelo menos a sua solicitação ou agendamento online. Busca-se, ainda, promover um painel de monitoramento dos serviços públicos prestados e ainda promover a um sistema de autenticação única a ser disponibilizada para pessoas físicas e jurídicas.³⁴

Ou seja, há claramente a observação de necessidade de melhoria na prestação de serviços públicos online pelo próprio governo. Em janeiro de 2020, o Governo informou a ampliação da prestação de serviços públicos no formato digital. São metas do governo aumentar a prestação de serviços, bem como a pretensão de unificar canais digitais que devem migrar para a página gov.br.³⁵ Segundo a página gov.br, em

33 BRASIL, 2018.

34 Idem.

35 BRASIL. Governo Federal irá ampliar prestação de serviços públicos em formato digital. Disponível

2019 foram transformados 515 serviços pelo governo federal em digitais, entre eles, o certificado internacional de vacinação, a carteira de trabalho digital, a carteira digital de trânsito e mais de 70 serviços do INSS.

Examinando tais serviços, observa-se que o certificado internacional de vacinação para ser adquirido tem como primeira etapa a vacinação feita pela pessoa, que deve se deslocar até um local de atendimento público ou privado. Após a vacinação é que o processo se inicia de modo digital, podendo, ao fim, escolher se imprime o certificado ou busca presencialmente.³⁶

No que tange à Carteira Digital de Trânsito, ela é ofertada por um aplicativo, em que há a opção de gerenciamento de documentos.³⁷ A CDT tem validade em todo o Brasil nos mesmos moldes da Carteira de Habilitação (CNH). Para tanto, o usuário do serviço deve instalar no celular o aplicativo da CDT, fazer o seu cadastro, adicionar na página a CNH, que será validado por uma validação facial. Ou seja, embora existam comodidades do serviço prestado, ela não exclui ainda a necessidade de realização de serviço físico que corresponde na Carteira Nacional de Habilitação. Não se atingiu, aqui, portanto, o nível indicado de conversão digital.

A página possui uma lista de serviços digitais que são disponibilizados, bem como uma divisão por entidade federal.³⁸ Assim, encontra-se uma divisão composta pelas entidades federais, como autarquias, agências reguladoras, fundações e todos os serviços ofertados digitalmente por cada uma delas. Na Advocacia-Geral da União, por exemplo, é possível solicitar negociação online para prevenir ou encerrar litígios contra a União. Pelas etapas dispostas na página é possível concluir que, se o processo não tiver ainda sido judicializado, a única situação que demandaria uma atividade

em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/01/governo-federal-ira-ampliar-prestacao-de-servicos-publicos-em-formato-digital>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

36 BRASIL. Tirar o Certificado Internacional de Vacinação e Profilaxia. (CIVP). Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-o-certificado-internacional-de-vacinacao-e-profilaxia>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

37 BRASIL. Nova CDT - Carteira Digital de Trânsito. Disponível em: <<https://servicos.serpro.gov.br/carteira-digital/>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

38 BRASIL. Serviços Digitais 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/lista-servicos-digitais/servicos-digitais-2019>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

física é o deslocamento para assinatura em conjunto.³⁹

Por sua vez, a certificação para ministrar curso de transporte aéreo de artigos perigosos (CHE), concedida pela agência nacional de aviação civil (ANAC), depende de uma avaliação a ser realizada presencialmente.⁴⁰ Em síntese, o que se nota é uma atuação do governo federal e das suas entidades correlatas (entidades da União) em buscar a implementação de serviços digitais. Muitos deles ainda se encontram em estágios iniciais de digitalização. Mostra-se, de todo modo, uma atenção à transformação digital.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A digitalização da administração já está modificando a relação entre o Estado e sociedade, que transmuda gradualmente de um ambiente físico para uma janela digital, o que se dará por meio de um governo integrado, onde os serviços são prestados de modo online diretamente para os cidadãos. É a desmaterialização. Com isso, a doutrina que antes correlacionava serviço público à prestação material deve revisitar o conceito de modo a contemplar este novo meio de prestação de direitos fundamentais.

Como se nota, a maioria dos serviços sugeridos como disponíveis online encontram-se em uma etapa do processo de transformação digital em que se possibilita obter algumas comodidades, mas, a maioria não exclui algum procedimento físico. Tal é necessário e importante na avaliação da qualidade da prestação desses serviços e da efetiva desmaterialização. Isso porque, apenas com uma substancial desmaterialização dos serviços é que haverá a possibilidade de se atingir os níveis mais profundos da transformação digital, concedendo-se não apenas o acesso, mas sim, implicando na participação efetiva dos cidadãos.

39 BRASIL. Solicitar negociação online para prevenir ou encerrar litígios (judiciais e extrajudiciais) contra a União. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-negociacao-online-para-prevenir-ou-encerrar-litigios-judiciais-e-extrajudiciais-contra-a-uniao>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

40 BRASIL. Obter certificação para ministrar curso de transporte aéreo de artigos perigosos. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/lista-servicos-digitais/servicos-digitais-2019>>. Acesso: 13 mar. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: how social production transform markets and freedom**. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

BOUHADANA, Irene; GILLES, William. **De l'esprit des gouvernements ouverts**. Disponível em: <<http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/187/308>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. Gov. BR. Estratégia de Governança digital. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/estrategia-de-governanca-digital>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Governo Federal irá ampliar prestação de serviços públicos em formato digital. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/01/governo-federal-ira-ampliar-prestacao-de-servicos-publicos-em-formato-digital>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação. Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo. Brasília: MP, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/revisaodaestrategiadegovernancadigital20162019.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Nova CDT - Carteira Digital de Trânsito. Disponível em: <<https://servicos.serpro.gov.br/carteira-digital/>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Obter certificação para ministrar curso de transporte aéreo de artigos perigosos. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/lista-servicos-digitais/servicos-digitais-2019>>. Acesso: 13 mar. 2020.

_____. Serviços Digitais 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/lista-servicos-digitais/servicos-digitais-2019>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Solicitar negociação online para prevenir ou encerrar litígios (judiciais e extrajudiciais) contra a União. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-negociacao-online-para-prevenir-ou-encerrar-litigios-judiciais-e-extrajudiciais-contra-a-uniao>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Tirar o Certificado Internacional de Vacinação e Profilaxia. (CIVP). Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-o-certificado-internacional-de-vacao-e-profilaxia>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CAQUE, Simon. Les incidences de la dématérialisation des procédures sur le service rendu aux usagers. In: IDEST, Rapport 2018 sur l'état de la Francophonie numérique. Disponível em: <<https://www.francophonie.org/sites/default/files/2019-09/rapport-2018-etat-francophonie-numerique.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017.

ECHEN, Diego. Los procesos de participación ciudadana en la construcción, ejecución y control de políticas públicas. Disponível em: <<http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/296/477>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 209-250, abr./jun. 2017.

GROTTI, Dinorá. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HELBING, Dirk. **The Automation of Society is Next**. How to Survive the Digital Revolution. Preprint version v0, 2015.

HELBING, Dirk, et al. Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence? In: **Scientific American**. Disponível em: <<https://www.scientificamerican.com/article/will-democracy-survive-big-data-and-artificial-intelligence/>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MARRARA, Thiago. O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/2017): seis parâmetros de aplicabilidade. **Direito do Estado**, online, ano 2018, n. 383. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/o-codigo-de-defesa-do-usuario-de-servicos-publicos-lei-n-13460-2017-seis-parametros-de-aplicabilidade>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

SCHIER, Adriana Costa Ricardo. **Serviço Público: Garantia Fundamental e Cláusula da Proibição do Retrocesso Social**. Curitiba: Íthala, 2016.

_____; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. Os direitos dos usuários de serviços públicos: uma análise da Lei nº 13.460/17 e de seus preceitos. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 58, p. 113-130, dez. 2019.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

UNITED NATIONS. E-government survey 2016: e-government in support of sustainable development. Disponível em: <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN96407.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. E-Government Survey 2018. Disponível em: <http://inova.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/E-Government-Survey-2018_FINAL-for-web.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. El Gobierno electrónico como elemento de inclusión y participación en el Estado colombiano. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 39-65, set./dez. 2016.

OS APRIMORAMENTOS TRAZIDOS PELOS ARTIGOS 22 E 28 DA LINDB AO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

BRUNO GOFMAN

Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP. Advogado.

PAULO VINICIUS LIEBL FERNANDES

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Advogado.



1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 catalisou inúmeras inovações no Direito Administrativo, tendo expandido o campo de atuação dos Poderes Públicos ao atribuir-lhes funções complexas que antes não faziam parte do seu cotidiano.¹ A expansão do escopo de atuação estatal demandou do legislador ordinário a criação de novos órgãos, processos e instrumentos que fossem aptos a operacionalizar estas novas atribuições estatais, ocasionando, com isso, um intenso movimento de ampliação e fragmentação da legislação administrativa.²

O incremento no âmbito de atuação do Poder Público também ensejou a ampliação das formas de controle exercidas sobre a atividade administrativa. Sob o mote de que quanto maior o controle, maior a lisura pública, o constituinte criou novas instituições de controle e remodelou a estrutura de instituições já existentes, tais como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, conferindo-lhes maiores competências

1 Nesse sentido, Marcos Augusto Perez destaca que o constituinte retomou a agenda de reforma administrativa iniciada na década de 50 do século passado e interrompida com a ruptura democrática de 1964, a qual tinha como objetivos: (i) ampliar as funções socioeconômicas do Estado; e (ii) ampliar os mecanismos republicanos de controle da Administração. (PEREZ, Marcos Augusto. Governança Democrática e Fragmentação do Direito Administrativo. In: Wald, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Guimarães (orgs). **O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 854).

2 Loc. cit. p. 92.

fiscalizatórias e sancionatórias.³

Já o legislador ordinário contribuiu com o agigantamento dos sistemas de controle sobre a Administração Pública ao se valer de conceitos jurídicos indeterminados e de normas-princípio para tipificar condutas ilícitas e para estabelecer as competências das instituições de controle, o que permitiu que estas, pela via interpretativa, expandissem o seu espectro de atuação e dispusessem de maior discricionariedade para avaliar as condutas enquadráveis nos tipos infracionais.⁴

Criou-se, com isso, um quadro normativo e institucional composto por uma legislação administrativa fortemente fragmentada, repleta de enunciados normativos indeterminados, e por uma expansão das instituições de controle externo, fatores que propiciaram a instauração de um ambiente de profunda insegurança jurídica na interpretação e aplicação das normas de direito público. Para driblar este cenário, o legislador ordinário editou a Lei nº 13.655/18, diploma normativo que incorporou dez artigos ao Decreto-Lei nº 4.657/1942, que instituiu a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

O principal objetivo da Lei nº 13.655/18 é conferir uma maior segurança jurídica às relações travadas no âmbito da Administração Pública, impondo deveres aos operadores jurídicos de imprimir maior estabilidade, transparência e fundamentação na aplicação das normas de direito público. Busca-se, com isso, neutralizar práticas decisórias empregadas nas esferas administrativa, controladora e judicial que geram conflitos e, por consequência, focos de insegurança no desenvolvimento da gestão pública.

Especificamente com relação ao controle externo da Administração Pública

3 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-22.

4 Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma, “a legislação de controle estrutura-se na tríade ‘principiologia – sanção – prerrogativas. A principiológica legitima a conferência de prerrogativas de controle à instituição que goza de boa reputação, inexoravelmente a instituição de controle, valendo-se da sanção caso alguma irregularidade seja apurada. (...) Os preceitos legais são marcadamente indeterminados e, por decorrência, significativa esfera de discricionariedade é atribuída ao legislador” (Ibid., p. 22).

(esfera controladora e judicial), os dispositivos acrescidos à LINDB são importantes não tanto por trazerem grandes inovações, mas principalmente por reiterarem deveres de motivação e darem fim a controvérsias interpretativas que promoviam insegurança jurídica e deixavam o gestor público muitas vezes a mercê do entendimento do controlador. Diante disso, o presente ensaio se propõe a examinar os reflexos positivos trazidos pelos artigos 22 e 28 da LINDB ao exercício do controle externo da Administração Pública.

2. O ART. 22 DA LINDB E A CONTEXTUALIZAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO COMO MEIO DE PROTEÇÃO AO AGENTE PÚBLICO HONESTO E DILIGENTE

O projeto que deu origem à Lei nº 13.655/18 identificou que as esferas controladora e judicial têm aplicado o Direito Administrativo sem se atentar para as circunstâncias materiais e factuais existentes no contexto onde foi exarada a decisão controlada.⁵ Desconsiderava-se o fato de que a gestão pública é uma atividade complexa que se depara diuturnamente com dificuldades práticas como a escassez de recursos públicos ou o contingente de pessoal insuficiente ou pouco qualificado.

Essa prática gera distorções e problemáticas no exercício do controle da atividade administrativa, afinal os órgãos de controle, ao desconsiderarem a realidade muitas vezes penosa que circunda o gestor público, tendem a realizar uma interpretação das normas incidentes no caso concreto como se o ente controlado estivesse imerso em um cenário perfeito, onde não houvesse circunstâncias que limitassem ou condicionassem sua conduta.

5 Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas: “os controladores levaram adiante processos administrativos sancionadores, com base nos seus próprios juízos a propósito da adequação das condutas de administradores públicos e dos particulares. Juízos que, em razão da morosidade própria à burocracia, são formados sempre retrospectivamente, muitas vezes, anos após a conduta. O distanciamento temporal, contudo, turva a avaliação, propicia o seu enviesamento. Oblitera circunstâncias que não podem ser desconsideradas pelos órgãos de controle”. (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. **Conjur**. Publicado em: 25 jul. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinioao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 09 de mai. 2020).

Como resultado, o gestor público honesto e diligente que, diante dos obstáculos ou dificuldades impostos à sua gestão, adota uma medida criativa ou inovadora que soluciona adequadamente o problema concreto enfrentado pela Administração Pública, mas que diverge das orientações gerais exaradas pelos órgãos de controle, é taxado de ímprobo ou de corrupto. Para superar essa anomalia, o legislador inseriu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro o art. 22, que vincula regras em seu *caput* e nos seus três parágrafos que exigem das autoridades decisórias a contextualização na interpretação do direito, na anulação de atos administrativos, na aplicação de sanções e na responsabilização dos agentes públicos.⁶

O *caput* do artigo prescreve que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. O dispositivo, como bem destaca Eduardo Jordão, consagra o primado da realidade, o qual consiste no dever de o controlador considerar a realidade fática existente no momento da prática do ato controlado e, a partir dela, interpretar as normas de gestão pública.⁷

É cediço que o processo de aplicação do Direito que culmina na tomada de uma decisão exige da autoridade competente a interpretação dos enunciados legais que incidem sobre o caso concreto. Foi-se o tempo em que a atividade administrativa resumia-se à aplicação da lei de ofício. Na atualidade, diante de uma legislação administrativa excessivamente fragmentada e principiológica, o gestor público e os agentes de controle se veem impelidos a interpretar enunciados normativos vagos e a extrair deles o comando que regerá o caso concreto.

Ocorre que a interpretação e aplicação destes dispositivos de baixa densidade normativa é uma das tarefas mais complexas em razão da pluralidade de comandos normativos admitidos pelos enunciados abstratos. A abertura hermenêutica destes valores jurídicos indeterminados confere à autoridade estatal uma margem de

6 JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. Especial, p. 64-89, 2018, p. 69.

7 *Ibid.*, p. 70.

discricionariedade para escolher, dentre uma pluralidade de interpretações válidas, aquela que lhe parece ser a mais adequada para disciplinar o caso concreto. Nessa realidade, o gestor público assume a posição de primeira autoridade estatal a interpretar as normas de direito público, cabendo a ele eleger, dentre o universo de interpretações válidas, o comando normativo que aparente ser o mais apropriado para reger o caso concreto.⁸

No processo de interpretação e aplicação do Direito são vários os fatores que podem influenciar os operadores jurídicos. Segundo Juliana Bonacorsi de Palma “a tomada de decisão é marcadamente afetada por uma série de variáveis que caracterizam o funcionamento institucional em que se aloca a autoridade competente”.⁹ Dentre essas variáveis estão as condições materiais e factuais presentes no contexto onde o processo de interpretação da norma jurídica e aplicação do seu comando normativo foi realizado.

O gestor público, na condição de primeira autoridade estatal a se debruçar sobre o caso concreto, promove a sua interpretação das normas de gestão pública com os olhos voltados para a realidade fática que o circunda, objetivando extrair do preceito legal o comando normativo que mais bem se amolda às peculiaridades existentes no seu contexto.

Por sua vez, os controladores, no momento de interpretarem as normas de direito público para avaliar a retidão da conduta ou do ato exarado pelo gestor público, não podem considerar o contexto ao qual estão inseridos, mas sim os elementos que nortearam a prática do ato controlado. Caso não haja essa contextualização, muito provavelmente o controlador encontrará interpretação distinta daquela que embasou a decisão do gestor público, incompatibilidade que pode fundamentar a invalidação da decisão controlada e a penalização do gestor público honesto.

8 MARQUES NETO; PALMA, 2017, p. 33.

9 PALMA, Juliana Bonacorsi de. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2020, p. 9.

O propósito do *caput* do art. 22 é justamente forçar os controladores a apreciarem as normas de direito público levando em consideração as dificuldades e obstáculos existentes no contexto da Administração Pública. Esse dever de contextualização, no entanto, não significa que os órgãos de controle terão que obrigatoriamente acatar a interpretação empregada pelo gestor público no caso concreto. Caberá ao controlador verificar, em primeiro lugar, se as dificuldades relatadas pelo gestor ocorreram de fato e, em caso positivo, ponderar se os obstáculos eram relevantes para justificar a interpretação empregada.

Como bem aponta Eduardo Jordão “a lei, afinal, não criou um salvo conduto para o gestor, a quem bastaria mencionar dificuldades para ver-se livre do controle sobre os seus atos”.¹⁰ Mesmo que o gestor público relate a existência de dificuldades reais no contexto que norteou a prática do ato ou da conduta examinados, ainda assim o controlador deverá analisá-las a fim de verificar se eram suficientemente robustas para legitimar a interpretação das normas empregada no caso concreto.

Ademais, o art. 22 da LINDB não autoriza a flexibilização de exigências dispostas em enunciados normativos, muito menos que o gestor público descumpra deliberadamente comandos legais. O que o dispositivo demanda é que o controlador promova uma interpretação global do direito aplicável ao caso concreto, de maneira que todos os elementos relevantes sejam levados em consideração.

Sobre este aspecto, Eduardo Jordão aduz que “as circunstâncias fáticas limitadoras da atuação do agente passarão a compor a hipótese fática complexa cuja regulação será identificada pelo controlador no direito”.¹¹ Se os obstáculos ou dificuldades existentes forem relevantes, podem alterar a hipótese fática e, por consequência, afastar a subsunção de uma determinada norma de direito público que qualificava a ação controlada como ilícita. Contudo, isso será possível apenas quando existirem, no contexto fático onde a ação foi praticada, alguma condição material ou factual que legitime a não subsunção daquela norma ao caso concreto.

10 JORDÃO, 2018, p. 74.

11 *Ibid.*, p. 80.

Alexandre Santos de Aragão lança mão de um exemplo que é bastante útil para ilustrar a forma como os aspectos contextuais podem interferir na subsunção da norma à hipótese fática.¹² Imaginemos uma situação em que uma ponte de vital importância para as atividades econômicas de uma região teve a sua construção realizada de modo equivocado por empresa com a qual a Administração já rescindiu o contrato. Diante dessa realidade emergencial, o gestor público consegue convencer a empresa responsável pela construção da estrada que circunda a ponta a assumir a responsabilidade pela execução dos necessários reparos, em troca de eventuais direitos de ressarcimento titularizados pela Administração em face da primeira empresa.

Os mais afoitos já apontariam que o ato do gestor público afrontou o dever de licitar disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal. De fato, em uma leitura fria do dispositivo constitucional e da Lei de Licitações, poder-se-ia chegar à conclusão de que a Administração Pública tinha que ter aberto um novo procedimento licitatório e aportado mais recursos na execução dos reparos da ponte. Porém, ao inserirmos na hipótese fática os aspectos factuais (necessidade urgente de liberação da ponte e desoneração da Administração Pública em custear com recursos públicos disponíveis os reparos da ponte), pode-se chegar à conclusão de que as circunstâncias fáticas justificam a interpretação de que o art. 37, XXI, da Constituição Federal e as disposições da Lei nº 8.666/93 não se aplicam àquela situação fática.

Como se vê, o *caput* do art. 22 da LINDB exige tão somente que o administrador público e os seus controladores interpretem as normas de direito público de forma inteligente, buscando adequá-las às peculiaridades do caso concreto de forma a extrair o comando normativo que melhor atenda os objetivos públicos em jogo. Ele não blinda ou isenta o administrador público negligente ou corrupto que se apoie nas circunstâncias fáticas para adotar uma medida sem qualquer respaldo normativo ou para descumprir deliberadamente as suas obrigações.

O dispositivo da LINDB tão somente impõe aos órgãos de controle que levem em conta os obstáculos e dificuldades incidentes sobre o agente tomador da decisão

12 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Artigo 21. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança Jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 20-21.

no processo de interpretação das normas incidentes sobre o caso concreto, o que conferirá uma maior proteção àquele agente público diligente e bem intencionado que simplesmente buscou adotar a interpretação que lhe pareceu a mais pertinente para o caso concreto.

O dever de contextualização previsto no *caput* do art. 22 é ainda complementado pela norma cristalizada no parágrafo primeiro do novel dispositivo da LINDB, a qual prescreve que “em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Trata-se de preceito legal que exige a contextualização não mais no processo de interpretação como faz o *caput* do art. 22, mas na análise da culpabilidade do gestor público diante da constatação de uma irregularidade.

O dispositivo em questão incide em um momento no qual o órgão de controle já concluiu o seu juízo cognitivo sobre a regularidade da conduta empregada ou sobre a validade do ato, contrato ou processo administrativo controlado, e a necessidade agora é verificar se a atuação do gestor público justifica a sua reprimenda. Ordena-se que, na avaliação da culpabilidade do gestor público, a esfera controladora e judicial leve em conta as circunstâncias práticas que tenham limitado ou constrangido a conduta do gestor público e que, em última análise, podem explicar o porquê da adoção da conduta considerada irregular ou da edição do ato, contrato ou ajuste invalidado.

É verdade que em algumas decisões que se debruçavam sobre o exame da regularidade da conduta do agente público, os órgãos de controle consideraram as circunstâncias práticas que constrangeram ou limitaram a conduta do gestor público para afastar a sua penalização. É o caso, por exemplo, do Acórdão nº 839/11 – Plenário, no qual o TCU decidiu por não sancionar a fiscal do contrato em razão de ter constatado nos autos que ela não contava com condições adequadas de trabalho que lhe permitissem exercer adequadamente todas as suas atribuições.¹³

13 Tal conclusão pode ser extraída do seguinte trecho do Acórdão: “Entendo ser possível elidir a responsabilidade da recorrente Cremilda Barbosa de Oliveira e concordo com a Unidade Técnica quando esta assevera que seria desproporcional lhe condenar por conduta negligente quando ficou provado que não tinha condições adequadas de trabalho, mesmo porque, ainda que tivesse sido

No entanto, não é incomum nos depararmos com decisões que responsabilizam controladores internos ou gestores de contratos que não tinham ao seu dispor as condições necessárias para desempenharem adequadamente as suas funções. Da mesma forma, há decisões da esfera controladora e judicial que penalizam o gestor público pelo simples fato de ter participação da elaboração de ato, contrato ou processo administrativo considerado inválido, ignorando a possibilidade de existirem circunstâncias práticas que possam ter imposto a edição do ato tido como irregular.

Assim, a norma obtida do parágrafo primeiro do art. 22 da LINDB tem como finalidade exigir que os entes controladores, após atestarem uma irregularidade ou a invalidade, considerem as circunstâncias práticas que possivelmente tenham imposto, limitado ou condicionado a conduta do agente público para avaliar a sua eventual culpabilidade. É o que apontam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas ao sustentarem que o parágrafo primeiro do art. 22 “sofistica a teoria das nulidades dos atos administrativos, especialmente no que respeita a responsabilização dos agentes públicos envolvidos”, pois visa “evitar que o agente público, que exerce regularmente o seu *mister*, seja sancionado pura e simplesmente por ter participado de um ato que vier a ser declarado nulo”.¹⁴

Dessa forma, temos que a previsão legal cristalizada no parágrafo único do art. 22 da LINDB robustece o âmbito de proteção dos agentes públicos honestos, pois na hipótese dos órgãos de controle atestarem a existência de uma irregularidade ou decretarem a invalidade de um ato administrativo, o dispositivo exige que se avalie na motivação de decisão: (i) se existem circunstâncias práticas que tenham imposto, limitado ou condicionado a atuação do agente e, em caso afirmativo; (ii) pondere se elas constituem elementos que justificam o afastamento da responsabilidade do agente público que praticou a conduta irregular ou participou da formação do ato inválido.

Essa exigência legal, se bem aplicada, possibilitará que os órgãos de controle diferenciem o agente público diligente que procura agir, exarar o ato ou tomar decisão

mais diligente do que foi, seria humanamente impossível fiscalizar todas as turmas em questão”. (TCU – Acórdão nº 839/2011 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 06 abr. 2011).

que lhe pareça, diante das condicionantes práticas, a mais adequada para o caso concreto, do agente público ímprobo ou corrupto que exerce as suas funções com a intenção de gerar benefícios indevidos para si ou para terceiros.

Por fim, os parágrafos segundo e terceiro também preveem a aplicação do dever de contextualização, mas agora na fase de fixação das sanções administrativas.¹⁵ O parágrafo segundo do dispositivo analisado prescreve que “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes do agente”.

Nota-se que o enunciado normativo elenca um rol de aspectos que deverão ser considerados pela autoridade decisória no momento de estipular a penalidade a ser imposta: (i) danos para a administração; (ii) agravantes; (iii) atenuantes; e (iv) antecedentes do agente. Não se trata de mera sugestão dirigida às esferas controladora e judicial, mas de verdadeiro dever de se analisar cada um destes aspectos na motivação da decisão que penaliza o agente implicado.

Não por outra razão que Eduardo Jordão é categórico ao afirmar que “não será suficiente que estas circunstâncias sejam consideradas ‘implicitamente’; devem vir expressas na motivação do ato sancionador.”¹⁶ O dispositivo da LINDB tem um impacto relevante na aplicação das sanções dispostas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), na medida em que o juízo responsável pela ação de improbidade administrativa deverá levar em consideração todos os pontos elencados no §2º do artigo 22 para então definir quais as sanções serão impostas ao agente público.

O quadro de elementos que devem compor a dosimetria das sanções administrativas é complementado pelo parágrafo terceiro do art. 22 da LINDB, o qual dispõe que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. A redação do parágrafo

15 JORDÃO, 2018, p. 84.

16 *Ibid.*, p. 85.

terceiro do dispositivo analisado incita uma discussão relativa à permissão da configuração do *bis in idem* no direito administrativo sancionador. José Carlos Berardo, por exemplo, defendeu que a norma do parágrafo terceiro teria instituído o *bis in idem* no direito brasileiro, na medida em que legitimou a situação em que os agentes públicos são penalizados por diferentes instituições de controle em razão do mesmo fato.¹⁷

Ousamos discordar parcialmente do autor, pois, no nosso entender, o parágrafo terceiro do art. 22 da LINDB não instituiu o *bis in idem* pelo simples fato da duplicidade de sanções ser uma prática atualmente impregnada no exercício do controle das atividades administrativas.¹⁸ Fruto de uma realidade marcada pela forte autonomia das instâncias de controle e pela frágil coordenação existente entre elas, a aplicação de penalidades por diferentes órgãos frente a um mesmo fato é uma realidade inafastável.¹⁹

Diante deste quadro, o mérito da regra disposta no parágrafo terceiro do art. 22 está em evitar que ao agente público e aos administrados sejam impostas sanções indistintamente pelos diferentes órgãos de controle. A partir de agora, caso o agente público venha ser penalizado duas vezes pelo mesmo fato, o órgão de controle responsável pela aplicação da segunda sanção deverá obrigatoriamente considerar a sua cumulatividade com a primeira como circunstância atenuante na dosimetria.²⁰

Essa regra pode propiciar um aperfeiçoamento do sistema de controle da Administração Pública por exigir uma mínima articulação entre os diferentes sistemas de responsabilização de modo a evitar que haja sobreposição de sanções sobre o agente público. Nos casos em que o administrador público responda concomitantemente a

17 BERARDO, José Carlos. Brasil oficializou o bis in idem - todo mundo está quieto. **Conjur**. Publicado em: 20 jun. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto>>. Acesso em: 11 de mai. 2020.

18 MARQUES NETO; FREITAS, 2018.

19 Esse é o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto e de Juliana Bonacorsi de Palma, assim encontrado: “Uma das características do sistema de controle da Administração Pública é exatamente a sobreposição das instituições de controle. Diversos são os contornos da gestão pública que podem ser controlados, concomitantemente, por mais de dois controladores. (MARQUES NETO; PALMA, 2017, p. 33).

20 HENRIQUES, Diana Carolina Biseo; BORGER, Jéssica Suruagy Amaral. A aplicação de Sanções ao Agente Público à luz do art. 22, §3º, da LINDB. In: VALIATI, Thiago; HUNGARO, Luis; CASTELLA, Gabriel Morettini. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 505.

um processo no âmbito do Tribunal de Contas e integre o polo passivo de uma ação de improbidade administrativa em virtude de um mesmo fato, por exemplo, haverá a necessidade de as autoridades decisórias levarem em conta a sanção aplicada na outra esfera de responsabilização no momento da dosimetria da pena. Não poderá o juízo responsável pela ação de improbidade condenar o agente à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos se a Corte de Contas já tiver aplicado essa mesma sanção ao administrador público em momento anterior.

Assim, com base em todos os apontamentos feitos neste tópico, podemos concluir que o art. 22 da LINDB aprimora o exercício da atividade de controle externo, pois as exigências de (i) no processo de interpretação das normas de direito público, considerar os obstáculos e dificuldades relevantes existentes no contexto em que o ato analisado foi praticado; e de (ii) avaliar as circunstâncias práticas que tenham imposto, limitado ou condicionado a atuação do agente público nas decisões que analisam a regularidade de conduta ou a validade de ato cuja formação contou com a participação do agente, permitirão aos órgãos de controle distinguirem o agente público probo e diligente do agente público corrupto e mal intencionado.

Ademais, a necessidade imposta às autoridades de controle de considerarem os danos para a administração, os agravantes e os atenuantes, bem como os antecedentes do agente no momento de fixar a penalidade, robustece o dever de motivação das decisões de controle, o que propiciará a aplicação de sanções mais razoáveis e proporcionais. Por fim, a obrigação de o controlador sopesar as outras eventuais sanções aplicadas sobre o agente em decorrência do mesmo fato forçará que as instituições de controle se articulem minimamente para o fim de impedir que haja uma sobreposição de penalidades.

3. O ARTIGO 28 DA LINDB E A PROTEÇÃO AO GESTOR PÚBLICO HONESTO QUE COMETE ERRO ESCUSÁVEL

Vimos no tópico anterior que o artigo 22 da LINDB reforçou o âmbito de proteção dos agentes públicos honestos ao exigir das esferas controladora e judicial a análise do contexto que permeava o agente público no momento da edição do ato ou decisão administrativa controlados, bem como as circunstâncias práticas que condicionaram

de alguma forma a sua atuação no exame do elemento da culpabilidade. O reforço à proteção dos agentes públicos responsáveis é completado pelo artigo 28 da LINDB, o qual prevê que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Trata-se de dispositivo que especifica as balizas da responsabilização pessoal do agente público para combater um foco específico de insegurança jurídica: a ausência de proteção legal ao agente público honesto que comete erro escusável. Inseridos em um ambiente normativo marcado pelo robustecimento do controle e das formas de repressão de condutas ilícitas, os gestores públicos viram aumentar as chances de serem penalizados pelo simples fato de adotarem uma interpretação distinta daquela empregada pelos órgãos de controle, ou então por exararem ato decisório que contrariasse os parâmetros de regularidade exigidos pelas esferas controladora e judicial.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, utilizava-se da noção de administrador médio como parâmetro para avaliar a culpabilidade do gestor público, conceito extremamente indeterminado e que permitia à Corte de Contas federal penalizar os agentes públicos praticamente de forma livre e indiscriminada. Em estudo sobre o tema, Juliana Bonacorsi de Palma identificou, após a análise de 133 acórdãos do TCU, uma pluralidade de comportamentos que atenderiam ao referencial do administrador médio, situação que levou a autora a concluir que “dentre as várias métricas que o TCU se vale para responsabilizar, a do administrador médio é a mais pitoresca”.²¹

Tornou-se comum encontrar decisões das esferas controladora e judicial que responsabilizavam agentes públicos pelo simples fato de terem homologado processo licitatório eivado de irregularidade, ainda que a decisão pela homologação estivesse respaldada em pareceres técnicos e jurídicos que não atestavam qualquer vicissitude no certame. Ou mesmo situações nas quais as autoridades administrativas eram penalizadas com base na *culpa in vigilando*, a qual era configurada a partir da simples identificação de irregularidade praticada por subordinado, sem que houvesse

21 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o ‘administrador médio’ do TCU. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

a preocupação em se demonstrar a ocorrência de falha por parte do agente público no dever de supervisão.

Todo esse cenário marcado pela indeterminação dos parâmetros de responsabilização pessoal dos agentes públicos gerou uma situação de insegurança jurídica que contribuiu para o surgimento de um ambiente de paralisia decisória, no qual o gestor público, temendo ser responsabilizado por suas decisões, opta por não decidir ou, quando o faz, evita adotar medidas inovadoras que fujam da rotina administrativa ou contrariem os entendimentos dos órgãos de controle.²²

Além disso, a falta de parâmetros sólidos da responsabilização pessoal permitia a ocorrência de uma equiparação indevida entre os agentes públicos responsáveis e diligentes que, embora decidissem respaldados em opinativos técnicos e em planejamento adequado, cometiam erros escusáveis, e os agentes públicos que praticavam atos maculados por dolo ou má-fé, afinal ambos eram penalizados de forma idêntica pelas esferas controladora e judicial. Não havia, em suma, um aparato normativo que tutelasse o gestor público bem-intencionado e diligente.

O artigo 28 da LINDB veio com o propósito de superar essas máculas por meio do robustecimento do âmbito de proteção do gestor público que, baseado nas informações técnicas e jurídicas obtidas a partir de um planejamento consistente, tem a pretensão de adotar as medidas que lhe pareçam as mais condicentes com uma boa administração pública, mas tem receio de ser penalizado.²³

Gustavo Binbenojm e André Cyrino destacam que a noção de erro está relacionada à “falsa percepção da realidade (fática e jurídica), a qual se desdobra na prática de ato que não corresponderia à vontade de alguém caso este conhecesse a verdade”.²⁴ O que significa dizer que o erro ocorre naquelas situações em que o agente comete um equívoco, isto é, adota uma determinada conduta sem saber que

22 MARQUES NETO; PALMA, 2017, p. 32.

23 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. Especial, p. 202-222, 2018, p. 206.

24 *Ibid.*, p. 211.

ela causará um efeito diferente do pretendido.

O grande mérito do artigo 28 da LINDB está em tolerar o cometimento de erros escusáveis por parte do agente público. Isso, por um lado, cria um ambiente propício para o experimentalismo na Administração Pública,²⁵ no qual o gestor público, seguro de que eventuais erros escusáveis na aplicação da medida inovadora não acarretarão a sua responsabilização, terá plena liberdade para escolher as medidas que efetivamente lhe pareçam ser as mais adequadas para resolver os problemas concretos enfrentados pela Administração Pública.

E, por outro, induz que as instâncias controladora e judicial passem a se preocupar apenas com as condutas ou com os atos administrativos efetivamente graves que sejam praticados mediante dolo ou que estejam maculados por erro grosseiro. O dispositivo não acoberta a desídia, o descuido e as más gestões dos agentes públicos.²⁶ Pelo contrário, o art. 28 da LINDB protege aquele gestor público que, por intermédio de uma adequada processualização, decide implementar solução que aparente ser a mais correta para o caso concreto. Os eventuais erros decorrentes de ações empregadas por aqueles gestores imprudentes, que atuam sem respaldo de um consistente planejamento ou descompromissados com os seus deveres funcionais, serão classificados como erros grosseiros, o que ensejará a responsabilização.

Da mesma forma, o art. 28 da LINDB não inviabiliza a penalização de condutas negligentes, imprudentes e imperitas. Isso porque o erro passível de ensejar a responsabilização depende da existência do elemento subjetivo da culpa grave. Explica-se: os equívocos inescusáveis só ocorrem quando o agente público age de maneira negligente, imprudente ou imperita com efetiva gravidade. Se o gestor público decide respaldado em um planejamento consistente, ele estará atuando de modo prudente e os eventuais erros decorrentes da sua decisão só poderão ser classificados como

25 Essa é a opinião de Juliana Bonacorsi de Palma para quem: “a tutela do gestor público honesto viabiliza o experimentalismo na Administração Pública”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. A Proposta de Lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2020, p. 13).

26 BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 214.

escusáveis. Diferente da situação do gestor que negligentemente aplica legislação revogada ou decide de modo contrário às informações presentes no processo administrativo. Nessas hipóteses, haverá a presença de erros inescusáveis que só ocorreram em razão da culpa grave da autoridade estatal.

Há uma evidente aproximação entre o conceito de erro grosseiro e a noção clássica da culpa grave pois, ao elencar o erro grosseiro como parâmetro para a responsabilização pessoal, o legislador limitou as hipóteses de penalização aos casos em que fica demonstrado que o erro cometido pelo gestor decorreu da sua culpa grave. Esse entendimento foi encampado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2.391/2018, no qual o Plenário assentou que: “o erro grosseiro decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.”²⁷ Em sentido semelhante, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no Acórdão nº 2188/18 – Segunda Câmara, conceituou o erro grosseiro como culpa grave ao afirmar que a responsabilização da gestora pública no caso analisado decorreria do fato dela ter agido “no mínimo, de maneira severamente negligente, ou seja, com culpa grave, traduzida, nos termos do art. 28 da já citada Lei nº 16.655/18, em erro grosseiro.”²⁸

A compreensão do erro grosseiro como sinônimo de culpa grave acabou sendo confirmada pelo Decreto Federal nº 9.830/2019, diploma que regulamentou os dispositivos inseridos na LINDB pela Lei nº 13.655/18. De acordo com a norma disposta no seu artigo 12, §1º, o erro grosseiro é aquele erro “manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Sedimenta-se, com isso, a premissa de que, sem a demonstração de que a conduta tida como irregular foi praticada com dolo ou erro inescusável, resultante de culpa grave, não há como promover a responsabilização do agente público, ainda que a sua decisão ou opinião técnica tenha ocasionado um resultado danoso à Administração Pública.

Hipóteses de responsabilização fundadas apenas no fato de o agente público

27 TCU – Acórdão nº 2391/2018 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 17 out. 2018.

28 TCE/PR – Acórdão nº 2188/18 – Segunda Câmara, Rel. Cons. Ivens Zschoerper Linhares, j. 15 ago. 2018.

ter homologado certame eivado de irregularidade não identificada anteriormente ou na associação automática entre irregularidade do subordinado, falha na supervisão e *culpa in vigilando* não se mostram mais possíveis por não se coadunarem com a parametrização realizada pelo artigo 28 da LINDB. A responsabilização pessoal só recairá sobre aqueles gestores públicos que, após a análise dos elementos constantes nos autos, ficar demonstrado que agiram mediante dolo ou culpa grave.

Na realidade, o artigo 28 da LINDB referendou os parâmetros de responsabilização pessoal dos agentes públicos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos de improbidade administrativa. De acordo com o entendimento sedimentado da Corte de Justiça, a responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa somente ocorre nos casos em que ficar comprovada a presença dos elementos subjetivos do dolo ou da culpa grave.²⁹ Com o novel diploma, sepulta-se qualquer discussão sobre a existência de improbidade na modalidade culposa, sendo apenas admitida a responsabilização por ato de improbidade do gestor público que, dolosamente ou por culpa grave, pratique uma das condutas tipificadas na Lei nº 8.429/92.

O que se vê, portanto, é que o artigo 28 da LINDB remodelou os parâmetros de responsabilização do agente público para o fim de autorizá-la apenas nos casos em que ficar evidenciada a ocorrência de dolo ou culpa grave na melhor acepção de erro grosseiro. Com isso, o dispositivo promoveu um aperfeiçoamento no exercício do controle externo da Administração Pública ao conferir às esferas controladora e judicial elementos que as permitirão distinguir o gestor público honesto e diligente que, munido de estudos prévios e das melhores intenções, comete um erro escusável, daquele agente público descompromissado ou mal-intencionado que exerce as funções administrativas com o intuito de atender outros interesses que não o público.

A partir disso, nos termos do artigo 28 da LINDB, a primeira classe de agentes públicos deve ser isentada de qualquer espécie de responsabilização pessoal, ainda

29 Citamos, como exemplo, os seguintes acórdãos: AgInt no Resp nº 1.582.128/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 17.11.2017, Dje 23.11.2017; AgRg no AResp nº 77.103/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 01.10.2013, Dje 24.03.2014; AgInt no AResp nº 413.498/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª Turma, j. 02.12.2009, Dje 28.03.2010.

que o seu ato ou conduta tenha ensejado alguma irregularidade, ao passo que a segunda espécie fica sujeita à incidência do regime jurídico punitivo da Administração Pública.

4. CONCLUSÃO

No presente ensaio nos propusemos a identificar alguns possíveis aperfeiçoamentos que os artigos 22 e 28 trazem para o exercício do controle externo da Administração Pública. Viu-se que ambos os dispositivos nascem com a pretensão de robustecer o âmbito de proteção dos agentes públicos honestos. O artigo 22 consagra o dever de contextualização tanto no momento da interpretação das normas de direito público incidentes sobre o caso concreto, quanto no exame da culpabilidade do gestor público.

As autoridades controladora e judicial passam a ter a obrigação de apreciar as normas de direito público levando em consideração as dificuldades e obstáculos existentes no momento da tomada da decisão controlada, devendo verificar se estas circunstâncias práticas justificavam a interpretação empregada. Também devem avaliar, na motivação da decisão, se as condicionantes práticas existentes no caso concreto são suficientemente fortes para evidenciar a ausência do elemento da culpabilidade na conduta do agente que cometeu uma irregularidade ou participou da formação de ato administrativo declarado inválido.

Estas exigências permitem aos órgãos de controle identificar o agente público que, diante dificuldades práticas que condicionam o seu comportamento, interpreta e aplica as normas de direito público da forma que lhe pareça ser mais adequada para solucionar o caso concreto, e distingui-lo do agente público mal-intencionado que se apoia nos obstáculos fáticos para descumprir ou seus deveres funcionais ou para tomar decisão contrária ao interesse público. A partir desta distinção, os órgãos de controle poderão isentar de responsabilidade o gestor público honesto e penalizar somente os mal-intencionados.

O direcionamento do regime jurídico punitivo da Administração Pública aos agentes públicos ímprobos e descompromissados é complementado pelo artigo 28

da LINDB. Ao estabelecer como balizas da responsabilização pessoal do agente público os elementos do dolo e do erro grosseiro, o dispositivo definiu que o cometimento de erros escusáveis pelo gestor público não enseja a sua penalização. A partir disso, a responsabilização pessoal no âmbito do controle externo fica adstrita aos gestores que comprovadamente cometerem irregulares mediante dolo ou culpa grave.

Isto demonstra que os artigos 22 e 28 da LINDB aperfeiçoaram o exercício do controle externo da Administração Pública ao, em primeiro lugar, exigirem das esferas controladora e judicial a análise das consequências práticas e a comprovação da existência de dolo ou culpa grave, deveres que lhes permitirão distinguir o gestor público honesto e diligente do agente público descompromissado ou corrupto, e, em segundo lugar, restringir a responsabilização pessoal a esta segunda espécie de gestor.

Por fim, os parágrafos segundo e terceiro do artigo 22 da LINDB, ao elencarem um rol de requisitos a serem analisados na dosimetria e demandar das esferas controladora e judicial que considerem as penas aplicadas por outras esferas de controle em virtude do mesmo fato, robustecem o dever de motivação das decisões sancionadoras e exigem uma maior articulação e cooperação entre os órgãos de controle, fatos que invariavelmente promoverão um aprimoramento de todo o sistema de controle externo da Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Artigo 21. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança Jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BERARDO, José Carlos. Brasil oficializou o bis in idem - todo mundo está quieto. **Conjur**. Publicado em: 20 jun. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto>>.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. Especial, p. 202-222, 2018.

HENRIQUES, Diana Carolina Biseo; BORGER, Jéssica Suruagy Amaral. A aplicação

de Sanções ao Agente Público à luz do art. 22, §3º, da LINDB. In: VALIATI, Thiago; HUNGARO, Luis; CASTELLA, Gabriel Morettini. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. Especial, p. 64-89, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____ ; FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. **Conjur**. Publicado em: 25 jul. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>> .

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>> .

_____. Quem é o 'administrador médio' do TCU. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinio-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>> .

PEREZ, Marcos Augusto. Governança Democrática e Fragmentação do Direito Administrativo. In: Wald, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Guimarães (orgs). **O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017.

A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL: NOVOS PARÂMETROS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CAROLINA FERREIRA OLSEN

Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Bolsista CAPES/PROSUP. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Integrante do corpo editorial da Revista Direitos Fundamentais e Democracia (Qualis A1).
Bacharela em Direito pela Universidade do Contestado.

MARIA CRISTINA CRUZ LIMA

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do UniBrasil (2020), possui MBA em Gestão Estratégica de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (2011), bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil (2017) e bacharelado em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional - NUPECONST, na área de Direito Administrativo e do Grupo de Estudos Direito Administrativo e Estado Sustentável. Economista e advogada.



1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal da República, em 1988, foi possível reconhecer a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, que detém o papel de assegurar um amplo catálogo de direitos fundamentais. O Poder Público, reconhecendo sua incapacidade em desempenhar exclusivamente seus deveres, mediante a prestação direta de serviços públicos, deve lançar mão das ferramentas que lhe estão à disposição para a realização do interesse público, concretizando o estabelecido no Texto Maior.¹ De tal maneira, caberá à Administração Pública o oferecimento de condições para a assegurar as necessidades individuais e coletivas, no intuito de fazer valer os princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal.

1 FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 60, p. 13-24, abr. 2010, p. 14.

Sob a análise da constitucionalização do direito, compreendendo seus reflexos nas funções da Administração Pública, a atividade de fomento deve ser encarada como mecanismo auxiliar do das funções impostas ao Estado, sob a perspectiva constitucional.²

Para compreensão do artigo, a opção foi pela divisão se deu em três tópicos principais: o primeiro, onde se buscará introduzir a ideia de constitucionalização do direito, sua evolução e características atuais; o segundo, onde se relacionará o mesmo ao Direito Administrativo, buscando fazer analisar seus reflexos à Administração Pública; e por fim, a apresentação da atividade de fomento, no que concerne às suas premissas e previsões constitucionais.

A conclusão esperada para os capítulos está vinculada exatamente a esta relação constitucionalização do direito e a atividade de fomento, especificamente quanto ao dever constitucional em fomentar.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO GARANTIDA NO MODELO DE ESTADO ADOTADO NO BRASIL

A noção de constitucionalização do direito teve origem nos Estados Unidos (rule of law), na qual a preservação de regras jurídicas fundamentais seria obrigatória, agindo como limitadores do poder do Estado. Com o passar do tempo, o constitucionalismo absorveu características mais expressivas, limitando o governo, subordinado a normas jurídico-constitucionais. A partir de então, a Constituição passou a indicar o “dever-ser” e, para tanto, é protegida por meios complexos de alteração. Seus princípios comprometem “as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo”.³

No Brasil, o processo de constitucionalização se deu após a independência de Portugal (com a Constituição de 1824), momento em que se institui o Estado soberano:

2 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**. Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019, p. 64.

3 CHUEIRI, Vera; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. **Revista Direito GV**. São Paulo. P. 159-174 – jan./jun 2010, p. 166.

[...] cujo quadro de referência as Constituições são percebidas como atos de fundação de uma dada comunidade concreta que se decide associar politicamente em torno do projeto de construção de um Estado de Direito, fundado no reconhecimento da liberdade e da igualdade entre os homens, bem como na organização jurídica do poder soberano.⁴

Esta Constituição, executada com base no regime monárquico e imperial, bem como a Constituição seguinte, de 1891, baseada no individualismo liberal-conservador, onde as maneiras de representação excetuavam a participação popular, o controle político e econômico da nação se encontrava concentrado nas oligarquias agroexportadoras. Este cenário continuou na Constituição de 1934, ainda que esta versasse sobre determinados direitos sociais e econômicos. As Constituições seguintes (de 1937, 1946, 1967) esboçavam um “constitucionalismo formal de base não democrática, que desconsiderava a realidade multicultural e a diversidade enquanto formadora da realidade jurídico-social”.⁵

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, reconheceu-se a necessidade de ajuste do modelo político e jurídico brasileiro, com fundamento na democracia no Estado de Direito, na dignidade da pessoa humana, na valorização dos direitos fundamentais. Com ela, foram criados instrumentos de proteção da força normativa que asseguravam a adequada compreensão do Texto Maior.⁶ Assim, a Constituição de 1988 foi responsável por rupturas, adentrando em rumos ainda não explorados, de identidade sociocultural, vinculadas às origens brasileiras. No entanto, ela manteve o perfil republicano liberal-individualista, dando início a um constitucionalismo “de tipo pluralista e multicultural”.⁷

4 MOREIRA, Paula. O constitucionalismo da falta no Brasil. **A&C – R. de Dir. Adm.** Const. Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 93-105, out./dez. 2017, p. 94.

5 NORONHA, Maiara dos Santos; FERREIRA, Rafael Fonseca. A constituição brasileira de 1988 como precursora do “novo” constitucionalismo latino-americano no âmbito descolonial. CAOYILLA, Maria Aparecida Lucca; RENK, Arlene (Org.) **Pluralismo Jurídico, Constitucionalismo Latino-Americano, Buen Vivir e os Direitos da Natureza**. III Congresso Internacional. Volume 2, ebook, São Leopoldo: Karywa, 2018, p. 57.

6 SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão**. 2009. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/234>>; Acesso em: 10 jun. 2019, p. 145.

7 NORONHA; FERREIRA, op. cit.

Desta forma, o Texto Maior explicita o dever, bem como a aplicabilidade, face às demais normas que compõe o ordenamento jurídico. Ainda que de maneira limitada, ela detém de uma força própria, que ordena as ações do Estado.⁸ Ou seja, é possível afirmar que exerce função de superioridade frente ao ordenamento jurídico, em razão de sua essencialidade à condição humana.

Foi através da Constituição de 1988 que se passou a desfrutar não apenas da supremacia formal, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. No recorte do presente artigo, a constitucionalização do direito está relacionada a uma condição abrangente das normas constitucionais, que se irradia em todo ordenamento jurídico, repercutindo sobre as ações dos três Poderes, assim como as relações com os particulares. A constitucionalização do direito teve como antecedentes o movimento de aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional.⁹

Ressalte-se, ademais, que a transformadora Lei Maior instituiu o Estado Democrático de Direito, superando o conceito de Estado Democrático e o de Estado de Direito, na medida em que seu funcionamento ultrapassa a junção dessas duas condições, incorporando um componente revolucionário de alteração do seu modo de agir.¹⁰ Sobre isto, o artigo 1º do Texto Maior se sobressai, sustentando que a República Federativa do Brasil se constitui em efetivamente em um Estado Democrático de Direito.

Com fulcro na soberania popular, o Estado Democrático de Direito detém a necessidade de instrumentalizar meios de apuração e efetivação da vontade popular, assegurando a democracia participativa, representativa, pluralista e livre. Deve também concretizar a realização desta democracia, além da política social, econômica

8 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

9 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 32.

10 SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **R. Dir. adm.**, Rio de Janeiro, 173: 15-34 jul/set. 1988, p. 46.

e cultural, assim como a promoção da justiça social. Trata-se de um Estado dotado de uma constituição legítima, com aparência suprema e vinculante de todos os seus poderes e atos, transparecendo os valores da sociedade, baseado no princípio da igualdade, da legalidade e da segurança jurídica. Este contexto deve estar obrigatoriamente inserido em um cenário de órgãos judiciais independentes.¹¹

De tal modo, é possível identificar uma relevante produção teórica no cenário nacional, desde a promulgação da Constituição e o advento de uma doutrina jurídica vinculada ao ideal de construção de um Estado Democrático de Direito, admitindo o direito como um espaço de luta e um como instrumento de emancipação. Tem-se que a Constituição de 1988 estabelece um programa a ser seguido pelos governos, vinculada a uma concepção do modelo de Estado Democrático de Direito, que objetiva a concretização da dignidade da pessoa humana. Definiu, ainda, a estrutura do Estado de Direito e a forma democrática de gestão de poder.

Nesta medida, tem-se que o Estado Brasileiro existe para promover o desenvolvimento da pessoa humana, mediante a garantia de um núcleo de direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva material e, por vezes, através da ação interventiva do poder público, limitada pelo Direito, de modo que:

[...] pode-se dizer que o Estado Social Democrático de Direito é o modelo político que mais se aproxima de um ideal de sociedade politicamente organizada, cujo objetivo seja permitir aos cidadãos o seu pleno desenvolvimento. Isto porque, está calcado em mecanismos de decisão, fundados em procedimentos democráticos que asseguram, aos indivíduos, condições dialógicas de participação na tomada de decisões (princípio do Estado democrático). Ademais, tais decisões só serão legítimas se permitirem a todos o efetivo desfrute de direitos voltados à concretização da vida digna, inclusive com a intervenção direta do poder público na esfera econômica, sob o crivo da proporcionalidade (princípio do Estado Social). E, para garantir que tal intervenção seja feita em respeito à esfera da autonomia privada, interpretada a partir de uma devida compreensão do alcance dos

11 SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005, p. 12.

direitos fundamentais, prevê-se um leque de instrumentos de controle da gestão pública (princípio do Estado de direito).¹²

Adequando as condições deste modelo de Estado ao caso brasileiro, no que tange a sua aplicação, cabe a análise da construção constitucional que o país fez. A vista disso, o processo de constitucionalização do Brasil repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares e nas relações entre particulares. A constitucionalização do direito teve como antecedentes o movimento de aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional. Portanto, a partir da Constituição de 1988, passou a desfrutar, não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Deste modo, funciona, portanto, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.¹³

Nestas circunstâncias, explica Paulo Ricardo Schier:

Por isso é necessário referir que a Constituição brasileira de 1988 assume, em seu texto, um modelo tipicamente compromissório. Ela expressa um amplo compromisso político-axiológico entre as mais diversas classes e frações de classes participantes do processo constituinte, refletindo, assim, a pluralidade existente na sociedade brasileira. É, ademais, uma constituição preocupada e comprometida com a afirmação da democracia.¹⁴

Como consequência, deu-se a ideia de filtragem constitucional, baseada na noção da defesa da força normativa da Constituição, vinculada a uma dogmática constitucional principialista, retomando a legitimidade dos princípios, assim como o desenvolvimento de novos instrumentos de concretização constitucional, o

12 HIGA, Anlberto Shinji. **Terceiro Setor**: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 55.

13 BARROSO, 2012, p. 33.

14 SCHIER, 2009, p. 145.

compromisso ético dos juristas, a dimensão ética e antropológica da Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, além do caráter emancipatório do Direito como um todo. Isto é, a filtragem constitucional sustenta a superioridade normativa da Constituição, concebendo-a como um sistema aberto de regras e princípios, que possibilita correlacionar o Direito Constitucional com as realidades sociais, políticas e econômicas.¹⁵

No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente. Com a Constituição de 1988, elevou-se de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira e verificou-se uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais. Somente recentemente, começou-se a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. Não se pode olvidar que a constitucionalização exacerbada pode trazer consequências negativas, ou seja, a Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito.¹⁶

3. OS REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pelo exposto, viu-se que a Constituição atua como o núcleo do sistema jurídico, que se propaga por todo ordenamento, atuando como um filtro para interpretação das normas, bem como uma espécie de parâmetro de validade.

Sob a ótica do Direito Administrativo, de acordo com Irene Nohara, a promulgação da Constituição e a instituição do Estado Democrático de Direito provocaram a revalorização da dimensão normativa dos princípios, instrumentais fundamentais para condicionar as ações e limitações das atividades da Administração Pública.¹⁷

15 SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005, p. 150.

16 Idem.

17 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

A partir de então, foi possível averiguar o surgimento de mecanismos que asseguravam, no plano da estrutura e funções administrativas, a emergência de uma sociedade democrática, pautada na necessária concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais; um regime de prerrogativas e sujeições para a Administração Pública comprometido com os valores do Estado Social e Democrático de Direito, que traduziam um projeto democrático de Administração Pública. Neste sentido, é necessário ressaltar:

Destarte, tem-se a consagração de um regime de prerrogativas e sujeições para a Administração Pública comprometido com os valores do Estado Social e Democrático de Direito. O Art. 37, da Carta Magna, estabeleceu como vetores da Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Mais tarde, com a EC 19/98, seria acrescentado, ainda, o princípio da eficiência.¹⁸

Com o avanço da globalização e do neoliberalismo, juntamente a adoção de um pensamento gerencial, muitas Emendas Constitucionais foram editadas, que procuravam rever os valores inspiradores do constituinte originário no campo da Administração Pública. Na década de 90, identificou-se uma ruptura no pensamento publicista nacional (de um lado, os que defendiam a necessidade de se implantar, na esfera administrativa, o modelo trazido originariamente pela Constituição Federal de 1988, voltado aos moldes burocráticos, mas permeado por mecanismos de participação popular; do outro, os adeptos da Reforma Administrativa que traduzisse a nova mentalidade gerencial). Neste cenário, reconheceu-se a necessidade de superação do modelo de Direito Administrativo, propiciando novas bases teóricas para a reconstrução de seus institutos, em uma nova sistemática, quando “assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias jurídicas”. Neste momento, foram criadas novas definições, de modo a consagrar os princípios e preceitos básicos referentes a gestão pública, além da constitucionalização dos preceitos do Direito Administrativo, ao prever que a Administração Pública di-

18 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**. Garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016, p. 139.

reta e indireta de qualquer dos Poderes deverá obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.¹⁹

A constitucionalização do Direito Administrativo regula a legalidade em juridicidade administrativa, onde a lei deixa de ser o único fundamento da Administração Pública, e passa a ser um dos princípios de um sistema de juridicidade, legitimado pela Constituição.²⁰ Não obstante, importa reconhecer o Direito Administrativo como “um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária”.²¹

De extrema relevância para a constitucionalização do Direito Administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais, sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais: a) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária; c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.²²

Portanto, Adriana da Costa Ricardo Schier propõe mudança paradigmática em quatro vetores: (i) vinculação administrativa à Constituição; (ii) vincular juridicamente o conceito de interesse público a um juízo de ponderação; (iii) estabelecer balizas principiológicas para a discricionariedade (iv) admitir um espaço próprio para autoridades independentes, limitando o exercício do poder pelo Chefe do Executivo; pautando-se na ideia de constitucionalização do direito administrativo.²³

19 SCHIER, 2016, p. 141.

20 BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.

21 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55.

22 BINENBJOM, loc. cit.

23 SCHIER, op. cit., p. 140.

Destarte, no Estado Democrático de Direito, caberá à Administração Pública o oferecimento de condições para a concretização das necessidades individuais e coletivas, no intuito de fazer valer os princípios da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Exatamente assim, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello:²⁴

[...] quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Então, o Estado assume a função de garantir uma justiça social generalizada, propiciando as condições mínimas para a existência digna dos cidadãos. Infere-se, portanto, que há uma vinculação direta entre a concepção de Estado Democrático de Direito e o dever de concretizar políticas públicas, situação que repercute consideravelmente na esfera do direito administrativo, porquanto a Administração Pública deve pautar seus atos no sentido de viabilizar a consecução de tais direitos.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a Administração Pública se define como “as atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos”.²⁵ Logo, a Administração Pública realiza a gestão de bens de interesses públicos, visando, obviamente, o bem comum. No exercício de suas competências constitucionais, como administrador dos interesses que lhe são confiados, o Estado efetua o seu poder, de forma direta ou indireta, por diferentes formas.

Deste modo, encontra-se a Administração Pública a serviço do cidadão, da coletividade, cabendo o papel de principal agente de realização do interesse público,

24 BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 62.

25 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 138.

o que significa afirmar que a efetivação dos direitos sociais, culturais, econômicos e os demais direitos previstos constitucionalmente, dependem da ação administrativa.²⁶ Nesta perspectiva, não é difícil perceber que cabe à Administração Pública adotar práticas que permitam, portanto, efetivar os postulados constitucionais.

De tal modo, cumpre à Administração Pública conferir respostas às demandas sociais, sendo que sua principal função é a de receber os influxos e estímulos da sociedade, rapidamente decodificá-los e ofertar ações apropriadas à satisfação das necessidades no cenário social. Neste sentido, na efetivação dos direitos individuais e coletivos, espera-se da Administração Pública uma postura proativa.

No entanto, a concretização desses direitos não decorre somente por meio de prestações positivas, tampouco apenas por intermédio da prestação de serviços públicos. A prestação de direitos pode atribuir à Administração Pública uma omissão, assim como demandar o desempenho das atividades que não estão contempladas na categoria de serviços públicos, como ações relacionadas ao poder de polícia, intervenção direta na economia, regulação ou atividade de fomento.

4. A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER CONSTITUCIONAL EM FOMENTAR

Como demonstrado, a função promocional do direito e o modelo de Estado Democrático de Direito gera deveres para o Estado, impelindo o desempenho de um papel ativo na melhoria das condições da vida da população. Então, o Poder Público passa a utilizar mecanismos que possibilitem a adoção das condutas, no intuito de estimular atividades e comportamentos socialmente desejáveis, conforme o interesse coletivo. Para tanto, o fomento se apresenta como instrumento de intervenção no domínio econômico, com aspecto político-regulatório, possuindo compromisso com o desenvolvimento econômico e social, eliminação da pobreza e redução das desigualdades

26 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. São Paulo: Fórum. 2010, p. 146-161.

Nesta toada, a atividade de fomento é conceituada como “estímulo oferecido direta, imediata e concretamente pela administração, na forma da lei a iniciativas da sociedade que sejam de reconhecido interesse público”; ou seja, o fomento público não é uma função do Estado imposta para a sociedade, depende do consenso, não de uma imposição estatal, de modo que o Estado (e ninguém) obriga quando põe à disposição das pessoas (indivíduos, associações ou empresas) esses instrumentos jurídicos de incentivos.²⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o fomento é um meio de intervenção estatal, que incentiva a iniciativa privada “estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo fundo perdido”.²⁸ Defende que o Estado pode interferir na atividade econômica disciplinando-a, fomentando-a e assumindo-a. Assim sendo, esta atividade pode ser compreendida como a “transferência de bens e direitos em favor de particulares, sem a contraprestação ou com contraprestação em condições facilitadas, em ordem à satisfação direta ou indireta de interesses públicos”. A partir deste conceito, pode-se compreender que a noção de fomento presta-se a condição de satisfazer o interesse público.²⁹

Trata-se de uma atividade submetida ao controle de legitimidade pelo Poder Judiciário, na manifestação de uma função administrativa, a submissão ao regime jurídico administrativo é algo intrínseco a esta função. A partir disto, decorrem diversos princípios,³⁰ como o da legalidade, da igualdade, proporcionalidade, motivação, segurança jurídica, publicidade e eficiência. A atividade administrativa deve estar pautada

27 MOREIRA NETO, 2009, p. 584.

28 BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 632.

29 Assim, Rafael Valim sustenta que “Ao contrário do que a maioria da doutrina defende, parece-nos que, no Direito brasileiro, a atividade de fomento não se limita a salvaguardar indiretamente os interesses públicos, senão que compreende relevantes instrumentos de satisfação direta de interesses públicos. Assim, a par das transferências de bens e direitos a fim de estimular atividades revestidas de interesse público -, exsurtem transferências de bens e direitos destinados à proteger os direitos fundamentais - satisfação direta de interesses públicos – de que são exemplos no Brasil os programas de transferências de renda em favor de pessoas em situações de vulnerabilidade social” VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 58.

30 “Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte...”

na busca da satisfação dos interesses da sociedade, condizentes com os objetivos do Estado previstos na Constituição,³¹ os quais asseguram os direitos e garantias fundamentais

Ao falar sobre regime jurídico administrativo, cabe destacar que as ideias de prerrogativas ou poderes administrativos estão ligadas às noções de restrições ou deveres, sendo que o regime jurídico administrativo se aplica à todas as funções desempenhadas pela Administração Pública, não sendo diferente para o fomento.³² Geralmente, não há devida observância ao regime jurídico administrativo, o que pode ocorrer na inadequada concepção da atividade de fomento, dando margem para ilicitudes ou corrupção. Neste ponto é que a Administração Pública precisa incrementar formas de controle do uso de verbas públicas, no que toca essas atividades de concretização do interesse público.

Na Constituição Federal de 1988, vários são os dispositivos que preveem a instrumentalização do fomento, vinculando-o à realização dos direitos fundamentais. O artigo 23³³ da Constituição Federal da República, que dispõe sobre a competência

-
- 31 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”
- 32 Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. “Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.”
- 33 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
- III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as con-

comum dos entes federativos “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, de modo a fomentar a produção agropecuária e promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais”.

No âmbito econômico, o fomento pode ser identificado em alguns dispositivos, tais como o artigo 170, inciso IX,³⁴ e o artigo 179³⁵ da Constituição Federal da República, os quais sustentam que o Estado dará tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, visando incentivá-las. Em seu artigo 174,³⁶ estabelece a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, por intermédio de ações de fiscalização, planejamento e incentivo. No artigo 180,³⁷ estabelece o incentivo e a promoção ao turismo, vinculando as atividades ao desenvolvimento social e econômico. Posteriormente, no artigo 187, inciso

cessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

- 34 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.
- 35 “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”
- 36 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º 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. § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei”.
- 37 “Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico”.

II,³⁸ está contido o incentivo à pesquisa e à tecnologia.

No § 2º, do artigo 199³⁹ do Texto Maior, está estabelecida a destinação de recursos públicos para auxílio ou subvenção de instituições privadas sem fins lucrativos que atuem na promoção do direito à saúde. A educação, será “promovida e incentivada” por intermédio da colaboração da sociedade, de acordo com o disposto no artigo 205,⁴⁰ assim como é tarefa do Estado o incentivo às manifestações culturais, como consta no artigo 215, caput,⁴¹ e fomentar práticas desportivas, conforme artigo 217, caput.⁴² O artigo 213⁴³ sustenta a destinação de recursos públicos para escolas comunitárias, filantrópicas ou confessionais que não tenham finalidade lucrativa, visando promover o direito à educação. A promoção ao desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas também são de responsabilidade do Estado, devidamente previstas no artigo 218, caput.⁴⁴

Embora a Lei Maior esteja repleta de dispositivos que estabelecem o dever em fomentar, incentivar, induzir e promover ações aos privados, cabe ressaltar a necessidade de reformulação deste instituto, ao passo em que não se trata de uma atividade eminentemente econômica financeira, que permeia o particular à exploração

38 “Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: § 1º Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.”

39 “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”.

40 “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

41 “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

42 “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados...”

43 “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:”

44 “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

da atividade econômica. Não obstante, as medidas de fomento, no que corresponde aos ditames constitucionais, estão obrigatoriamente e diretamente vinculadas à satisfação dos direitos sociais.⁴⁵

Pelo exposto, compreendendo suas limitações, a tendência no Direito Administrativo é o crescimento de sua interface com o denominado Terceiro Setor, seja por intermédio de incentivos fiscais, contratos de gestão com organizações sociais (OS) ou termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).⁴⁶

5. CONCLUSÃO

O objetivo central do trabalho foi de correlacionar as implicações da constitucionalização do direito aos deveres da Administração Pública, especificamente no que diz respeito às medidas de fomento.

Viu-se, portanto, que o Estado não “existe à margem do Direito e sem uma Constituição, que, na qualidade de sua norma fundamental, reflete um sistema de valores, estribado em um conjunto de princípios, filosóficos, jurídicos e políticos, que limitam e determinam o modo de ser concebido o poder no Estado”.⁴⁷ Outrossim, em um Estado Democrático de Direito, não se admitem ações da Administração Pública de “soberania ou exclusivamente políticos, no presente estágio de constitucionalização do Direito Administrativo”.⁴⁸ Logo, a Constituição Federal de 1988 atribuiu expressamente diversas posições jurídico-subjetivas de caráter social, determinando a função da Administração Pública (no que se refere à concretização dos direitos fundamentais), tornando evidente a função idealizadora da atividade de fomento, que não pode ser exercida com o objetivo de beneficiar indivíduos, mas sim, que seja, em

45 SCHIER, 2019, p. 65.

46 NOHARA, p. 38.

47 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas **A&C**. R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 271-290, abr./jun. 2010, p. 272.

48 FREITAS, Juarez. **Políticas Públicas**, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. Sequência (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015, p. 118.

regra, oferecido aos interessados, respeitando os princípios que regem a Administração Pública, assim como, obrigatoriamente, complementar à prestação de serviços públicos.

É imperativo vislumbrar tal atividade como uma espécie de materialização do interesse público, a partir de uma perspectiva constitucional e democrática, por meio da atuação do Estado, em conformidade com os princípios do regime jurídico administrativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHUEIRI, Vera; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. **Revista Direito GV**. São Paulo. P. 159-174 – jan./jun 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 271-290, abr./jun. 2010.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 60, p. 13-24, abr. 2010.

_____. **Políticas Públicas**, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. Sequência (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIGA, Anlberto Shinji. **Terceiro Setor**: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado. Belo Horizonte, Fórum. 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor. In.: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: as inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA, Paula. O constitucionalismo da falta no Brasil. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** | Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 93-105, out./dez. 2017.

MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; SCHIER, Adriana Ricardo da Costa Schier. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. p. 375-387, set./dez. 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

NORONHA, Maiara dos Santos; FERREIRA, Rafael Fonseca. A constituição brasileira de 1988 como precursora do “novo” constitucionalismo latino-americano no âmbito descolonial. CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca; RENK, Arlene (Org.) **Pluralismo Jurídico, Constitucionalismo Latino-Americano, Buen Vivir e os Direitos da Natureza**. III Congresso Internacional. Volume 2, ebook, São Leopoldo: Karywa, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. São Paulo: Fórum. 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**. Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019.

_____. **Serviço público.** Garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão.** Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/234/228>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional.** Belo Horizonte, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **R. Dir. adm.,** Rio de Janeiro, 173: 15-34 jul/set. 1988.

VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro.** São Paulo, Contracorrente, 2015.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública.** 3^a ed., Belo Horizonte Fórum, 2015.

CONSEQUENCIALISMO DAS DECISÕES E OS VALORES JURÍDICOS ABSTRATOS A PARTIR DA LEI 13.655/18: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT

Professora do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestra em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Público. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas e Serviço Público, vinculado ao CNPq. Advogada. Chefe do Departamento de Direito da UNISC. E-mail: carolinemb@unisc.br

ROGÉRIO GESTA LEAL

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da UNOESC. Professor Visitante da Università Tùlio 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. E-mail: gestaleal@gmail.com



1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.655/18 acrescentou ao Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) os artigos 20 a 30, com a “promessa” de enfrentar um dos temas mais controversos no direito, que é o tema da decisão e seus limites interpretativos. A utilização de alguns conceitos chave, tais como “interesse público”, “razoabilidade”, “consequências práticas”, “precaução”, causaram manifestações as mais variadas dentro da doutrina, dividindo-se entre aquelas que, por um lado, compreenderam que a vagueza dos termos trouxe ainda mais espaço para decisionismos e discricionariedades, e aquelas que entenderam,

por outro, a adoção dos referidos termos como necessária para reduzir as incertezas no campo das decisões judiciais, especialmente pelo caráter pragmático a que se propôs. Talvez seja essa divisão uma das razões pelas quais, em 10 de junho de 2019, o governo editou o Decreto nº 9.830, objetivando regulamentar os dispositivos objetos de alteração.

Tendo-se em vista esse contexto, a reflexão que se pretende nesse estudo é debater o quão tais alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) podem ser consideradas como “inovadoras”, na perspectiva de sua opção com o consequencialismo nas decisões judiciais e administrativas, e em que medida podem ter contribuído para maior certeza ou incerteza das no campo tão complexo das decisões. Ressalta-se que outras alterações significativas da Lei, objeto de diversos debates na doutrina e jurisprudência, não serão abordadas neste ensaio.

Portanto, o recorte metodológico deste estudo é o debate sobre o consequencialismo e o sentido das “condições reais enfrentadas pelo gestor” como fios condutores para o controle das decisões e sua fundamentação, especialmente em seu potencial de trazer mais segurança jurídica diante da noção de “administração pública do medo”.¹ A hipótese é de que não há nada de tão inovador na redação da LINDB na perspectiva da teoria do direito e da decisão judicial, embora sejam absolutamente relevantes as razões e justificativas que originaram a Lei nº 13.655/2018. O consequencialismo anunciado pela Lei não reduz a margem de insegurança no âmbito de sua aplicabilidade, pode, se mal interpretado sob a ótica administrativa e judicial, inclusive ampliar os aspectos que buscou combater, abrindo mais espaço para discricionariedades e até arbitrariedades, a depender se o consequencialismo será aplicado em seu sentido forte ou fraco, como será discutido nesse estudo.

1 Sobre a expressão “administração pública do medo”, o que foi amplamente debatido no Congresso Paranaense de direito administrativo, pode ser traduzida como: “Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de *crise da ineficiência pelo controle*: acudados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger.” GUIMARÃES, Fernando. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista de Direito do Estado**. ANO 2016 NUM 71. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 05 de junho de 2020.

Vale lembrar a importância do debate, pois não se trata de qualquer lei e sim de regras e princípios que podem ser considerados “normas de sobredireito” ou “lei das leis”, porque se refere a fontes do direito, do âmbito da vigência em termos de tempo e espaço, e da sua aplicabilidade pelo intérprete.”²

2. CONSEQUENCIALISMO E DECISÃO: PROBLEMA OU SOLUÇÃO?

O direito é e sempre linguagem, dos positivistas aos pós-positivistas, o espaço para decisão judicial e o desejo de reduzir os aspectos da discricionariedade alimentam um campo fértil de reflexões teóricas.

As incursões teóricas sobre o problema da decisão e sua discricionariedade³ ocupam o cenário de boa parte da doutrina da teoria do direito. Decidir é criar uma unidade na pluralidade, de múltiplos elementos que a constituem. Sempre que se controla, substitui-se uma decisão por outra decisão, para isso é necessário elencar alternativas possíveis, demonstrando suas escolhas, justificar com argumentos a alternativa escolhida e assumir os riscos de sua opção, que se dará em determinado tempo, ou seja, pressupõe as condições temporais. Quando se controla, o tempo da decisão já é diferente e também os riscos e alternativas serão outros. Independente da teoria que se opte ou da legislação que busque delinear seus limites, tais circunstâncias são intrínsecas à vida do próprio direito.

Ao se tratar das consequências práticas da decisão, não se pode reduzir o debate a que o decisor analise os casos com base na realidade, uma vez que essa é a premissa mais básica da interpretação, que deve unir texto e contexto. Invocar o consequencialismo na Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, a lei norteia

2 MAFFINI, Rafael, HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set./dez. 2018.

3 Sempre é válido lembrar as lições do professor Celso Antônio quando se trata de compreender o conceito de discricionariedade: “não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois está se comportando fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente, o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31 a ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 401.

a interpretação das demais normas, abre leque para que se recorra à tal teoria como base para a motivação substancial das decisões, sejam administrativas ou jurídicas.

Em um sentido fraco,⁴ todo autor que reconhece a necessidade de interpretação como trânsito de produção da norma com base no texto será um consequencialista, pois, para aplicar uma norma, é preciso antecipar o resultado. Qualquer um que queira aplicar da forma mais simples possível a norma, por exemplo, do homicídio, terá de antecipar, no caso concreto, o resultado, sujeito preso. Nunca existiu nem existirá decisão desvinculada da consequência no sentido fraco. Como exemplo, pode-se apontar que uma pessoa entende a ordem “apagar a luz” porque antecipa o resultado “luz apagando” e retroage à interpretação.

Note-se que a pretensão não é discorrer sobre as diferentes vertentes do consequencialismo, nem fazer uma valoração de sua capacidade teórica para maior controlabilidade das decisões judiciais e administrativas, nem mesmo buscar analisar criticamente seu potencial comparado com teorias que costumam lhe fazer oposição, mas dizer que o uso do consequencialismo não traz maior segurança,⁵ tanto ao gestor, quanto àqueles que contratam com a administração pública.

Se a crítica é que o órgão controlador deve considerar as situações reais enfrentadas pelo gestor no momento da tomada de decisão, volta-se a um problema hermenêutico, cujo texto em si da LINDB não traz mais ou menos margem de segurança jurídica. Primeiro, porque o controlador evidentemente fará a interpretação/aplicação do texto, observando a realidade vivenciada pelo gestor, lembrando que os fatos também estão sujeitos à interpretação: a definição da premissa menor requer muita atividade interpretativa e não mera subsunção; segundo, porque muitas vezes as situações vivenciadas pelo controlador em face do “tempo” do controle possuem influência direta na própria percepção de que realidade é ou era essa, ou seja, discutir, por exemplo, um contrato firmado durante a pandemia para a compra de um respirador nos primeiros trinta dias e após noventa dias pode ter significativa relevância,

4 Essa expressão será explorada no desenvolvimento do trabalho.

5 Sobre, ver: ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

mas, se tais contratos forem revistos após cinco anos do término da pandemia, a percepção da realidade certamente não será a mesma. Ou seja, o problema permanece.

Também é muito relevante do ponto de vista interpretativo e epistemológico que a LINDB fez tal opção teórica, mas daí compreender quais serão as vertentes do consequencialismo, seus limites e o quanto os argumentos econômicos e políticos podem sopesar em relação ao direito posto, ou ao texto normativo, somente o tempo e a práxis permitirá.

Não é nova a proposta do consequencialismo e não pode ser exposta a partir de uma única doutrina. Nessa perspectiva, pode-se valer-se da explicação de Schuartz de que é necessário pensar o consequencialismo em sentido amplo, observando tanto as posturas que defendem um sentido forte e que buscam colocar a valoração das consequências da decisão ao lado das demais argumentações, com peso maior ou menor, quanto aquelas que defendem em um sentido fraco, na qual a valoração das consequências assumiria papel residual no processo decisório. Resumidamente, o consequencialismo será tratado para fins de análise de seus possíveis sentidos “(...) como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas”,⁶ e ainda “tem-se, num primeiro momento, que as diversas teorias consequencialistas problematizam as consequências das decisões e defendem que quando uma decisão é tomada, as consequências dela decorrentes são importantes na análise do seu sucesso ou correção”.⁷

Entre as próprias vertentes, as divergências costumam girar em torno de:

- i) se argumentos consequencialistas devem ser usados em qualquer decisão ou apenas em casos difíceis; ii) se argumentos consequencialistas

6 SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.

7 CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no Direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. v. 6, n. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, p: 4-27, p. 06.

podem ser usados apenas quando não há normas tratando do caso, ou quando, por exemplo, há uma regra específica tratando da matéria; iii) no conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos, quais devem prevalecer; iv) que tipo de argumento consequencialista pode ser considerado no direito, apenas consequências jurídicas podem ser consideradas, ou também consequências econômicas, v) como aferir o peso das consequências para cada caso (e a questão da capacidade do juiz para decidir sobre tais pesos).⁸

Em face da importância que sua obra assume no âmbito da teoria do direito, não é possível ignorar sua influência de Richard Posner na perspectiva do consequencialismo também chega ao Brasil, pois, independentemente da intenção dos autores, o fato é que o texto adquire independência em relação ao propósito dos seus legisladores, a depender a compreensão que os intérpretes lhe dão.

Não há como se falar em consequencialismo sem citar um de seus grandes expoentes e o quanto sua teoria teve influência na perspectiva da análise econômica do direito e em oposição à noção Dworkin⁹ de direito como integridade.

Interessante é que, na obra “A problemática da teoria moral e jurídica”, no capítulo que aborda “direito como lógica, regras e ciência”, encontra-se um ponto relevante para compreender sua crítica quanto à forma como os juízes decidem, ao afirmar que as respostas jurídicas podem ser produzidas bem como o tipo de raciocínio a ela empregados, na medida que, de imediato, anuncia que a indeterminabilidade é fenômeno praticamente inerente ao conceito de direito e que, mesmo diante desse estado, o direito terá de produzir suas respostas. Posner delimita sua abordagem ao questionar, até onde o direito é objetivo, impessoal e preciso. Imediatamente propõe, em suas palavras, uma resposta “moderadamente cética”, dividida em duas etapas. Na primeira, explica que muitas questões jurídicas não podem ser respondidas fazendo uso de métodos do raciocínio jurídico, por estes serem pouco potentes como instrumentos de construção.

8 CHRISTOPOULOS, 2015, p. 07.

9 Sobre o tema e a crítica de Dworkin ao consequencialismo, importante a leitura de: MACEDO JR. Ronaldo Porto. A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual. **Revista Jurídica PUC-Rio**. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/602>>.

Na segunda etapa, indica que a resposta (ou solução) do conflito é seguidamente indeterminada, pois, quando o raciocínio jurídico se esgota, o juiz tem de recorrer a mecanismos pessoais, como seus valores, crenças e à opinião pública.¹⁰

Segundo Posner, o direito não é algo que os juízes descobrem, mas sim o próprio nome da atividade: “é o conjunto de hipóteses que advogados e juízes de tribunais inferiores propõem a propósito de regularidade dos comportamentos dos juízes dos tribunais superiores”.¹¹ Nessa esteira, o autor não só acredita que os juízes decidem seus casos, como criam a teoria do Direito, e isso significa dizer que o Direito é de certa forma o que os juízes fazem e o que eles também farão. Na verdade, para o autor, é “uma manobra do jogo político e ideológico” os juízes se voltarem para uma questão política ou moral quando as regras do direito se esgotam, pois seu verdadeiro objetivo é ocultar a discricionariedade, vendendo uma imagem de decisão objetiva, o que ele denomina luta contra “moinhos de vento”. Observa o direito como um processo inarticulado e sem rigor de decisão judicial, com múltiplas fontes, inclusive não positivadas pelo Direito, devendo o juiz fazer o que melhor puder, valendo-se de todas as informações que lhe são trazidas, o que exige uma teoria do direito muito mais flexível a essa práxis, pois é uma atividade que somente pode ser compreendida dentro de um contexto. Assim, não é a filosofia moral que terá resposta para as questões jurídicas, na verdade, entende que os dilemas morais é que tornam complexas essas questões difíceis.¹²

Configura-se, então, o pragmatismo, que ajuda a buscar melhores resultados desimpedidos de dúvidas filosóficas ou morais, pois ele mesmo é compatível com essas duas concepções – na medida em que o determinante de uma decisão *a priori* deve ser os fins sociais avaliados no contexto decisório.¹³ Se o pragmatismo gerou algumas resistências teóricas de seus adeptos no Brasil, o consequencialismo parece ter oferecido menor resistência.

10 POSNER, Richard A. **A Problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 301.

11 Ibid., p. 302.

12 POSNER, op. cit.

13 Idem.

Nessa perspectiva, Schuartz faz uma importante distinção sobre o que ele chama de três tipos de consequencialismo encontrados no Brasil, ressaltando que não é uma classificação exaustiva. Seu intuito é propor um conjunto de conceitos capaz de auxiliar uma realidade complexa, de agregar “valor empírico no sentido de recortar o fenômeno do consequencialismo jurídico em fatias representativas do comportamento efetivo dos agentes que participam do sistema jurídico nos mais diferentes papéis (advogados, juristas, juízes etc.)”,¹⁴ e reconhecendo sentido positivo e negativo também ao que ele chama de: 1) festivo, 2) militante e 3) malandro.

O primeiro, denominado de consequencialismo festivo, é aquele que adota uma aproximação com a teoria norte-americana da análise econômica do direito, especialmente ao tratar da abordagem da aplicação do direito e a implementação de políticas públicas, marcadas pela crítica à prática dos juízes e juristas e pela superficialidade e seletividade de seus recursos teóricos e metodológicos, atributos que, no caso brasileiro, acabam conferindo, segundo Schuartz, quase um “ar caricatural” comparado com a capacidade de racionalização do modelo americano. Apesar da sua promessa ambiciosa e até certo ponto tida como transformadora, pode-se mostrar “impotente, pelo esoterismo e pela estranheza em relação ao modo de pensar e agir dos juristas e juízes; e ideológico-conservador, pela reatualização e a reprodução de um padrão de argumentação”, correndo-se o risco de, mais uma vez, pela importação de teorias e de fragmentos de doutrinas, fique à mercê dos deleites de sua utilização casuística como recurso ornamental ao bel prazer de seus usuários.¹⁵

Já o consequencialismo militante está mais comprometido com a tarefa de respaldar suas posições em normas, demonstrando-se mais atrelado à tradição. Por meio de princípios constitucionais e da necessidade de ponderá-los com frequente referência à necessidade de concretização constitucional, muitas vezes desprovida de dogmática jurídica, seus déficits teóricos revelam que o verdadeiro apelo é pela simpatia com a causa a qual está militando. Veja-se como é atrativa a ideia de combater administração pública do medo e trazer maior segurança jurídica a todos envolvidos

14 SCHUARTZ, 2011, p. 383.

15 Ibid., p. 384.

com a administração dos interesses públicos. Inclusive, em nome do combate aos valores abstratos, ao desequilíbrio judicial quando se propõe aplicação de princípios, a LINDB trouxe a proposta de alteração legislativa, contudo, vale o alerta do autor: “O recurso às consequências, tipicamente, é a cartada coringa, lançada sobre a mesa de forma a conduzir a discussão para um terreno no qual todos os gatos são pardos: o sujeito que faz uso do argumento não tem como prová-lo aos demais; mas estes tampouco poderão provar a sua negação”.¹⁶

Por fim, o que o autor chama de consequencialismo malandro pressupõe a capacidade de exploração de estratégias argumentativas capazes de criar figuras dogmáticas para resolver um caso conforme o objetivo almejado e contrária às soluções até predominantes para casos semelhantes, para isso, necessita da dogmática jurídica. Sem dúvida é, entre as três formas, a mais sofisticada, pois vai se valer do conhecimento da teoria do direito para apresentar uma desordem, como se fosse uma ordem, constrói uma resposta casuística e produz a sensação de que a resposta já estava posta, produzindo muitas vezes as inovações no direito. Por outro lado:

Rigorosamente falando, portanto, as construções do consequencialismo malandro são relação interna entre consequencialismo malandro e dogmática explica por que a malandragem talvez devesse merecer mais simpatia que o pragmatismo jurídico (considerados enquanto estratégias para a justificação de decisões não conformes às regras *prima facie* aplicáveis). Nos dois casos, as novas sacadas e as soluções inovadoras devem agregar-se ao estoque prévio de doutrinas e decisões de maneira a produzir o menor distúrbio possível.¹⁷

É bem verdade que a motivação das decisões na órbita administrativa não é princípio expresso no art. 37 da Constituição, mas não é mais problema para a teoria do direito o reconhecimento dos princípios implícitos, hermenêutica não difícil de extrair a partir da leitura do art. 93, X, que obriga a motivação dos tribunais tanto em decisões administrativas, bem como nas decisões judiciais, além, é claro, do art. 489 §

16 SCHUARTZ, 2011.

17 *Idem*.

1º, que indica o que não considera como fundamentação das decisões judiciais, bem como o dever de justificar argumentativamente os critérios da ponderação no § 2º.¹⁸ Não seria sequer racional pensar que o órgão controlador estaria, pois, desobrigado de tal motivação. Contudo, o reforço expresso quanto a tais critérios interpretativos no texto da LINDB auxilia na pretensão de maior segurança jurídica (segundo parte da doutrina), é a isso que no próximo tópico se dedicará a discussão.

3. DO LONGO CAMINHO ENTRE INTENÇÕES E OS RESULTADOS PRÁTICOS

Em certa medida, há um pressuposto interessante que merece ser contextualizado antes de tecer qualquer análise crítica. É fato de que o cenário em que surgem as alterações da Lei de Introdução das Normas do Direito brasileiro está inserido no debate que se acentuou nos últimos anos e que tem se denominado “administração pública do medo”, muitas vezes gerada pelo excesso de órgãos de controle e pouco (ou quase nada) de diálogos entre os mesmos, muitas vezes com diferentes formas de coordenar e orientar o gestor acerca do mesmo problema. Diga-se, também, que especialmente a possibilidade de condenações dos gestores pela prática de atos enquadrados no amplo art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa – os quais, com receio de tomar decisões, deixam de inovar na gestão pública, como se a omissão (ou não decidir) fosse menos penosa sob o aspecto da sanção do que agir – foi um argumento bastante utilizado pelos defensores do texto como algo extremamente necessário.

18 § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos em conformidade com o princípio da boa-fé.

A doutrina do direito administrativo teve notadamente diferentes fases e com elas, obviamente, pode-se perceber as diferentes compreensões quanto aos espaços e a margens para a tomada de decisão. Interessante o diagnóstico dessas fases proposto por Ricardo Martins, que identifica um primeiro momento em que a administração pública estritamente foi legalista, depois passou à fase constitucionalista e à fase neoconstitucionalista. A primeira, marcada pelo apelo excessivo ao texto legal, tem como preocupação central a operacionalização e o funcionamento da administração pública; a segunda, a ênfase na Constituição como parâmetro da validade tanto das leis quando das decisões e atos do administrador público, ampliando a margem de interpretação de sua atuação; e a última, no qual o reconhecimento da força normativa de regras e princípios e o alargamento da interpretação constitucional através do método da ponderação têm conduzido a uma espécie de negatividade da ciência do direito e a uma ampla margem de atuação dos órgãos de controle, afinal “Se, por um lado, tudo pode”; por outro, nada pode.

Quer dizer: paralelamente à ampla admissibilidade dos interesses, propugnada por advogados e políticos, seguiu-se uma ampla inadmissibilidade propugnada pelos órgãos de controle.¹⁹

A proposta de resolver o problema não foi pelo fim da crise do ato administrativo, pela retomada dos estudos de sua validade e, pois, de sua extinção e modificação. A proposta foi pela alteração da legislação. Pretendeu-se, por meio da lei, impor aos órgãos de controle e aos operadores do direito em geral a implementação dos avanços científicos. Pode-se dizer que, teoricamente, em relação aos atos administrativos, as inovações da Lei nº 13.655/18 não configuraram, em absolutamente nada, verdadeiras “inovações”. Foram uma tentativa de dar eficácia aos avanços científicos das últimas décadas, que não foram, por desconhecimento, implementados no cotidiano da Administração Pública. Salta aos olhos que não basta a vigência do texto legislativo. Faz-se necessário compreendê-lo e, para tanto, devem-se assimilar décadas

19 MARTINS, Ricardo Marcondes. Qual o Futuro do Direito Administrativo? *Revista direito do Estado*, ano 2019, n. 427. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/ricardo-marcondes-martins/qual-o-futuro-do-direito-administrativo>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

de desenvolvimento teórico. Em busca do tempo perdido passa-se, brevemente, a resumir esses avanços, na esperança de que a Lei nº 13.655/18 torne-se eficaz.²⁰

Também é verdade que a preocupação com o controle acentua-se com o constitucionalismo contemporâneo, e mais compreensível ainda no caso brasileiro por tudo que se vivenciou antes da Constituição de 1988, com resquício dos “(...) desmandos a que fomos submetidos durante o regime militar e depois por administradores que se arvoraram a donos e iluminados senhores da coisa pública (...)”.²¹ Em consequência disso, a crescente busca pela responsabilização e pelo controle da administração pública passou a ocupar boa parte das preocupações da doutrina e jurisprudência, bem como a própria criação de múltiplos órgãos de controle, que tantas vezes atuam sob a mesma pauta: Tribunais de Contas, Controladoria Geral, Ministério Público, Órgãos Jurisdicionais, Comissões Parlamentares, entre outros. Sem dúvida, é de fundamental importância tanto sob o aspecto de garantia quanto sob o aspecto da própria legitimidade da ordem constitucional, contudo, a falta de diálogo institucional e mesmo as orientações por vezes contraditórias geram um campo fértil e de grande insegurança tanto para o gestor público, quanto para o próprio campo econômico que contrata com o poder público. O perigo é que o excesso de controle possa tornar-se um descontrole, produtor da insegurança jurídica.

Entre as razões para as mudanças na LINDB, Nohara bem sintetiza quais as razões principais que conduziram os autores a propor tais alterações, destacando-se entre elas o excessos e os conflitos de posições entre os órgãos controladores, os decisionismos infundados sem a preocupação com a argumentação jurídica racional e a devida motivação, a falta de articulação dos órgãos de controle, tanto do diálogo institucional quanto interinstitucional, a insegurança jurídica dos contratantes e poder econômico em relação às contratações públicas, a necessidade de maior consenso

20 MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria do Ato Administrativo à Luz das Alterações da LINDB**. A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro. Org. Thiago Priess Valiati, Luis Alberto Hungaro, Gabriel Morettini e Castella. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 23.

21 MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, jun./jul./ago. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JU-NHO-2007-PAULO--MODESTO.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2016)

entre os próprios órgãos de controle que estão paralisando a administração pública pelo medo de decidir e a necessidade de previsibilidade no âmbito dessas próprias decisões.²² O presente escrito compara a disciplina legal da motivação antes e depois da edição da LINDB, procurando analisar se as mudanças engendradas são esclarecedoras ou suficientes para transformar a forma, a extensão e a profundidade da motivação feita tanto pela Administração Pública, como pelos órgãos de controle da gestão pública.

É nesse sentido que Carlos Ari Suldfeld, um dos autores da legislação, descreve o cenário que envolve as relações com a gestão pública hoje:

Outro problema é que se espalhou no Brasil uma verdadeira obsessão em punir gestores públicos: falhou, pagou; um exagero. Claro que a corrupção e o desvio de recursos públicos têm de ser combatidos com severidade. Mas grande parte dos processos punitivos contra gestores públicos é por falhas operacionais, por questões formais ou por divergências de opinião. Ora, falhas são próprias de qualquer organização; só não erra quem não age. Os controladores por acaso são punidos quando falham? De outro lado, é normal as opções do gestor não coincidirem com as preferências do controlador: o direito tem muitas incertezas, não é matemática; divergência de interpretação sobre fatos e leis não é crime. Portanto, punição é um erro para esses casos.²³

Se, ao pensar na perspectiva gestor público como aquele que “erra primeiro”, evidente que é preciso enaltecer o fato de que se preocupou em presumir a boa intenção do gestor probo, buscando que os órgãos controladores analisem a aplicação sobre a perspectiva de texto e contexto. Enfim, onde estaria a novidade então?

A inovação para parte da doutrina, no recorte proposto neste ensaio, estaria acentuada em termos interpretativos no artigo na redação do art. 20: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos

22 NOHARA, Irene. “Solublemas” da LINDB ao direito público. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/solublemas-da-lindb-ao-direito-publico/>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

23 SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html>. Acesso em: 27 set. 2016.

abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”; que, em seu parágrafo único, faz referência à conhecida técnica da ponderação: “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”²⁴ Também chamou atenção da doutrina a redação do art. 22: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor²⁵ e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.²⁶ No bojo do debate da segurança jurídica, o consequencialismo assumiu certo protagonismo na Lei, conforme o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Edson Fachin, em decisão interlocutória:

-
- 24 Dando margens para interpretação, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, composto por vários administrativistas que compõem a excelente doutrina do direito administrativo hoje no Brasil, reuniu-se para propor enunciados visando a expor a compreensão de algumas expressões. Vejam-se alguns interessantes enunciados do art. 20: Enunciado 4. As “consequências práticas” às quais se refere o art.20 da LINDB devem considerar, entre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes. Enunciado 5. A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião. Enunciado 6. A referência a “valores jurídicos abstratos” na LINDB não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>.
- 25 O Decreto nº 9830/2019, ao regulamentar esse dispositivo, determina: Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público. § 2º A decisão a que se refere o § 1º observará o disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.
- 26 Em relação ao art. 22, vale a leitura dos enunciados do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo: Enunciado 11. Na expressão “dificuldades reais”, constante do art. 22 da LINDB, estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor. Enunciado 12. No exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art.22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade. Enunciado 13. A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor. Enunciado 14. Em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a dosimetria necessária à aplicação das sanções será melhor observada quando as circunstâncias agravantes ou atenuantes aplicáveis ao caso forem positivadas preferencialmente em lei, regulamentos, súmulas ou consultas administrativas. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>.

A despeito disso, na qualidade de Estado-Juiz, impende apontar que art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consolidou, em algum grau, no ordenamento jurídico o dever de obediência a prescrições emanadas do consequencialismo jurídico como corolário necessário do princípio da segurança jurídica e do interesse social.²⁷

Em face das polêmicas acerca da interpretação do art. 20 da LINDB, o atual governo editou o decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que, no art. 1º, regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657. Parece que a tentativa novamente era o enfrentamento dos deveres decorrentes da motivação,²⁸ bem como a busca por definir o que considera valores jurídicos abstratos e enfrentamento das consequências práticas da decisão.²⁹ Mais uma vez, em seu artigo 4º,³⁰ fica ilustrado o reforço ao consequencialismo, reafirmando o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade como “motivação [que] demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade”. De novo, sugere-se apenas a tentativa de clarear ou explicitar ainda as críticas e construções teóricas que apontavam possível vagueza e amplitude na aplicação do art. 20.

27 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF - AC 3637 ED/RO – Rel. Min. Edson Fachin – Julgamento em: 02/08/2018

28 Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. § 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram. § 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

29 Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração. § 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. § 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

30 Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas. § 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação. § 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

Para Heinen e Mafini, tais alterações propostas dialogam com premissas dogmáticas e jurídico-positivas consolidadas, como a incidência de princípio constitucionais com sua carga de generalidade e abstração, também aplicáveis no direito administrativo de forma implícita ou explícita, com objetivos de melhor coadunar ordem jurídica, política e social e um Estado voltado para a realidade na qual ele atua. Por outro lado, traz à tona o debate sobre os limites da separação, atuação e controle do poder na passagem de um “estado legislativo” para um “estado constitucional”, causando uma necessidade de releitura de mitos como da soberania e vontade das majorias. “Isso se pode notar claramente nas determinações de como as decisões judiciais e controladoras devem interpretar o direito público”.³¹ Também essa é a leitura de Moreira, para quem as alterações da Lei vêm contribuir fortemente para o intuito da segurança jurídica e têm um papel extremamente relevante:

Por conseguinte, a LINDB assumiu papel sobranceiro no trato do direito público brasileiro. Todas as autoridades, órgãos e entidades públicas, sem exceção, subordinam-se a ela e lhe devem aplicação irrestrita, obedientes à sua máxima eficácia. Os artigos da LINDB constituem mandamentos que condicionam a validade de provimentos administrativos. O exercício das competências administrativas foi funcionalizado em vista do direito público da segurança jurídica.³²

Ainda, segundo eles, tanto o realismo como o consequencialismo destacados pelos dispositivos da LINDB acima citados cria a imposição de que toda decisão que anular ato administrativo deve indicar as consequências e decidir de modo proporcional e equânime entre as partes envolvidas, impondo duas obrigações, que, na opinião dos autores, são muito bem-vindas para em casos de relativização: 1) explicitar as consequências jurídicas de modelações subjetivas, pensando a que se sujeitarão os efeitos da invalidação, objetiva, sobre o que produzirá efeitos e também temporais, a partir de quando a invalidação surte efeitos; 2) o compromisso com a proporcionalidade em relação àqueles atingidos pela consequência da invalidação do ato, sejam eles públicos ou privados, permitindo, assim, atender às

31 MAFFINI, Rafael, HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set./dez. 2018, p. 253.

32 MOREIRA, 2019.

particularidades e peculiaridades do caso.³³

Essa redação é criticável do ponto de vista da hermenêutica, dado que a decisão que se faz com base nos conceitos valorativos contidos nos textos normativos jamais é feita “no ar”, isto é, com base exclusiva em valores abstratos, pois a aplicação dos valores contidos, por exemplo, em direitos fundamentais ou em princípios com elevado teor valorativo, faz-se com base em valores de aplicação concretizada.³⁴ No caso do art. 20, Ricardo Martins chama atenção que, mesmo concordando que as situações jurídicas abstratas serão sempre verificáveis no plano das circunstâncias concretas,³⁵ não é o mesmo que dizer que sempre as circunstâncias concretas teriam o condão de afastamento da norma em abstrato, aliás, identifica que, se isso fosse possível, a insegurança jurídica seria assoladora na perspectiva de uma teoria do direito e de sua função primordial. No exemplo mencionado na órbita do direito administrativo, ainda que o gestor comprovasse que comprou pelo preço mais vantajoso para administração pública, isso não o dispensaria de seu dever de licitar.³⁶ Talvez a questão crucial a se dizer que não é menção à necessidade de analisar as condições reais que afastará a aplicação dos princípios e nem mesmo afastará a incidência

33 MAFFINI; HEINEN, 2018, p. 254.

34 NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do Ato Administrativo na Disciplina de Direito Público da LINDB. In: **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Org. Thiago Priess Valiati, Luis Alberto Hungaro, Gabriel Morettini e Castella. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019, p. 08.

35 Ressalta-se que, para o autor, a atividade da ponderação concretizada via aplicação da proporcionalidade é ainda mais relevante para o órgão de controle. “Por tudo isso, quando um órgão de controle, interno ou externo, examinar o vício de uma norma jurídica, deve fazer uma nova ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas, levando todos esses fatores em consideração. O resultado dessa ponderação indicará: a) se o vício, de início, exigia ou não a correção, vale dizer, se o ato era inválido ou irregular; b) sendo inválido, se o ato se converteu num ato irregular, ou seja, se houve a estabilização do vício, de modo que não se exige mais a correção; c) caso o ato seja inválido e o vício não se estabilizou, se o Direito exige ou faculta a redução ou reforma, a conversão, a convalidação ou a invalidação; d) caso exija a invalidação, se ela será retroativa, até o momento da introdução do ato ou até um momento posterior à introdução, irretroativa, valendo apenas a partir da data da decisão sobre a correção, ou pro futuro, a partir de uma data posterior à decisão; e) caso exija a invalidação, se o Direito exige ou faculta a edição de outro ato com conteúdo igual, parcialmente igual ou diferente do ato invalidado. Perceba-se que só a ponderação das circunstâncias fáticas ou jurídicas indicará, de modo definitivo, a solução exigida ou facultada. Em tese, é tanto possível que a ponderação indique apenas um resultado como admissível, configurando-se uma competência vinculada, ou indique duas ou mais soluções como admissíveis, imputando a escolha ao agente competente, configurando-se uma competência discricionária.” MARTINS, 2019, p. 40.

36 *Ibid.*, p. 23.

deles. Mas o quanto as condições reais podem determinar o afastamento do texto é sempre uma questão relevante sobre o aspecto hermenêutico.

No caso do art. 22, ponderam que ante a necessidade de escolhas valorativas, que as mesmas não sejam consideradas *in abstracto* e que, ao mencionar a preocupação com a “dificuldades reais” do gestor, a legislação possibilita a existência de parâmetros que deverão ser manifestados de forma motivada através da argumentação, demonstrando as razões e as consequências de se escolher uma e não outra opção a partir do impacto que esta causará tanto para administração quanto para seus administrados. Para Henien e Maffini, como a Constituição em grande parte das vezes é indeterminada, é a interpretação que dará sustentabilidade e legitimidade para formular a resposta correta, e, como não pode ser dada *a priori*, essas escolhas devem ser tomadas considerando consequências imediatas e futuras e aquilo que é socialmente justo e real.³⁷

A questão é se o consequencialismo, especialmente em sua versão forte, trará a segurança jurídica que se espera tanto para os administrados quanto para os contratantes com a administração pública, por razões óbvias, afinal, “(...) há argumentos utilitários, que são válidos e justos em alguns contextos, como também em outros contextos os argumentos valorativos aplicados são imprescindíveis para que haja limites jurídicos ao poder econômico”.³⁸ Seria isso algo novo? Seria isso algo tranquilizador sob o aspecto do controle responsável? Ainda era preciso ser dito?

Nesse contexto de reflexão, destacam-se expressões como “valores jurídicos abstratos”, “consequências práticas da decisão”, “necessidade e adequação da medida imposta” e obstáculos e dificuldades reais do gestor”. Recorre-se às lições de Saussure para trazer algumas reflexões quanto à inovação ou não, necessidade ou não, avanço ou não na utilização das referidas expressões, uma vez que, segundo o autor, a língua, como produto da coletividade, pode ser tomada como um fato social, no qual seus valores serão estabelecidos através das convenções sociais criadas

37 MAFFINI; HEINEN, 2018, p. 255-256.

38 NOHARA, 2019, p. 09.

em torno deles, buscando viabilizar a interação da própria sociedade. É assim que ocorre com o sistema de valores financeiros atribuídos pela moeda, pelo dinheiro, cuja estimativa não está nele, mas nos valores atribuídos socialmente.³⁹ Da mesma forma, dinheiro enquanto signo corresponde a um sistema de confiança mútua e em volta desse sistema giram tantos outros fatos sociais.⁴⁰ Para Saussure, a língua pertence aos primeiros, pois é um sistema de signos: “A língua é um produto social da faculdade da linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir essa faculdade nos indivíduos (...).⁴¹ Ou seja, o significado dependerá da posição que o signo ocupa e da função que ele exerce na coletividade.

Logo, não se trata de analisar tais expressões em seu sentido denotativo, mas sim em seu sentido conotativo, afinal, trata-se de termos jurídicos que surgem dentro de um contexto e que se prestam a alguma função. Se analisamos que o surgimento das alterações da LINDB a partir da Lei nº 13.655/2018 surge em um contexto de trazer mais segurança e previsibilidade em razão do abuso de interpretação e discricionariedade dos órgãos de controle no momento de analisar a decisão administrativa, tais termos teriam a função de propiciar mais segurança jurídica?

Diz-se isso, pois não é de hoje que os termos jurídicos indeterminados⁴² são recursos que buscam dar uma maior ilusão de controle, possuem uma carga positiva com apelo emocional, capaz de confortar pela sensação de amplitude daquele que justamente exerce o controle. Propiciam uma certa margem de espaço, de campo de atuação e conformação. Note-se que isso é paradoxal, uma vez que gera uma ilusão

39 SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye com a colaboração de Albert Riedlinger. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 24. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002.

40 HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015.

41 SAUSSURE, op. cit.

42 Há quem sustente em doutrina que a utilização pela lei desses conceitos indeterminados enseja a incidência da competência discricionária ao agente, abrindo-se-lhe a possibilidade de escolha de uma opção, entre aquelas que se oferecem à sua competência; enquanto outros, sustentam que a discricionariedade não reside propriamente nesses conceitos, cuja determinação deve se verificar pela interpretação, e não por escolha do gestor público. É conhecido o debate sobre o tema travado por Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Roberto Grau. MODESTO, 2007.

de que a decisão faz parte do direito (mas que não se liga de maneira óbvia ou definitiva em relação ao direito), escondendo assim o próprio caráter político da própria aplicação do direito. Ou seja, um velho recurso da dogmática para impor uma certeza sobre algo duvidoso.⁴³ Ainda, o Decreto nº 9.830/2019 regulamenta o consequencialismo na administração pública, que é olhar a qualidade da ação pela consequência dela e não pelo seu valor intrínseco. Assim, gestores podem ser responsabilizados por atos discricionários que fizeram, mas que se mostraram não ser a melhor alternativa na situação específica.⁴⁴

Há de se evidenciar que há um outro propósito posto da lei, que, em havendo espaço ou margem discricionário para essa decisão, que então seja reconhecida a competência do gestor, como é possível extrair da opinião de Beznos:

Em tempos de ativismo judicial e dos novos aparatos de controle, já era tempo de o legislador definir, por exigência do equilíbrio entre os poderes, que a concretização dos “conceitos jurídicos indeterminados” pelo administrador público não se presta a ser controlada pela aplicação de outros “conceitos jurídicos indeterminados” pressupostos ou criados pelo controlador (judicial ou administrativo).⁴⁵

Contudo, algumas reflexões se fazem necessárias: consequências práticas da decisão é menos indeterminando do que valores abstratos? Situações jurídicas reais tornam o campo da decisão e do controle menos indeterminado? Não estaria aqui se

43 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**. Epistemologia Jurídico da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

44 Em síntese, o dever de fundamentação das decisões administrativas, que já decorre do princípio republicano, dos princípios e regras de transparência administrativa e de *accountability*, **foi agregado, pela LINDB., ao dever de motivar levando em conta as consequências práticas da decisão**. Se faltar a fundamentação acerca dessas consequências, o ato administrativo deverá ser considerado inválido, eis que contrário ao texto da lei [...] A partir do momento em que a lei incorporou a consideração das consequências práticas como critério concretizador dos valores abstratos, não as considerar é violar a lei. (grifos nossos). VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o Direito na era do consequencialismo**. Disponível em: <<https://edilsonvitorelli.academia.edu/research#drafts>>. Acesso em: 07 jul /2020.

45 BEZNOS, Clóvis. Uso de “conceitos jurídicos indeterminados” na nova LINDB **Revista Consultor Jurídico**, 6 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-06/clovis-beznos-uso-conceitos-juridicos-indeterminados-lindb>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

buscando gerar uma situação de certeza em uma zona de decisão política que permanece em uma condição de espaços discricionários? Ao refletir sob as condições reais da decisão, poderia o gestor afastar os princípios normativos? Por que os princípios normativos seriam mais vagos do que as condições “reais” que devem ser consideradas no ato da decisão, ou melhor, teria como o juiz decidir sem considerar as condições reais? Se o órgão controlador não considera as condições reais da decisão, ele baseia-se em que condições para realizar sua interpretação?

Tais questionamentos decorrem porque os termos jurídicos indeterminados de aplicação do Direito revelam postulados de interpretação absolutamente, ou pelo menos, quase vazios de conteúdo, com máximas óbvias e desnecessárias, que precisam estar positivadas para servir de calmante. Estas máximas são máximas de invocação à razoabilidade (como se pudesse existir uma ação jurídica válida não razoável), ou o exercício do controle de forma a não observar tais preceitos.

O texto de alguma forma faz pressupor que haveria alguma a possibilidade de interpretação de texto sem contexto (evidente que os autores da legislação são profundos conhecedores do aspecto hermenêutico), o que não recai em uma crítica à interpretação do direito, mas sim à arbitrariedade da própria decisão emanada pelo órgãos de controle, quando assim não procede.

Concorda-se com o diagnóstico apontado pelos entusiastas da LINDB que inúmeras decisões administrativas e judiciais “(...), em face de uma visão estanque e individualizada da realidade, buscam atender uma demanda específica apresentada, a qual em última instância, pode chegar a comprometer o todo”. Não se discorda de que a proteção do interesse individual não pode/deve se sobrepor ao interesse coletivo “(...) seja qual for a solução (isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende o maior número), é uma opção trágica”.⁴⁶

46 GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 159.

4. SOLUCIONADO O PROBLEMA?

O subterfúgio de expressar ou positivar até mesmo o óbvio, que deve se decidir com base em texto e contexto, pode servir como um calmante ao imaginário jurídico, mas não se pode dizer que inova ou evita decisionismo⁴⁷ judicial, porque as boas e velhas regras de interpretação jurídica sempre estiveram à disposição dos juristas, bem como a obrigação com a coerência, a lógica e a integridade das decisões:

Assim, com base no consequencialismo, isto é, na ponderação consequencial, a motivação deve demonstrar que a medida é proporcional, dado que a proporcionalidade contempla em seu sentido tanto a adequação, quanto a necessidade, sendo mais controvertida ainda a exigência contida na parte final do artigo, isto é, que haja uma comparação da decisão tomada em função de “possíveis alternativas” existentes no caso concreto. Em primeiro lugar, quando se fala em alternativas que foram ponderadas quando de uma decisão, do ponto de vista da hermenêutica, a partir de uma análise mais rigorosa, não se pode falar que seria correta a “demonstração” da decisão considerada adequada e necessária, como se a tomada da decisão derivasse de uma operação lógica. Do ponto de vista da hermenêutica jurídica, quando há justificativa de uma decisão tomada por um intérprete autorizado, ele escolhe, como regra geral, em face de alternativas, afastando aquelas que reputa piores, sendo que no momento de justificar sua escolha ele o faz pela persuasão dos argumentos e não pela demonstração lógico-analítica. É no campo da lógica pura que há demonstração da aplicação de uma equação, derivada de fórmulas precisas. Quando há a demonstração, nem precisamos considerar alternativas, pois elas se tornam irrelevantes dada precisão lógica

47 Boa parte da doutrina administrativista tem compreendido que as alterações da LINDB limitam o espaço da discricionariedade, especialmente dos órgãos. Nesse sentido é que segue o entendimento de Valiati: “É exatamente esse amplo espaço de atuação do controlador que a Nova Lei de Introdução visa a coibir. A nova racionalidade decisória vem barrar esse tipo de interpretação, porquanto passa a exigir do controlador que demonstre através de provas concretas e consequências práticas que o ato praticado pelo agente público estaria evitado da intenção de ferir a probidade administrativa. Amplia-se, assim, o ônus de fundamentação do controlador para acusações de atos de improbidade baseadas na alegação genérica de violação aos princípios da Administração Pública, tipificados no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992. VALIATI, Thiago Priess. **O impacto da Nova Lei de Introdução (L.13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo.** ANO 2018 NUM 416. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>>.

da aplicação. Também na área jurídica é menos comum, mas é possível que haja aplicação mais lógica de um preceito normativo. Isto ocorre, pois a hermenêutica já se liberou das pretensões de rigor e precisão lógico-formais mais características da metodologia adotada no século XIX e começo do século XX.⁴⁸

Não se está a discordar de afirmações como estas: “Os custos e as possibilidades reais merecem ser considerados. Merecem aparecer no limiar das decisões, sob pena de se negar a realidade e se optar, aqui em uma literal tragédia, pela utopia”.⁴⁹ No entanto, questiona-se quando e em que momento elas não foram ou não deveriam ser consideradas no âmbito teórico e jurídico, bem como, se interpretar as possibilidades reais pode ser mais reconfortante em termos de interpretação do direito, haja vista que tal situação requer uma série de decisões. Por exemplo: possibilidade real para gastar em saúde seria apenas aquela prevista no orçamento da saúde? Quanto seria possível comprometer em decisões judiciais? Não há diferença se as decisões versam sobre um direito garantido e não realidade (por exemplo, um medicamento obrigatório que não está sendo fornecido), quanto por um medicamento ou tratamento não previsto no sistema? É evidente que se está a dizer o mais do mesmo, qualquer tentativa de resposta exige olhar a situação concreta. O questionamento aqui é, se ao dizer expressamente isso, estar-se-ia proporcionando maior “segurança jurídica”⁵⁰ ao gestor e aos contratantes com a administração pública, nesse sentido é que o problema parece mais complexo. O temor é que se aposte no consequencialismo como forma de trazer maior segurança jurídica ao direito, a ideia de que “um novo movimento deve tomar conta, pugnado pela consideração da realidade como fator determinante, como fator primeiro, deixando-se

48 NOHARA, 2019, p. 08-10.

49 MAFFINI; HEINEN, 2018, p. 256.

50 Nesse sentido é a posição de Moreira: A Nova LINDB versa sobre a garantia da confiança na aplicação de normas de direito público, assegurando aos poderes públicos e às pessoas privadas que o hoje afiançado será amanhã cumprido, sem sobressaltos ou surpresas. O foco central é a garantia da segurança nas relações jurídicas que envolvam poderes públicos e pessoas privadas. As proposições partiram da necessidade de se imprimir maior estabilidade, transparência e melhor fundamentação na tomada de decisões públicas, inclusive quanto às suas consequências. Proposições intensificadas pela ideia de consensualidade administrativa (consolidando a adoção de técnicas de mediação e arbitragem por entes da administração pública direta e indireta. A lógica, por conseguinte, é não-adversarial e prospectiva, a fim de constituir e consolidar soluções de longo prazo. MOREIRA, 2019.

de lado a orientação normativista, redutora dos próprios direitos”,⁵¹ pode ser tão sedutora quanto acreditar que a normatividade por si resolveria o terreno problema da linguagem⁵² e, conseqüentemente, do direito.

Não é o consequencialismo jurídico, mas, sim, a própria noção de hermenêutica que coloca o intérprete como sujeito criador da norma, uma vez que a realidade da própria administração pública é tão complexa em face das multiplicidade de possibilidades de aplicação que obviamente não há como imaginar o discurso da segurança jurídica absoluta de um texto normativo, uma vez que não se trata de uma solução dedutiva e nem mesmo da concepção de que haja uma única resposta correta, ainda que a argumentação leve a crer que seja a melhor resposta naquele caso.⁵³ Esse trabalho praticamente artesanal de extrair do texto o sentido da norma é que se torna redundante, para não dizer tautológico, que haverá sempre que se situar em uma dada realidade em toda sua complexidade.

Dizer que, a partir das alterações da LINDB, há inovações sob a perspectiva da segurança jurídica na interpretação e aplicação do direito, pois gestor e controlador não estão autorizados a decidirem com base em valores abstratos ou sem considerar as conseqüências da decisão em um contexto de proporcionalidade, *a contrario sensu*, é de se afirmar que, antes das alterações legislativas, os controladores dos atos administrativos em alguém momento estiveram autorizados a decidir com base em algo imaginário, fora da realidade, se é que isso poderia ser pensado no contexto no qual se entendem o direito e a sociedade como uma comunicação.

Nesse sentido, a interpretação é sempre concreção de normas através dos métodos de interpretação, da mesma forma que a interpretação pode ser tida como: “[...] é um ‘discurso’ ou ‘processo’ complexo que incide sobre um enunciado linguístico”.⁵⁴ Klaus Stern resume isso, dizendo que: “todo ato de interpretação é um trânsito

51 MAFFINI; HEINEN, 2018, p. 256.

52 DECAT, Thiago Lopes. **Racionalidade, valor e teorias do direito**. Belo Horizonte: Editora D’Plácidos, 2015.

53 NOHARA, 2019, p. 11-12.

54 STERN, Klaus. **Derecho Del Estado da República Federal da Alemanha**. Madrid: Madrid, 1987, p. 278.

do abstrato para o concreto. Tem como objeto uma disposição, sendo seu resultado uma norma.”⁵⁵

Com Gadamer, aprende-se que a hermenêutica deve sempre partir de um estudo que leve em conta as estruturas prévias da própria compreensão,⁵⁶ o que lhe permite avaliar os fundamentos das diversas formas de experiência humana, não só a científica.⁵⁷ É nesse sentido que aquele que interpreta obviamente parte de uma situação histórica, delimitada no espaço e no tempo, que lhe constituem os pré-juízos que irão possibilitar toda e qualquer compreensão. “Significa dizer que o sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito: a tradição”.⁵⁸ Está claro que a interpretação de um texto não pode se afigurar como mera pré-compreensão subjetiva do intérprete, justamente no contexto a ser interpretado, considerando presente, passado e futuro, e isso faz com que a interpretação se restrinja ao monólogo do intérprete com sua própria pré-compreensão.⁵⁹

Na verdade, nem mesmo a crítica seria novidade, em sentido contrário à hermenêutica tradicional que dividia a aptidão para compreensão da realidade através de três *subtilitas*, a *intelligendi* (enquanto compreensão do mundo), *explicandi* (enquanto pretensão de anunciar uma verdade) e *aplicandi* (enquanto produção da próprio viver). Gadamer demonstra como devem ser vistas de forma unificada, pois toda “(...) interpretação deve incluir não só a explicação do que o texto significa no seu próprio mundo, como também o que significa, termos de momento atual, por isso

55 STERN. 1987, p. 278.

56 De acordo com Heidegger, a compreensão é inevitavelmente condicionada pelo horizonte de possibilidades dentro do qual crescemos e a partir do qual interpretamos os entes ou a nossa experiência do mundo. Assim sendo, Heidegger defende que não pode haver interpretação sem pressupostos, porque ela pressupõe inevitavelmente um determinado contexto prático (uma posse prévia; *Vorgrif*), uma determinada perspectiva (uma visão prévia; *Vorsicht*) e, inclusivamente, uma grelha conceptual (uma concepção prévia; *Vorgrif*). (SAMPAIO, R. S).

57 LEAL, Rogério Gesta. **A contribuição de Gadamer como ferramenta à hermenêutica jurídica.** Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/974>>. Acesso em 04 de junho 2020.

58 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

59 LEAL, op. cit.

compreender o texto é sempre já aplicá-lo”.⁶⁰

A norma como ato de produção do intérprete sobre o texto carrega várias possibilidades interpretativas e toda decisão não deixa de ser uma opção por parte do intérprete. A crítica da aplicação de um consequencialismo forte seria justamente à possibilidade de antecipar o resultado e, ao “não gostar” do resultado, trazer uma nova consequência que não se liga à norma.

Sendo assim, sobre tal aspecto que foi objeto do recorte deste texto, apenas não se observam novidades sob o dever de interpretação e motivação substancial, especialmente quando da revisão das decisões, e há que se estar atento ao desenrolar de sua aplicação, especialmente na defesa de um consequencialismo em sentido forte, sob pena de produzir os efeitos contrários ao pretendido com a própria edição legislativa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato é que se pratica uma interpretação não apenas porque a linguagem é ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação constituem uma só operação, e, ao fazê-la, não se interpreta apenas o texto normativo, mas também se compreende (interpreta) os fatos, razão pela qual adiantamos os resultados possíveis. Os fatos serão determinantes para a produção da norma.⁶¹ Se os fatos são importante para a produção da norma, não é a utilização de recursos como os princípios jurídicos ou outros “valores abstratos” que implicaria a construção da norma para o caso concreto distante da realidade. Na verdade, esses valores ou mesmo princípios somente são aplicáveis a partir de interpretações de situações fáticas.

É de se questionar se consequencialismo, especialmente forte, enquanto teoria, é capaz de apresentar soluções ao problema dos limites da discricionariedade judicial ou das inúmeras arbitrariedades, inclusive de órgãos de controle, para então refletir sobre as possibilidades de como tal redação normativa tem potencial para

60 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Portugal, Edições 70, 2006, p. 191.

61 GRAU, Eros Roberto. *Interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28.

propiciar maior segurança jurídica na aplicabilidade no direito.

Talvez o risco de se enaltecer o consequencialismo no âmbito das decisões esteja justamente na compreensão de que situações não jurídicas, ou argumentos econômicos, políticos e morais sejam considerados não apenas no contexto da interpretação e aplicação do direito, mas como forma de afastar o próprio texto legal. Agora, analisar o quão “vantajoso” isso pode ser não trará, salvo melhor juízo, maior segurança e previsibilidade para administração pública e com quem ela se relaciona. Exceto pelo fato que, no imaginário jurídico, haveria um conforto se pensar-se que, agora sim, haveria obrigação de motivação substancial⁶² entrelaçando-se texto e contexto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BEZDOS, Clóvis. Uso de “conceitos jurídicos indeterminados” na nova LINDB. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-06/clovis-beznos-uso-conceitos-juridicos-indeterminados-lindb>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BITENCOURT, Caroline Müller Bitencourt. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Editora Fabris: Porto Alegre, 2013.

62 Nessa esteira, a motivação substancial, mais do que estar conexas com a publicidade como ocorre na motivação formal, está conectada com juízos de proporcionalidade e/ou razoabilidade dessas decisões e aí é que incide o problema concreto em relação ao controle judicial da motivação substancial, mais uma vez, a porta de entrada para o controle jurisdicional desses atos será a questão de sua desproporcionalidade. Se a jurisprudência adotar uma postura mais pró-ativa, em relação ao controle do mérito, sob os aspectos de conveniência e oportunidade em relação à proporcionalidade dos atos, então, na verificação da motivação do caso de políticas públicas, para além da análise da motivação formal, ou seja, com análise da real existência dos motivos, poderá também proceder à análise da motivação substancial, ou seja, apreciar a justiça e a legitimidade do ato com base na razoabilidade/proporcionalidade dos motivos. BITENCOURT, Caroline Müller Bitencourt. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Editora Fabris: Porto Alegre, 2013, p. 243.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no Direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. v. 6, n. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. Acesso em 13 de junho de 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Interpretação e aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUIMARÃES, Fernando. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista de Direito do Estado**. ANO 2016 NUM 71. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 05 de junho de 2020.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. **A contribuição de Gadamer como ferramenta à hermenêutica jurídica**. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacional-dedimensoes/article/view/974>>. Acesso em: 04 de junho 2020.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual. **Revista Jurídica PUC-Rio**. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/602>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MAFFINI, Rafael, HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set./dez. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Qual o Futuro do Direito Administrativo? **Revista direito do Estado**, ano 2019, n. 427. Disponível: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/qual-o-futuro-do-direito-administrativo>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Teoria do Ato Administrativo à Luz das Alterações da LINDB.** In: A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro. Thiago Priess Valiati, Luis Alberto Hungaro, Gabriel Morettini e Castella. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.

MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, jun./jul./ago. De 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-PAULO--MODESTO.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. **A Nova Lei de Introdução:** Segurança Reforçada ao Direito Administrativo. In: **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro.** Thiago Priess Valiati, Luis Alberto Hungaro, Gabriel Morettini e Castella. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Motivação do Ato Administrativo na Disciplina de Direito Público da LINDB.** In: A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro . Org. Thiago Priess Valiati, Luis Alberto Hungaro, Gabriel Morettini e Castella. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. P.08.

_____. “Solublemas” da LINDB ao direito público. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/solublemas-da-lindb-ao-direito-publico/>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

PALMER, Richard. **Hermenêutica.** Portugal, Edições 70, 2006.

POSNER, Richard A. **A Problemática da teoria moral e jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral.** Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye com a colaboração de Albert Riedlinger. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 24. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e ma-landragem. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação:** racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

STERN, Klaus. **Derecho Del Estado da República Federal da Alemanha**. Madrid: Madrid, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/cheга-de-axe-no-direitoadministrativo_b_5002254.html>. Acesso em: 05 junho 2020.

VALIATI, Thiago Priess. O impacto da Nova Lei de Introdução (L.13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo. **Revista Direito do Estado**. ANO 2018 NUM 416. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários**: o Direito na era do consequencialismo. Disponível em: <<https://edilsonvitorelli.academia.edu/research#drafts>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**. Epistemologia Jurídico da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

A LEGITIMIDADE E OS LIMITES DO PODER POLÍTICO NO BRASIL: POR UMA HERMENÊUTICA COM CORAGEM E SEM LOUCURA

EMERSON GABARDO

Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR.
Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR.

GUSTAVO MARTINELLI

Mestrando em Direito Econômico pela PUC-PR.
Membro do Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e Desenvolvimento
Humano – NUPED.



1. INTRODUÇÃO

O cenário político-social contemporâneo obriga uma nova reflexão de temas clássicos. O que anteriormente fora óbvio passa a ser visto com desconfiança. Isso se dá, precisamente, com a questão dos limites do poder político e sua legitimidade. De fato, a legitimidade do poder político coincide, justamente, com seus limites. É através do respeito às fronteiras internas (coerência sistemática) e externas (fático-históricas) que o poder político é exercido em favor de seus titulares. Isso se dava no pluralismo político do medievo, com as limitações impostas pela titularidade difusa do poder, mas também ocorre na unidade contemporânea do poder constitucionalizado. Neste ínterim, as rupturas históricas desenvolveram instrumentos para limitar o poder, ao passo em que seus titulares variavam. No Brasil atual, a soberania é exercida pelo povo, através de mecanismos de separação e controles recíprocos das funções políticas.

Sucedem que as demandas populares, cada vez mais afeitas à busca de resultados imediatos e de posições pragmáticas, passaram a desconsiderar os mecanismos desenvolvidos ao longo da história jurídica para limitar abusos e conferir meios apropriados para o exercício do poder político. Na realidade, percebe-se o desprezo público pelos marcos de competência atribuídos pelo sistema normativo,

acompanhado do furor por aplicações meramente utilitaristas.

Com a pesquisa em cena, procura-se retratar sob quais bases se funda o poder constituinte e quais os limites impostos a essa manifestação política. Através da metodologia dedutiva, em uma abordagem qualitativa apreciada pelo procedimento de revisão bibliográfica, identifica-se, aqui, as restrições fáticas presentes quando da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, não para desmerecê-la, mas para reconhecer que tais limitações são elementos legitimadores da Constituição. Nesse contexto, um novo desafio se impõe: como atender às necessidades ilimitadas da sociedade, que clamam pela eficiência máxima do Poder, sem ofensa a seus controles?

2. A QUESTÃO DA TITULARIDADE DO PODER E DA SOBERANIA POPULAR

A questão da titularidade de poder na proto-história do Estado nacional admite diferentes interpretações, mas quase todas elas destacam o fato de que a coroa estava sob o signo da ideologia dinástica (de onde surgia o Direito divino nos reis).¹ Não é equivocados dizer que no final da Idade Média o rei é *superomnes* (ou seja, está acima de todos). Todavia, autores como Renato Janini Ribeiro asseveram que tal interpretação resulta em mera simbologia, pois na prática política dos séculos XIII e XIV era comum a transmissão da coroa por eleição e não por herança. Na verdade, sagrado era o ofício do rei, e não sua pessoa natural. A unção papal era muito mais importante do que a hereditariedade – era neste elemento que residia a titularidade do poder (a realeza era um ofício atribuído por Deus). Já no Antigo Regime a *ultima ratio regum* era a aplicação da força. O advento da soberania mediante um governo gestor econômico coincide com a substituição dos estados (états, ordens, estamentos), então sujeitos contratantes na política, pelo Estado, no qual o poder supremo se aloca a alguém (indivíduo ou assembleia).²

Com a discussão surgida no ambiente da Revolução Francesa este processo de racionalização do poder (abandonando Deus e a força como fundamentos de

1 GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

2 RIBEIRO, Renato Janine. **A última razão dos reis: ensaios sobre filosofia e política**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 105, 12 e 102.

legitimação) intensifica-se e propicia o surgimento da noção de “poder constituinte”. Para tanto, foram importantes os trabalhos do Abade Sieyès e seu questionamento sobre o que seria o Terceiro Estado. A superação da legitimação tradicional, a ideia de que o poder decorre da nação, e o foco na liberdade e autodeterminação do povo são os pilares de uma nova interpretação da relação entre poder e Direito.³

O chamado poder constituinte passa a ser o poder de estabelecer uma Constituição, uma ordem jurídica suprema a partir de decisões políticas fundamentais. E como pertence a um ambiente externo ao Direito positivo, dependendo da teoria e do momento histórico, acabou sendo encarado de diferentes maneiras conceituais. Por alguns foi entendido como um “poder de fato” – como no positivismo de Augusto Comte ou no sociologismo de León Duguit (e em assim sendo, sua titularidade, limites, procedimento e legitimidade não podem ser previamente definidos – seria uma força social).⁴ Por outros, foi entendido como um “poder jurídico” natural (basicamente nas teorizações dos contratualistas como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, em que é o poder constituinte uma decorrência da própria lógica racional-universal do ser humano se relacionando em uma coletividade, ou seja, um poder criador decorrente da própria natureza humana, na capacidade de se autodeterminar enquanto sociedade e de modificar a natureza das coisas).⁵

Como poder de fato, não há o que se perguntar a respeito de sua *forma de manifestação* ou de sua *limitação*. É determinado pela capacidade fática de fazer valer a nova ordem, contra eventuais resistências, ou seja, é constituído pela sua eficácia. Trata-se, portanto, de um poder que desaparece depois de feita a Constituição. Todavia, ao contrário do que poderia inicialmente ser compreendido, é possível uma convocação do poder constituinte pela atuação dos poderes constituídos, mesmo sem

3 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3. ed. Tradução de Norma Azeredo Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

4 COMTE, Augusto. **O Espírito positivo**. Tradução de Carlos Lopes. Porto: Rés. [?]; DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Inquérito, [?]

5 MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Granfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: UnB, 2010, p. 272-283. Para uma análise da doutrina nacional sobre o assunto, 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.

necessidade de revolução. Em alguns casos, a realidade social impõe tal iniciativa. Segundo Jorge Miranda, podem existir razões fundantes, então, para a substituição da Constituição, como por exemplo: graves transformações sociais e econômicas operadas na sociedade; descontentamento radical da maioria da população com o modo de ser e de atuar da vigente organização; ou mesmo, a alteração do modo de se compor os diversos centros de poder no interior da sociedade.⁶

Em seu sentido jurídico, o poder constituinte decorre da consideração de que a comunidade política nasce a partir de um natural acordo de vontades entre aqueles que se submeterão à ordem jurídica que se inaugura com o contrato. O poder constituinte, portanto, estaria ligado formalmente ao povo, ao conjunto de indivíduos e uma deliberação idealizada a respeito das regras de convivência social. Os contratualistas, todavia, constroem essa proposição a partir de diferentes pressupostos. A tratativa do assunto, derivada da leitura que a intelectualidade moderna fez dos autores, poderia conduzir a diferentes interpretações. Todavia, de pronto se admite a desnecessidade de uma visão originalista ou que vise assumir qualquer pretensão de correção à interpretação histórica dos autores.

Devem ser separados, portanto, os autores do seu pensamento.⁷ E em assim sendo, pode-se dizer que para Hobbes os indivíduos, se exercerem a liberdade ilimitada que possuem no estado de natureza, estão sempre potencialmente ameaçados, à mercê, portanto, de uma “guerra” generalizada, pois cada um possui total liberdade para fazer o que quiser, inclusive em relação à vida dos demais. Em oposição, a Constituição de uma sociedade política com um poder concentrado traz paz e coesão social. Hobbes demonstra, assim, que não há uma natureza moral para o homem (boa ou má), mas é decorrência lógica da própria razão e da conjuntura do estado de natureza o fato de que, sem um poder superior para limitar as liberdades, a maior ameaça ao ser humano se

6 MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**. São Paulo: RT, v. 1. 2011, p. 439-444.

7 “As obras – mesmo as maiores, ou sobretudo, as maiores – não têm sentido estático, universal, fixo. Elas estão investidas de significações plurais e móveis, que se constroem no encontro de uma proposição com uma recepção. Os sentidos atribuídos às suas formas e aos seus motivos dependem das competências ou das expectativas dos diferentes públicos que delas se apropriam. Certamente, os criadores, os poderes ou os experts sempre querem fixar um sentido e enunciar a interpretação correta que deve impor limites à leitura (ou ao olhar). Todavia, a recepção também inventa, desloca e distorce.” CHARTIER, Roger. **A ordem dos livros**. Tradução de Mary Del Priori. Editora UnB, 1999, p. 9.

encontra nos demais seres humanos, donde *homo homini lupus*.⁸

Para Locke a capacidade de decisão a partir da liberdade contratual dos homens seria sua maior dádiva – podendo-se atribuir um sentido de bondade à essa natureza racional, inocente e inofensiva (que não oferece malefícios aos demais).⁹ Já para Rousseau, assim como em Hobbes, os indivíduos não seriam bons nem maus por natureza. Contudo, para o primeiro autor, não representam uma ameaça aos demais no estado de natureza, pois é justamente a sociedade que os corromperia. É o convívio com os demais que os torna desiguais e egoístas, necessitando de regras consensuais para tal convivência que se pautem pela vontade popular; uma vontade que não é da maioria, nem será a soma de todos isoladamente (será, sim, a vontade unânime de todos pelas mesmas razões).¹⁰

No Brasil, autores como Luiz Pinto Ferreira parecem, no tocante ao assunto, adotar uma perspectiva realista (oriunda do poder de fato) ao asseverar que o poder constituinte é algo supremo, originário e soberano, não sendo submetido a nenhum preceito anterior do Direito positivo – todavia, podendo limitar sua própria vontade e estando subordinado à pressão social do grupo, às exigências do bem comum, aos valores jurídicos ideais e à opinião pública que o gerou.¹¹ Tércio Sampaio Ferraz Junior desenvolveu tese diversa, propondo que a noção de poder originário só é válida num sentido formal. Afinal, nenhum poder seria completamente inicial, autônomo e incondicionado. Não seria completamente inicial porque o poder é sempre um

8 HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Daniel Miranda, São Paulo: EDIPRO, 2015., p. 153-315; BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 14-57; WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da Política**. São Paulo: Ática, v.1, 1990; FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 144.

9 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos** – ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 156.

10 ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social – princípios do direito político**. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella São Paulo: RT, 2008, p. 29; ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. In: WEFFORT, op. cit., p. 213; SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O paradoxo de Rousseau – uma interpretação democrática da vontade geral**. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 51; SALGADO, Eneida Desiree. Jean Jacques Rousseau e o Estado Moderno. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Org.). **Direito Moderno e Contemporâneo: perspectivas críticas**. Pelotas: Delfos, 2008, p. 88.

11 FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 5. ed. 1991, p. 86-88.

conjunto de relações entre diversas forças sociais e só formalmente se pode determinar uma delas como o poder de onde derivam os demais poderes. Não seria completamente autônomo porque, não só pela aceitação de um Direito natural, mas pelo reconhecimento de uma série de limitações de ordem social, histórica, cultural, econômica ou ideológica, ele já vem restringido. Não é completamente incondicionado porque frequentemente já recebe prefixadas certas diretrizes básicas, ou seja, tem de atuar e deliberar conforme certas regras que antecedem sua manifestação.¹² No mesmo sentido, parece interessante a ressalva de Cezar Saldanha Souza Júnior de que o poder político sempre precedeu a sociedade no Brasil. Assim, uma constituinte, neste caso específico, não pode ser vista da forma tradicional. Como as Constituições no Brasil são posteriores à existência do Estado, sempre dependeram, em maior ou menor grau, de um ato anterior do órgão estatal detentor do poder preexistente. Segundo o autor, as Constituições brasileiras não fundam o Estado, mas dele decorrem. São, quanto à existência do Estado, meramente declaratórias.

Na contemporaneidade, autores como Friedrich Müller se referem ao “poder constituinte do povo”, num sentido em que o povo parece ocupar o cargo anteriormente ocupado por Deus na estrutura funcional da vida política. A soberania popular é fundamental, ainda que seu sentido seja utilizado como metáfora de uma real manifestação de poder.¹³ Para José Afonso da Silva, todavia, o poder constituinte é aquele que cabe ao povo de dar-se uma Constituição. Nesse sentido, não é exatamente um poder jurídico (nem exatamente um poder de fato), mas a mais alta expressão do poder político, porque é aquela “energia” capaz de organizar política e juridicamente a nação; ou seja, retrata uma vontade política constitutiva.¹⁴ Ainda que por diferentes caminhos (e distintos conceitos de soberania popular), ambos os autores identificam poder constituinte e soberania popular.

E esta identificação entre poder constituinte e soberania popular é partilhada por muitos outros autores. Dalmo de Abreu Dallari, por exemplo, destaca a necessidade

12 FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. Convocação da Constituinte como um problema de controle comunicacional. In: CLÈVE; BARROSO, 2011, p. 595-604.

13 MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: RT, 2004.

14 SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 67.

de respeito à vontade e à igualdade na manifestação político-institutiva. Não é que a vontade de cada um deva estar no texto constitucional, mas todos devem ter o direito de participar da construção da Constituição e do sistema jurídico como um todo; e isso é feito notadamente por intermédio do debate de ideias.¹⁵ Ademais, o povo tem que dar consentimento prévio e posterior: trata-se de uma questão de autenticidade perene da vontade popular como fundamento das decisões públicas. Já Afonso Arinos de Melo Franco dá mais ênfase à ideia de soberania do povo do que o próprio poder constituinte. Ademais, o povo deve ser entendido no sentido jurídico, como um “conjunto de súditos de um Estado no gozo e uso dos direitos políticos ou de cidadania”;¹⁶ diga-se de passagem, um conceito que merece ser criticado por ser muito restrito.

Na atualidade, há uma tendência de que o conceito de povo esteja mais ligado à noção de humanidade do que à de cidadania. A ampliação de problemas comuns em diferentes partes do globo (fruto da mundialização da cultura e da globalização econômica) fragiliza o vínculo republicano nacional.¹⁷ Em geral, é possível identificar aspectos positivos de uma ultrapassagem das fronteiras rumo a um entendimento universalista do sujeito.¹⁸ Todavia, esta nova conexão nem sempre é positiva, pois pode produzir um desgaste da cidadania rumo ao reforço de identidades nacionalistas, neoindividualistas, ou sectaristas (como aquelas ligas por um vínculo religioso). Mais recentemente, o Brasil e o mundo estão vivenciando justamente esta reação conservadora identitária, até mesmo com o ressurgimento de grupos neofascistas.

Sob outra óptica, Antonio Negri analisa a questão afirmando que falar de poder constituinte é falar menos de Direito que de democracia. Desse modo, o problema

15 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 31. ed. 2012, p. 201.

16 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 90.

17 Conferir: ORTIZ, Renato. *Mundialização e cultura*. 2. ed. Brasília, 1994; e LIMA, Abili Lazaro Castro de. **Globalização econômica, política e Direito**: análise de algumas mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

18 O tema é polêmico, pois refere-se justamente em embate entre universalistas e relativistas. A opção da presente abordagem é, todavia, pela defesa de uma perspectiva universalista. Para mais detalhes ver trabalho anterior: GABARDO, Emerson. O pós-moderno príncipe e a busca pela tranquilidade da alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 13 e ss. e LIPOVETSKY, Giles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução de Armando Braio Ara. São Paulo: Manole, 2005, p. 171 e ss.

está na manifestação do poder constituinte, ou seja, nos procedimentos da representação política. E com este argumento o autor separa a questão substancial de titularidade da representação da questão formal inerente aos procedimentos para a manifestação de vontade.¹⁹ Ainda que parta de premissas distintas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho segue uma linha de raciocínio análoga ao estudar a questão distinguindo o aspecto substancial do procedimental. Segundo o autor, concluir que o povo é o titular do poder constituinte pouco esclarece, pois a noção de povo é obscura. Na realidade, o povo seria o titular passivo do poder constituinte; um poder exercido proceduralmente por uma elite (o verdadeiro titular ativo). O papel do povo no processo constituinte estaria no seu consentimento à nova ordem jurídica e no cumprimento da Constituição, ou seja, na sua efetividade.²⁰

Goffredo Telles Júnior, entretanto, explica a questão de forma diversa. O autor está de acordo com a proposição de que o poder constituinte é originário, autônomo, incondicionado e soberano. Mas o poder da assembleia constituinte não é ilimitado; ele deve espelhar as “convicções generalizadas da coletividade”, sob pena de ilegitimidade.²¹ Paulo Bonavides também não vê na assembleia constituinte a existência de poderes absolutos. Conforme a predominante doutrina constitucionalista atual, existem limites: expressos (que decorrem do ato convocatório, quando esse se sujeita a um controle popular exercitado por meio do *referendum* ou da consulta plebiscitária);²² e tácitos (que decorrem do processo constituinte, o qual não se dá apenas no interior da assembleia, mas é constante na sociedade, construído pelos “microconstituintes” – grupos sociais que intervêm no processo político – e pelas conquistas históricas já constitucionalizadas).²³

19 NEGRI, Antônio. **O Poder Constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 23.

20 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 29.

21 TELLES JUNIOR, Goffredo. **A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 37 e ss.

22 E ainda há o problema concreto da convocação de uma assembleia constituinte mediante um ato que prescreva limitações a determinados temas. Neste caso, o que realmente seria possível fazer por intermédio de um poder constituinte? CF.: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 150 e ss.

23 BONAVIDES, Paulo. O exercício do poder constituinte. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**. v. 3. p. 141-147, jul./dez., 1985.

De todo modo, essa concepção de poder limitado pode decorrer: (i) de uma *visão jusnaturalista* (como na tipicamente francesa) – que nega ao poder constituinte a disponibilidade sobre determinados direitos individuais; (ii) de uma *visão historicista*, que à maneira alemã vê a Constituição de um Estado para além de um documento formal, como reflexo do especial modo de ser de uma determinada comunidade; (iii) de uma *visão mista*, tipicamente anglo-americana, conjugando comunitarismo e liberalismo a partir de uma proposta tipicamente republicana.²⁴

Dalmo de Abreu Dallari adverte, ainda, que não basta a elaboração da Constituição se dar por uma assembleia constituinte formalmente democrática. Há requisitos materiais para que a vontade do povo seja respeitada, tais como: (i) a assembleia deve ser livre e representativa; (ii) sua convocação deve se dar com a preparação de eleitores e candidatos; (iii) os sistemas eleitoral e partidário devem ser adequados à garantia de representatividade efetiva e à Constituição.²⁵ Assim, a partir do cumprimento desses pressupostos, estar-se-ia diante de uma estrutura jurídica fundamental normalizadora da realidade social com base na soberania popular. Essa estrutura jurídica fundamental, por sua vez, confere legitimidade aos agentes públicos incumbidos do exercício de suas funções (administrativas, legislativas e judiciais) – separadamente. Tais representantes (conforme o tipo de função estatal desempenhada por cada qual) elaboram leis, editam atos administrativos e proferem decisões com força de coisa julgada. Afinal, se por um lado o poder é exercido em nome do povo, por outro lado, tal exercício é realizado por um mecanismo de controles recíprocos entre os organismos que exercem tal poder e, no Brasil, são denominados “Poderes”.

3. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

O poder (gênero) pode servir a quaisquer propósitos (ética dos resultados – ou da responsabilidade) ou realizar-se por quaisquer ações (ética dos meios – ou reflexiva).²⁶ Em tese, o poder político (espécie) não pode; ele deveria ser orientado

24 FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di Storia Delle Costituzioni Moderne**. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, 1995.

25 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 37.

26 VERNENGO, Roberto J. Ética reflexiva y ética de responsabilidade em Max Weber. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 15-16, vol. II, 1994, pp. 561-570. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/buscar/?seccion=catalogo_por_titulo&portal=cervantesvirtual.com&q=vernen-go>. Acesso em: 14 Jul. 2015.

em qualquer caso por valores tanto no tocante aos meios, quanto no tocante aos fins. Entretanto, a variação de valores condicionadores do poder e, portanto, passíveis de lhe conferirem legitimidade, é muito grande. Ademais, o próprio conceito de legitimidade é ambíguo. Para Simone Goyard-Fabre, por exemplo, a legitimidade se funda na proteção contra o capricho, a anarquia, a arbitrariedade e, portanto, não admite uma ordem fundada exclusivamente na força.²⁷ Já Raoul Girardet foca a noção no reconhecimento espontâneo da ordem, na aceitação natural das decisões e no não questionamento das instituições.²⁸

Do ponto de vista histórico, na modernidade essa impossibilidade de estabelecimento de um ideal de legitimidade foi resolvida pelo advento da lei. A legitimação do Direito, do Estado, e da Constituição ocorre por critérios formais normativos e hierárquicos. Mas não é só isso, o processo de racionalização da vida por intermédio das instituições jurídicas modernas exigiu também laicidade, capitalismo e humanismo.²⁹

O pensamento moral-religioso de Santo Agostinho (que reúne moral e política) e o pensamento cético-político de Maquiavel (que os separa) são superados por uma visão contratualista do Direito cada vez mais como uma esfera autônoma, fora do campo da moral e da política. Hobbes, Rousseau e Locke anteciparam essa perspectiva e sem dúvida foi a Revolução Francesa que propiciou o advento do Direito racional legal, cuja legitimidade é autofundante (dependente somente da legitimidade do poder constituinte).³⁰

Todavia, se a atuação do poder constituinte é poder puramente de fato, ele decorre da forma revolucionária – portanto, a sua legitimidade como vontade popular deve decorrer de outro fundamento. De outro lado, se a legitimidade da atuação do poder constituinte não está vinculada a uma revolução, mas sim a uma “situação constituinte” (situação que reclama a criação de nova Constituição), a situação é

27 GOYARD-FABRE, 1999, p. 173.

28 GIRARDET, Raoul. p. 88. **Mitos e mitologias políticas**. Tradução de Mara Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

29 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, v. 1., 2000, p. 139 e ss.

30 GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003, p. 68.

diferente, mas também requer fundamentos de legitimação que lhe são externos.

Segundo José Afonso da Silva, “o espírito do povo se transmuda em vontade social e reivindica a retomada do seu direito fundamental primeiro, qual seja, o de se manifestar sobre o modo de existência política da nação pelo exercício do poder constituinte originário”.³¹ A condição de legitimidade para uma nova Constituição é o reconhecimento da inadequação da ordem constitucional vigente até então à realidade social que lhe sucede. E esse é o caso do Brasil, em que o poder constituinte não proveio de uma revolução, mas de uma manifestação do poder constituído. Decorrencia disso é a presença concreta de um poder não totalmente incondicionado, mas que, conceitualmente, não pode sofrer limitações pela ordem jurídica anterior. Inaugura-se, sim, uma nova ordem jurídica, para impor uma nova ideia de Direito – mas sem ruptura violenta com a ordem prévia.³²

Essa nova ordem é fundada em uma ideia de legalidade contratualista transformada pelo positivismo jurídico, cujas expressões máximas na segunda metade do século XX são Hans Kelsen e Herbert Hart.³³ Positivismo este que é muito mais importante como visão científica do Direito e como fenômeno jurídico do que exatamente como teoria. Como prefere Michel Mialle, é fundamentalmente uma “atitude epistemológica”.³⁴ E decorre de uma doutrina disseminada por razões históricas fáceis de explicar. A segurança jurídica e a secularização passam a ser uma demanda central do fenômeno do constitucionalismo, que não deixa de ser também fruto da processualização da política, da funcionalização do poder, da especialização das tarefas governamentais, e de um Direito previsível, codificado e liberal.

Em que pese a Constituição da República de 1988 não ter sido criada por uma

31 SILVA, José Afonso da. Assembleia Constituinte ilegítima. Folha de São Paulo. 4 set. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0409201007.htm>>. Acesso em: 17 Ago. 2015.

32 SALGADO, 2007, p. 60.

33 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987; HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

34 MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Tradução de Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1988, p. 42.

assembleia constituinte especificamente convocada para este fim, a forma como se originou e desenvolveu conferiu a ela legitimidade. Com propriedade, foi denominada de “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães.³⁵ Seu processo de legitimação é determinado não pela configuração dos representantes eleitos, mas pela sua aceitação e legitimidade pelo povo, fruto que é de um intenso debate constituinte, com atuação dos mais diversos setores, *lobbies* e grupos de pressão.³⁶

Por esse motivo é possível afirmar que a Constituição atual é um amálgama ideologicamente fluido de diferentes concepções de vida então vigentes; uma Constituição tolerante e garantidora de direitos como os liberais preconizam; interventora e impositiva nos deveres constitucionais como os republicanos idealizam; socialmente comprometida e culturalmente estabelecida. Seria possível dizer: uma Constituição cuja legitimidade constituinte não se pauta por nenhuma ideologia, como diria Clèmerson Merlin Clève,³⁷ ou pauta-se por todas elas, como diria Romeu Felipe Bacellar Filho.³⁸ Por outro lado, há um modelo estabelecido e que pode ser bem definido: um modelo de Estado social que impõe condutas, que condiciona decisões e que estabelece uma determinada ordem: o Estado Social. Uma ordem com suficiente capacidade explicativa para que seja identificada como “desordem” uma proposta que lhe seja contrária – uma proposta “antissocial”, “antimoderna” ou “anticivilizatória”.

Mas isso não basta, pois a legitimidade fundante exige um perene processo de manutenção. Sendo assim, não há como tratar dos assuntos separadamente: quando se fala de legitimidade, são abordados os limites do poder; quando se fala em limites é preciso abordar o assunto da separação dos poderes. Tradicionalmente, a modernidade consagrou o princípio da separação dos poderes, cujo autor mais famoso foi o

35 “Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria.” GUIMARÃES, Ulysses. **A Constituição Cidadã**. Discurso pronunciado pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, na Sessão 27 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm>. Acesso em: 30 Jun. 2020.

36 SALGADO, 2007, p. 197-169.

37 CLÈVE, Clèmerson M. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson M. (Org.); BARROSO, Luís R. (Org.). **Doutrinas essenciais - direito constitucional**. v. 3. São Paulo: RT, 2011.

38 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 138.

Barão de Montesquieu.³⁹ Na realidade, como se sabe, o seu foco não estava propriamente na divisão de poderes, mas sim na de funções. Embora alguns autores neguem a possibilidade científica de diferenciação entre as funções do Estado, o fato é que o sistema constitucional brasileiro estabelece claramente tal distinção.

O Artigo 2º da Constituição da República do Brasil estabelece: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Isso não significa realmente que há três poderes, pois parece atual a assertiva de que o poder é único, e pertence ao povo. O que pode ser dividido é o seu exercício, por meio de distintas funções e estruturas orgânicas. Sendo assim, quando o artigo fala em “poderes”, deve-se ler “estruturas”. E cada estrutura possui uma função típica que a caracteriza, embora as outras estruturas também possam desenvolver funções em caráter atípico.

O Legislativo tem a função típica de fazer leis, que são normas inovadoras do sistema, a partir de uma vinculação negativa à Constituição.⁴⁰ Ao legislador é permitida a criação de quaisquer as leis, desde que não sejam inconstitucionais – sua vinculação funcional é, portanto, negativa. Como não poderia deixar de ser, realiza atipicamente a função administrativa e a função jurisdicional (quando decide os crimes de responsabilidade do Presidente da República). O Judiciário tem função típica de exercer a jurisdição (ou seja, decidir com força de coisa julgada), notadamente em um sistema de influência anglo-americana em que se adotou a jurisdição una. Contudo, realiza atipicamente a função administrativa e a função legislativa (em casos realmente excepcionais previstos na Constituição).

O Executivo tem função típica de administrar (ou seja, executar as leis e os comandos constitucionais, sem poder inovar o sistema) – trata-se de uma competência em certa medida subsidiária, pois administrar é não poder inovar, nem poder decidir

39 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

40 A partir de agora pede-se vênua para recorrer a Nelson Rodrigues a fim que seja promovida uma exposição que consiste em um óbvio ululante, mas que na contemporaneidade parece exigir constante retomada. Cf.: RODRIGUES, Nelson. **O óbvio ululante**: primeiras confissões. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

em grau definitivo. Por outro lado, também realiza atipicamente também a função legislativa (e nesta situação não se está tratando exatamente de uma excepcionalidade). Em qualquer caso, a função administrativa, realizada típica ou atipicamente, é uma função infraconstitucional e infralegal. Portanto, existe uma limitação positiva referente aos meios que estão disponíveis aos administradores – limitação esta exigível em razão de um sistema de exercício e, fundamentalmente, controle, do poder. Ao menos, foi esta a resposta dada pela modernidade – uma resposta vigente até o presente e que parecer ser útil para a consecução das atividades atribuídas pelo constituinte aos Poderes constituídos.

Essa é a divisão clássica, que, não obstante, vem sendo contestada por perspectivas críticas, tais como a de Carlos Ari Sunfeld, que defende a atividade inovadora da Administração Pública mesmo no exercício da função típica, o que acaba por rever os fundamentos apriorísticos a respeito do assunto, e o próprio princípio da separação dos poderes, cuja visão clássica o autor reputa como completamente ultrapassada, exigindo, portanto, que seja mitigada a ideia de legalidade administrativa como vinculação ao legislador.⁴¹ O assunto é polêmico, mas esta interpretação não parece ser a mais adequada para ser entendida a situação atual.

E há aqueles que vão além, acreditando, por exemplo, que o Presidente da República, como Chefe Supremo das Forças Armadas, poderia utilizar de sua competência a fim de que as mesmas exerçam um “poder moderador”, como defende Adilson Dallari.⁴² Isso ocorreria, na realidade, caso algum dos três Poderes contrariasse o texto constitucional – por exemplo, caso o Judiciário ultrapassasse suas funções, poderia o Chefe do Executivo chamar os militares para reprimirem qualquer atuação dita “inconstitucional” dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Esta hermenêutica é evidentemente equivocada e ultrapassa as raiais do absurdo, considerando toda a doutrina precedentemente citada a respeito do poder constituinte e da divisão de poderes. Trata-se de uma tese irracional que se só justifica a partir de uma visão utilitarista do artigo 142 da Constituição da República para fins políticos. É óbvio que

41 SUND FELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 289.

42 DALLARI, Adilson Abreu. Todos são iguais perante a lei, exceto os 11 brasileiros do STF. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/interesse-publico-todos-sao-iguais-lei>>. Acesso em: 14 Jun. 2020.

nem Presidente da República, nem as forças armadas, possuem poder de dar a última interpretação, com força de coisa julgada, a respeito de questões jurídicas. Sendo assim, ainda que este malfadado “poder moderador” existisse, não teria como ser exercido. Afinal, seria impossível a caracterização de uma atuação arbitrária pelo próprio STF, que é o guardião da Constituição no sistema positivo brasileiro. Não existe lacuna constitucional em relação a esta matéria.

Ainda que não se adote quaisquer das visões radicais como as acima descritas, por certo que alguns fenômenos práticos na operação do Direito e na tomada de decisões públicas têm colocado em questão tanto a eficiência de tal separação, quanto a sua validade legitimatória. Nesta segunda década do século XXI, a principal demanda jurídica talvez seja pela efetividade de um Estado promotor do desenvolvimento. E a Constituição de 1988 é exemplo desse modelo, pautado pela busca do desenvolvimento e dos direitos fundamentais, não só negativos como positivos. Entretanto, o povo, detentor da soberania, não está muito interessado em um mecanismo de definição competencial e independência entre os Poderes. Cada vez mais, o que importa são os resultados e a adoção pragmática de posições, independentemente de sua compatibilidade ou não com o sistema jurídico construído pela evolução doutrinária moderna. A ampliação das necessidades (que por definição são ilimitadas) tem conclamado pelo surgimento de recursos (por natureza limitados) nem sempre legítimos do ponto de vista das respostas dadas pelo constitucionalismo contemporâneo.

A legitimidade política, portanto, é um bem complexo de ser alcançado, pois não depende nem do sujeito nem do objeto, mas da relação entre eles: o povo e a Constituição; a sociedade e o Estado; o ser humano e o Direito. A tarefa destinada ao Direito, ao Estado e à Constituição na contemporaneidade é por natureza inglória, pois reside em um ambiente de exigência máxima no atendimento dos interesses por intermédio do poder. Um poder em face do qual são impostos limites; limites estes que são constantemente desrespeitados – algumas vezes por gente sem um pingão de juízo.

4. CONCLUSÃO

Desde há muito na história o poder político (espécie) demanda legitimidade para se garantir inconteste. Se, por um lado, a legitimação do poder é condição para seu exercício monopolizado, por outro, ela está intimamente ligada a limites internos e externos. No caso do poder político do *Ancién Régime*, cuja legitimidade advinha da chancela divina, o rei estava adstrito a tomar decisões virtuosas e conforme o entendimento das múltiplas ordenações. Fazer o contrário retiraria, ainda que simbolicamente, a sacralidade do ofício real. Ultrapassar os limites impostos ao poder político conduziria o rei à figura do tirano.

Na atualidade, a problemática ganha diferentes contornos. A estrutura de poderes passa a ser questionada pela impossibilidade de atender às necessidades ilimitadas e aos interesses imediatistas da sociedade. A própria eficiência e legitimidade da separação dos Poderes é posta em crise quando é incapaz de promover o desenvolvimento e entregar a satisfação dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais no grau socialmente exigido. Nesse cenário, difícil atestar que o mecanismo de definição competencial e independência entre os Poderes segue inalterado. Pelo contrário, a legitimidade política se torna um elemento de otimização, a ser realizado na maior medida do possível, já que decorre de um feixe de relações políticas entre o povo e a Constituição. Por outro lado, passa a existir uma “competição” entre os poderes, com a intenção de conquistar protagonismo na realização dos objetivos constitucionais.

As constrictões ao poder – em outras formas, naturezas e proporções – permanecem presentes no cenário do constitucionalismo contemporâneo. Como se procurou demonstrar, diversamente de uma leitura inocente que visualiza na situação constituinte uma abordagem revolucionária, a Assembleia Constituinte Nacional de 1987 foi manifestação do poder constituído, que já não encontrava reconhecimento na realidade social vigente. Não foi, portanto, o poder incondicional que lhe conferiu legitimidade, mas, ao contrário, a aceitação do povo e do intenso debate com diversos setores, *lobbies* e grupos de pressão. A legitimidade decorreu dos limites preexistentes, mas que foram reafirmados a partir de uma recusa à ditadura e à

opressão representadas fortemente pela recém-acabada ditadura instaurada pelo Golpe civil-militar de 1964. Toda a racionalidade da Constituição de 1988 volta-se, portanto, à limitação dos poderes e, notadamente, com maior força, à limitação do Poder Executivo.

A mesma legitimidade que encontrou terreno no momento fundante deve ser garantida por um processo de manutenção. No cenário brasileiro, a Constituição estabelece que a soberania popular será exercida em observância à separação das funções do Estado, com controles recíprocos entre si, a fim de evitar abusos e a usurpação do poder pertencente ao povo. Cada vez mais este é um objetivo difícil de ser conquistado, pois tem-se observado uma invasão de competências entre os poderes, com destaque ao papel nefasto do Judiciário neste desequilíbrio. Isso não significa, todavia, que o Legislativo ou o Executivo estão autorizados a desconsiderar o sistema a fim de promover desequilíbrio ainda mais radical em seu favor – por exemplo, clamando por um insano “poder moderador”.

O momento atual dá medo. Entretanto, basta a realização de uma hermenêutica constitucional, com coragem e sem loucura, que o resultado a longo prazo tende a ser um natural reequilíbrio político – ao menos para quem tem fé na democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais - direito constitucional**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONAVIDES, Paulo. O exercício do poder constituinte. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**. v. 3. p. 141-147, jul./dez., 1985.

CHARTIER, Roger. **A ordem dos livros**. Tradução de Mary Del Priori. Editora UnB, 1999.

CLÈVE, Clèmerson M. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson M. (Org.); BARROSO, Luís R. (Org.). **Doutrinas essenciais - direito constitucional**. v. 3. São Paulo: RT, 2011.

COMTE, Augusto. **O Espírito positivo**. Tradução de Carlos Lopes. Porto: Rés. [?]

DALLARI, Adilson Abreu. Todos são iguais perante a lei, exceto os 11 brasileiros do STF. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/interesse-publico-todos-sao-iguais-lei>>. Acesso em: 14 Jun. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 31. ed. 2012.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Inquérito. [?]

FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. Convocação da Constituinte como um problema de controle comunicacional. In: CLÈVE, Clèmerson M.; BARROSO, Luís R. **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**. São Paulo: RT, v. 1. 2011.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 5 ed. 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

FIORAVANTI, Maurício. **Appunti di Storia Delle Costituzioni Moderne**. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, 1995.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GIRARDET, Raoul. p. 88. **Mitos e mitologias políticas**. Tradução de Mara Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUIMARÃES, Ulysses. **A Constituição Cidadã**. Discurso pronunciado pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, na Sessão 27 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm>. Acesso em 30 jul. 2015.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Daniel Miranda, São Paulo: EDIPRO, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos** – ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Granfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: UnB, 2010.

MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Tradução de Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1988.

MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**. São Paulo: RT, v. 1. 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: RT, 2004.

NEGRI, Antônio. **O Poder Constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

RIBEIRO, Renato Janine. **A última razão dos reis**: ensaios sobre filosofia e política. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social – princípios do direito político**. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, v. 1., 2000.

SALGADO, Eneida Desiree. Jean Jacques Rousseau e o Estado Moderno. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Org.). **Direito Moderno e Contemporâneo**: perspectivas críticas. Pelotas: Delfos, 2008.

_____. **Constituição e Democracia**: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico - vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3. ed. Tradução de Norma Azere-do Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Assembleia Constituinte ilegítima. Folha de São Paulo. 4 set. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0409201007.htm>>. Acesso em: 17 Ago. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1986.

VERNENGO, Roberto J. Ética reflexiva y ética de responsabilidade em Max Weber. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 15-16, vol. II, 1994, pp. 561-570. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?seccion=catalogo_por_titulo&portal=cervantesvirtual.Com &q=vernengo>. Acesso em: 14 Jul. 2019.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da Política**. São Paulo: Ática, v.1, 1990.

O DESDOBRAMENTO DA REFORMA ADMINISTRATIVA NA GESTÃO EFICIENTE DOS IMÓVEIS PÚBLICOS: A POLÍTICA ESTRATÉGICA DE OTIMIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ

FABIANNE GUSSO MAZZAROPPI WINKELMANN

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração. Assessora do Departamento de Patrimônio do Estado do Paraná. Advogada.

DIEGO NOGUEIRA

Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Assessor na Governadoria do Estado do Paraná.



1. O PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Enquanto pessoa jurídica proprietária de bens, aos entes federados, autarquias e fundações públicas recaem direitos e obrigações. Os direitos se revestem como prerrogativas próprias da Administração Pública, como a impossibilidade de ter seus imóveis usucapidos e a isenção de pagamento de tributos. E, as obrigações, também no caráter finalístico do Estado, revelam a necessidade de seguir rígido controle de gestão destes bens, cumprido o interesse público finalístico e a função social da propriedade, sempre zelando pelas formalidades legais para sua alienação.

Simbolicamente, espaço sempre foi demonstração de poder. Grandes palácios e vastas áreas de terras afastam e amedrontam as pessoas. Com a Administração Pública não é diferente, as imponentes salas dos governantes são preparadas para impressionar e acuar. Não por menos, a confusão entre o cargo e aquele que temporariamente o ocupa, bem como a falta de distinção entre o público e o privado, são características do patrimonialismo que, ainda hoje, apresenta seus

resquícios de privilégios.¹

Mas, certamente, esse não é o verdadeiro papel do patrimônio público. Os bens móveis e imóveis de propriedade da Administração que, na conceituação doutrinária constituem o “domínio público”,² têm apenas um propósito: o de servir ao interesse público. Das diferentes atividades da Administração – serviço público, fomento, poder de polícia e intervenção³– a finalidade é sempre a mesma: concentra-se no atingimento dos objetivos fundamentais da República descritos no art. 3º, da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, importa apresentar que o atingimento dos objetivos fundamentais republicanos no âmbito da atividade-meio do Estado perpassa pela atuação estratégica e planejadora do poder público também quanto ao seu patrimônio imobiliário.

Destarte, nos limites deste Artigo e ainda que de maneira extremamente resumida, passa-se a um apanhado das transformações da atuação estatal por meio da chamada Reforma Administrativa em suas mais recentes ondas: anos 1990 e, agora, em 2020, para que se observe, a partir disso, os ganhos do Estado do Paraná no papel de gestor do seu patrimônio imobiliário servível.

2. A REFORMULAÇÃO NO ENXERGAR A GESTÃO DOS IMÓVEIS PÚBLICOS DO ESTADO DO PARANÁ

2.1 Breve retrospecto das Reformas Administrativas no Brasil

Com vista ao afastamento do patrimonialismo, na década de 1930 a gestão burocrática de Max Weber foi adotada pelo governo de Getúlio Vargas com o ideal de erguer a economia pós Grande Depressão.⁴ Em 1936 é criado o Departamento

1 FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. rev. São Paulo: Globo. 2001, p. 819-838.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 903.

3 Ibid., p. 686.

4 VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 20.

Administrativo do Serviço Público – DASP, objetivando a afirmação dos princípios burocráticos da centralização, separação entre público e privado, hierarquia, impessoalidade e profissionalização de pessoal.⁵

A minoração da gestão burocrática no decorrer do regime militar ganhou força em 1967 com a publicação do Decreto-Lei nº 200, que, com ditames de planejamento, coordenação, descentralização, delegação e avocação de competências iniciou a Reforma Administrativa.⁶ Aliado a isso, a onda de estatização da prestação de serviços públicos se esvaiu e a “desproporção entre os recursos políticos e disponíveis e os meios necessários à resolução dos problemas sociais”⁷ levou o país à chamada crise de governabilidade. Todo o desenvolvimento econômico advindo de empresas que precisavam do apoio e proteção estatal evidenciou a fragilidade governamental do Estado que se tornou insustentável financeiramente frente à necessidade das empresas e da pressão social pela prestação de serviços públicos.

Juntamente com países da América Latina, a partir da década de 1980 a desestatização se fortifica e o modelo gerencial se propulsa em detrimento do burocrático. Bem verdade que em 1988 é promulgada a Constituição Federal, com a concepção de Estado de Bem-Estar Social e viés estatizante. Contudo, a globalização⁸ e a abertura de mercado e investimentos estrangeiros⁹ trazem a publicação de diversas emendas constitucionais, o que aproxima o país do movimento neoliberal com a adoção de medidas de privatização. Assim, a pauta da gestão eficiente, do controle das despesas, da meritocracia da Administração se enaltece com a publicação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995.¹⁰

-
- 5 WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia**. Tradução Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos. 1982, p. 249.
 - 6 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 70.
 - 7 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**: parte geral, intervenção do Estado e Estrutura da Administração. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 797.
 - 8 DE PAULA, Nilson Maciel; SANTOS, Valéria Faria; PEREIRA, Wellington Silva. A financeirização das commodities agrícolas e o sistema agroalimentar, p. 294-314. In: **Estudos Sociedade e Agricultura**. n. 2, vol. 23, out/2015. ISSN 1413-0580. Rio de Janeiro.
 - 9 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150.
 - 10 COSTA. Valeriano Mendes Ferreira. a dinâmica institucional da reforma do estado: um balanço do período FHC. In: ABRUCIO, Fernando Luiz e LOUREIRO, Maria Rita (Orgs.). **O Estado Numa Era de Reformas**: Os Anos FHC - Parte 2. Brasília: MP, SEGES, 2002, p. 31.

O neoliberalismo, pensamento originado com a crise de 1929,¹¹ traz a visão gerencial para a Administração Pública que se volta à eficácia e eficiência com a apresentação de resultados e regulação da economia, “enquanto as empresas particulares ficam responsáveis pelo incremento e realização da produção, cabe ao Estado aplicação de uma progressiva política fiscal”.¹²

Mas “o neoliberalismo é um processo em movimento e não uma essência; é antes um adjetivo do que um substantivo”,¹³ que se embasa nos ideais liberais de intervenção no mercado mas procura consignar as vantagens econômicas e sociais relevantes do Estado de Bem-Estar Social.

A par de críticas necessárias e construtivas, o fato é que se busca qualidade e transparência de resultados, portanto, o rearranjo institucional estatal sempre tem o mesmo propósito: gerar “lucro social”.¹⁴ Neste aspecto, pode-se ter ganho mediante o envolvimento de parcerias que subsidiem a atuação estatal. “Assim, a atuação interventiva do Estado abrange a prestação de serviços públicos e a indução dos particulares à realização de atividades de interesse da população (...)o poder público deverá contar com a colaboração da sociedade civil na conquista do desenvolvimento.”¹⁵

Com isso, nos últimos anos o Brasil adentrou em nova onda de Reformas. Em 2017, com a aprovação da Lei nº 13.467, houve a Reforma Trabalhista e a ampliação da Terceirização das atividades. Em 2019, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103, aprovou-se a Reforma da Previdência. Agora é a vez da Reforma Administrativa. No dia 03 de setembro de 2020, o Governo Federal entregou ao Congresso Nacional da Proposta de Emenda Constitucional nº 32. Da leitura

11 FARIAS, Déborah Barros Leal. Reflexos da Teoria Neoliberal e do Consenso de Washington na Constituição Brasileira de 1988, p. 75. In: **Revista de Direito Constitucional e Direito Internacional**. n. 59, p. 70-85, abr./jun. 2007.

12 SANDRONI. Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999, p. 220.

13 FARIA, José Ricardo Vargas de; FARIA, José Henrique de. A Concepção de Estado e a Administração Pública no Brasil no Âmbito do Plano Diretor de Reforma do Estado, p. 145. In: **Administração Pública e Gestão Social**. 9(3), jul.-set., 2017, 140-147.

14 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 507.

15 SCHIER, Adriana da Costa. **Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Fomento**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 113.

da PEC vê-se o propósito de enxugamento da estruturação organizacional estatal, sobretudo no tocante aos servidores públicos, e, nos moldes gerenciais, a inclusão dos princípios da imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, subsidiariedade e boa governança pública.

No que tange ao Estado do Paraná, a mesma toada de Reforma Administrativa tem sido alcançada. Em fevereiro de 2019, logo no advento do mandato do atual Governador, foi apresentado o Projeto de Lei nº 57 que, aprovado, transformou-se na Lei Estadual nº 19.848/2019, modificando a estrutura estatal para a diminuição do número de Secretarias de Estado de 28 para 15 e, com isso, a redução de 339 cargos comissionados, que geraram economia anual aos cofres públicos no montante de mais de 10,6 milhões.¹⁶

A remodelação da máquina paranaense foi fundamental à implementação do Plano Plurianual 2020-2023, idealizado pela Lei Estadual nº 10.597/2019. No que interessa por ora, o Anexo II do PPA previu para a gestão do patrimônio a manutenção “apenas os imóveis utilizados pelos órgãos e entidades públicas do Estado”,¹⁷ sendo devida a alienação dos imóveis dominicais, a reintegração de posse dos imóveis ocupados irregularmente e a identificação de espaços potenciais para a realocação de unidades estaduais, tudo isso visando a obtenção de “um melhor aproveitamento de espaços públicos.”¹⁸

E é este o ponto em que a Reforma Administrativa federal se relaciona com a do Paraná. Obviamente esta Reforma federal que está sendo “empurrada” não está madura. É imprescindível o envolvimento ativo da sociedade civil e o chamamento da comunidade científica especializada para que as alterações pretendidas tenham minimizados os possíveis impactos negativos na continuidade do desenvolvimento econômico-social. Mas a ideia de um modelo gerencialista, em que o cidadão é visto

16 MASSA JÚNIOR, Carlos Roberto. Mensagem nº 11/2019: Substitutivo Geral ao Projeto de Lei nº 57/2019. Paraná. 2019, p. 5.

17 ESTADO DO PARANÁ. Portal da Transparência. Plano Plurianual 2020-2023: Lei nº 20.777/2019, p. 284. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.pr.gov.br/arquivos/File/LeiPPA_n_20077_ano_2020_2023_Final.pdf>. Acesso em 05/09/2020.

18 Idem.

como o “centro de toda atuação”,¹⁹ e não como agente financiador de governos transitórios, é boa. Até porque, inegável que a inovação trazida pela revolução tecnológica buscada propulsa um governo digital, que publiciza suas notícias e concebe transparência nas suas decisões. Com isso, o foco passa a ser a eficiência e o controle dos resultados, cuja boa e transparente governança se apresenta pelo trabalho unitário de forma planejada e coordenada, cumprindo, também, no que interesse ao presente estudo, o princípio da economicidade na gestão dos ativos imobiliários de propriedade estatal.

2.2 A modernização da gestão do patrimônio ativo no Estado do Paraná

Acredita-se não ser papel do Estado a acumulação de propriedades. Os imóveis pertencentes à Administração devem demonstrar sua razão de ser como instrumento de finalidade social,²⁰ seja como área de lazer (ex. parque ou praça), seja como sede de atividades estatais (próprios públicos), ou como forma de investimento econômico comprovadamente rentável.

Na concepção legal, são bens públicos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, portanto, para ser proprietário é preciso personalidade jurídica.²¹ Órgãos e entidades públicas apenas detêm a posse dos imóveis, sendo a gestão dos prédios de competência do ente federado.

Na classificação legislativa do art. 99, do Código Civil, são bens públicos os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais. Interessa a este artigo os bens dominicais que são os residuais,²² que não se enquadram nas classificações de uso especial e dominicais. Em regra, se prestam a sediar a Administração, mas, quando inservíveis, passíveis de alienação na forma da lei.

19 GUEDES, Paulo. Proposta de Emenda à Constituição: EM nº 00032/ME. Brasília. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928147>. Acesso em 05/09/2020.

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1182.

21 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

22 FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 168.

Como toda matéria afeta ao interesse público, os bens dominicais se regem pelo Direito Público parcialmente derogado ao Direito privado. Não são usucapidos (art. 183, §3º, e art. 191, parágrafo único, da CF/88), são impenhoráveis, obedecendo ao processo especial de execução contra a Fazenda Pública (art. 100, CF/88), e sua alienação respeita o processo licitatório.

Diversas são as origens dos imóveis públicos. As mais comuns são doação, processo judicial, doação em pagamento, compra e, no caso dos municípios, herança jacente. Nesse sentido, surpreende a notícia lançada recentemente pela Secretaria do Patrimônio da União – SPU,²³ órgão ligado ao Ministério da Economia, que a União Federal é proprietária de mais de 750 (setecentos e cinquenta) mil imóveis, isso sem falar dos não cadastrados. No Estado do Paraná a situação, levando em conta a amplitude territorial, não é diferente. São mais de 5.000 (cinco mil) imóveis paranaenses, sendo que muitos ainda precisam ser referenciados e cadastrados no Sistema de Gestão Patrimonial de Imóveis – GPI, software utilizado pelo ente. Destarte, tanto na União quanto no Estado, grande parte das áreas estão desocupadas e geram gastos com manutenção e segurança, além de ficarem à mercê de invasões.

A *contrario sensu*, o gasto com locação é altíssimo. A Administração Federal dispense cerca de R\$850 (oitocentos e cinquenta) milhões de reais,²⁴ e no Estado do Paraná a média é de R\$37 (trinta e sete) milhões de reais anualmente, com locação de 348 (trezentos e quarenta e oito) imóveis para sediar órgãos e entidades. A conta não fecha. É preciso otimizar a gestão dos imóveis de propriedade da Administração para que seja possível a diminuição dos gastos com locação.

A locação de espaço público, a venda e a permuta são os exemplos mais comuns de institutos que possibilitam a melhoria organizacional e o gerenciamento do imobiliário público. Mas detecta-se que a Administração Federal, Estadual e

23 GOVERNO FEDERAL, Ministério da Economia. Notícia Patrimônio da União de 10/02/2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/02/secretario-salim-mattar-defende-reducao-do-patrimonio-imobiliario-para-abater-a-divida-publica>>. Acesso em 27/10/2020.

24 SERPRO. Notícia de 18/08/2020. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2020/governo-reduzir-gastos-aluguel-imoveis-uniao>>. Acesso em 03/10/2020.

Municipal vêm buscando alternativas inovadoras de racionalização do patrimônio, é o caso do Estado de São Paulo, que criou seu Fundo de Investimento Imobiliário, Lei nº 16.388/2016; o Estado do Rio Grande do Sul, que aprovou lei para pagamento de precatório mediante entrega de imóveis inservíveis, Lei nº 13.778/2011; o Estado de Santa Catarina, que constituiu seu Fundo Patrimonial pela Lei nº 14.248/2008; e o Governo Federal, que possibilitou ao particular a realização da avaliação do imóvel de seu interesse para posterior concorrência, Lei nº 14.011/2020.

Com esse propósito, nos moldes do já citado Plano Plurianual 2020-2023, a Administração Paranaense iniciou medidas de otimização e racionalização dos espaços públicos para a diminuição de locações e a alienação dos imóveis inservíveis. Primeiramente, no âmbito da Reforma Administrativa, com a publicação do Decreto nº 3.888/2020, a então Coordenadoria de Patrimônio se transformou em Departamento dentro da Secretaria de Estado da Administração e da Previdência – SEAP, subordinando as decisões da Diretoria do patrimônio diretamente ao Diretor-Geral da Pasta. Com isso, o setor patrimonial foi subdividido em: i) Divisão de Planejamento e Gestão; ii) Divisão de Gestão de Ativos Imobiliários e Alienações; iii) Divisão de Cadastro, Regularização e Avaliação de Bens.

A ênfase de importância estratégica dada ao departamento pelo Governo levou ao remanejamento e requalificação do quadro de pessoal, buscando a aptidão técnica necessária ao cumprimento das novas missões. Remodelação esta que já vem dando resultados.

O pontapé inicial ocorreu com o diagnóstico das sedes locadas por órgãos e entidades. Encaminhou-se Ofício Circular solicitando o preenchimento de relatório circunstanciado para identificação de localidade, número de servidores, atividades desenvolvidas, croqui da área total, inclusive das edificações, fotos das acomodações e demais informações julgadas pertinentes. No mesmo ofício foi solicitada a contatção dos proprietários dos imóveis para negociação de redução do valor da locação ou não aplicação de reajuste, e, ainda, avaliação de ganhos no caso de alteração para outro imóvel. O resultado das negociações, apurado em agosto de 2020, aponta para uma projeção de economia de mais de 1,4 milhões anualmente aos cofres públicos.

Também foi publicada a Resolução Conjunta nº 001/2020, assinada entre SEAP e Controladoria Geral do Estado – CGE, em que se vedou a celebração de novos contratos de locação bem como aditivos com majoração de valores, salvo casos específicos, enquanto perdurar o estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, em razão da pandemia do Covid-19.

O retorno do Ofício Circular e da Resolução permitiu ao Departamento conhecer melhor as necessidades imobiliárias da Administração do Paraná de forma a compor banco de dados a ser utilizado quando da realocação dos órgãos e entidades para imóveis próprios. Realocação esta que vem sendo incrementada por meio de alteração no marco legal e adoção de institutos relativos à alienação dos imóveis inutilizados em várias frentes.

Em primeira medida, foi visualizada a necessidade de alteração do marco constitucional. Com isso surgiu a PEC nº 03/2020 para alteração do art. 10, da Constituição do Estado, de modo a simplificar as alienações deixando a regulamentação da matéria à legislação infraconstitucional, propriamente a Lei Estadual nº 15.608/2007 que trata das Licitações e Contratos Administrativos. O fato é que, diferente dos demais estados da federação, no Paraná há expressa regulamentação acerca das cessões e doações dos imóveis públicos na própria Carta Constitucional, e não em legislação esparsa.

De acordo com a redação vigente, a regra é pela impossibilidade de doação ou utilização gratuita de imóveis do Estado por outros entes e entidades, salvo mediante lei, na hipótese de o interessado ser pessoa jurídica de direito público interno, órgão ou fundação ou entidade de assistência social sem fins lucrativos, declarada de utilidade pública, ou para fins de assentamentos de caráter social.

Na prática, além de se entender que o regramento deveria se limitar ao aspecto infraconstitucional, o maior imbróglio está na necessidade de publicação de lei para as cessões dos imóveis – e não para as doações – pela dinamicidade dos pedidos. Diariamente, o Estado recebe solicitações de ocupação e desocupação de áreas, principalmente pelos municípios e pela Administração Indireta, o que se constitui na celebração de termos de cessão. Portanto, a necessidade de aprovação de lei para

realização de cessão engessa a tramitação dos processos, comprometendo o atendimento ágil dos pedidos e sobrecarregando desnecessariamente o Poder Legislativo.

Na mesma toada de modernização, formatou-se o Fundo Especial de Gestão Patrimonial para reverter os ganhos com alienações, cessões, concessões, locações e demais utilizações onerosas em despesas de capital. A ideia é adequar os imóveis inutilizados e permitir a aquisição de novos bens para acomodar as repartições públicas que atualmente gastam com locação privada. A proposta do Fundo também inclui institutos inovadores, como a vigência da avaliação do imóvel por 24 (vinte e quatro) meses, e a adoção de dispositivos de âmbito nacional trazidos pela já citada Lei nº 14.011/2020, como, por exemplo, descontos sucessivos nas licitações de venda na modalidade de leilão de até 25%; adoção de parceria com o Conselho Regional de Corretores de Imóveis – CRECI para publicização da venda dos ativos; alienação por lote visando a valorização dos bens menos procurados no mercado, etc.

Além de não prever qualquer gasto financeiro extra, o Fundo proposto permite acelerar os processos de readequação, reforma e construção dos imóveis do Estado, já que toda a verba se concentra a esta destinação. Concretizada a vantajosidade na constituição do Fundo, uma vez que se verifica a gestão e autonomia dos processos pela própria Secretaria, de outro lado, a fiscalização pelos órgãos de controle e pela sociedade também é garantia em razão da publicidade de todos os atos.

Outra medida é o projeto de aceitação de precatório para compra de imóveis do Estado, que visa regulamentar o instituto previsto no art. 100, §11º, da Constituição Federal. Atualmente o Paraná possui cadastrados 288 imóveis desocupados, ativo financeiro avaliado em aproximadamente R\$ 103.655.015,88. Em contrapartida, embora o Estado esteja constantemente minorando seus débitos, conforme notícia publicada em 23/06/2020,²⁵ o valor aproximado da dívida pública estadual é de R\$ 7,2 bilhões de reais. A política pública tem o condão de conferir maior liquidez ao crédito de precatório estadual, possibilitando ao seu respectivo titular uma alternativa ao regime tradicional de pagamento hoje existente, bem como desonerar o governo na

25 AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DO PARANÁ. Notícia de 23/06/2020. Disponível em: <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=107553&tit=Estado-quitou-R-76-milhoes-em-acordos-de-precatorios-em-2020>>. Acesso em: 31/07/2020.

manutenção de imóveis públicos desocupados e desafetados, conferindo eficiência à gestão patrimonial.

Mais uma ideia é a utilização da outorga onerosa do direito de construir. Disciplinada no Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/2011, a outorga onerosa fomenta o constante crescimento do mercado imobiliário por gerar aos proprietários e investidores o interesse em adquirir potencial construtivo que aumente o coeficiente de edificação dos imóveis. Surge assim a possibilidade de realização de licitação para venda do potencial construtivo dos bens do Estado do Paraná, inclusive o patrimônio histórico e cultural que não pode majorar suas construções.

A proposta prevê a destinação dos recursos captados dos imóveis com tombamento para a preservação, conservação, ampliação e recuperação do próprio patrimônio material tombado, através do Fundo Estadual de Cultura – FEC, ligado à Secretaria de Estado da Cultura – SEEC. E, dos demais imóveis públicos, a destinação dos valores se remete aos programas habitacionais de interesse público.

Para exemplificar, pela competência municipal no assunto, atualmente o Estado está em tratativas com o Município de Curitiba para a realização do cálculo dos 1.567,71m² de potencial construtivo do imóvel tombado denominado Casa Gomm, matrícula nº 71.396 do 6º Registro de Imóveis de Curitiba, em razão de toda aquela área ter sido utilizada para a construção da propriedade tombada, não havendo espaço para aumento da edificação, o que poderia ser alienado para outro local.

Também se buscou a regulamentação do instituto da permuta de imóveis. O art. 6º-A, da Lei Estadual nº 15.608/2007 autoriza “a permuta de imóveis de qualquer natureza, de propriedade da Administração do Estado do Paraná, por imóveis edificados ou não, ou por edificações a construir”. Para regulamentar o dispositivo, foi elaborada a proposta de decreto denominada Banco de Permuta. Similar ao que já vem sendo empregado pela SPU, o Estado lançaria chamamento público apresentando, de um lado, a listagem dos imóveis disponíveis à permuta, e, de outro lado, o rol de projetos de obras pretendidos pelos órgãos e entidades.

Para maior atratividade, nos termos do Acórdão nº 1273/2018 do Tribunal de Contas da União, é possibilitado o pagamento em espécie de até 50% do valor do imóvel. A proposição encontra respaldo, inclusive, na faceta subsidiária de Estado pretendida pela Reforma Administrativa, cujo sentido de vantajosidade se amolda à figura de parcerias e trabalho conjunto entre primeiro e segundo setores.

A avaliação promovida no cenário patrimonial do Paraná elencou medidas de inovações necessárias ao alcance de uma gestão eficiente e planejada. Aliado a isso, em cumprimento aos princípios descritos no art. 5º, da Lei de Licitações do Estado, sobretudo aos da publicidade, competitividade, impessoalidade e economicidade, foi evidenciada a necessidade de aprimoramento e modernização do processo licitatório de alienação de bens públicos. Para tanto, em construção conjunta com a Procuradoria Geral do Estado – PGE, o Departamento de Patrimônio desenvolveu três elementos que, mesmo já norteados por lei, estavam olvidados. São eles: i) venda direta após licitação deserta; ii) figura do leiloeiro administrativo; iii) leilão eletrônico.

Consoante o Parecer 12/2020-PGE/PR, a venda direta é autorizada desde que previamente tenha sido realizada licitação com observância de todos os requisitos legais e que esta tenha sido deserta. Ainda necessário que se atente ao lapso temporal entre uma licitação e outra. Sobre o leilão administrativo, ou seja, aquele em que um servidor é designado para atuar como leiloeiro, em razão dos artigos 6º, IV e 41, da Lei Estadual nº 15.608/2007, a PGE aponta ser opção da Administração. Mas, quando optado pelo leiloeiro administrativo, que seja preferencialmente nomeado servidor com experiência, habilitação técnica ou capacitação para exercer a atribuição. Por fim, no aspecto da alienação online, nos termos do entendimento da Procuradoria, não há óbice desde que garantidos os princípios licitatórios com o acesso simplificado dos interessados, com a divulgação em massa dos bens a serem alienados e a utilização de diligência tecnológica que ofereça segurança ao certame em ambiente virtual.

Como se sabe, apenas os imóveis advindos de processo judicial ou dação em pagamento podem ser alienados mediante leilão. No entanto, pensando também nos bens móveis que se tornam facilmente obsoletos, bem como nos veículos da frota oficial que integram a categoria de inservíveis à Administração, o Estado do Paraná,

utilizando-se das boas práticas e da graciosidade do Governo de Minas Gerais, celebrou Acordo de Cooperação Técnica com o ente para a cessão do código fonte de software utilizado para leiloar os bens móveis mineiros. A partir disso, o Paraná, em trabalho conjunto com a empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná – CELEPAR, desenvolveu o Sistema Eletrônico de Leilão – SEL/PR, cuja inauguração ocorrerá com o primeiro certame de venda de veículos no próximo dia 09 de novembro.

Vê-se assim que os ganhos econômicos e institucionais são grandes. O leilão administrativo, por lei, afasta o dever de pagamento dos honorários do leiloeiro oficial no montante de 3 a 5%, de acordo com a definição do art. 24, do Decreto nº 21.981/1932. Por sua vez, a escala de alcance de público no leilão eletrônico é sobremaneira pela possibilidade de o arrematante estar em qualquer canto do país.

Destarte, informa-se que todas as inovações propostas surgiram a partir de pesquisa aprimorada, que teve como norte a eficiência na gestão dos ativos. Importante esclarecer que não há desfazimento patrimonial, os imóveis alienados não são os utilizados. A preferência é sempre a ocupação das áreas pela Administração, somente após a tentativa de vinculação ou cessão dos bens é que os imóveis são segregados, em razão de gerarem altos custos de manutenção e resultarem em verdadeiro risco aos cidadãos, já que acabam desabitados e sujeitos à invasão. Além disso, o Estado do Paraná possui diversos programas habitacionais que aproveitam os imóveis para a realização de regularização fundiária nos moldes legais. Portanto, a reformulação pretendida traz avanços e otimização.

3. A CONCLUSÃO DE DEVIDA ADAPTAÇÃO DOS IMÓVEIS PÚBLICOS AOS NOVOS TEMPOS

A adaptação da Administração Pública e a realização de reformas perpassa na elaboração de políticas públicas permanentes e transitórias, cada qual com sua especificidade e importância. No aspecto do patrimônio, como se viu no decorrer do Artigo, o Estado do Paraná vem avançando por meio da execução de ações planejadas por equipe técnica engajada, cuja pretensão é de modernização do aparelho estatal buscando economicidade e eficiência.

É preciso se pontuar, por fim, que o ano de 2020 trouxe mudanças organizacionais importantes aos setores públicos, sobretudo aos que cuidam de patrimônio. O acometimento da pandemia do Covid-19 fez ressoar fortemente a implementação contínua de teletrabalho para diversos departamentos, em especial aos que não possuem atendimento presencial de cidadãos. Encampada a ideia de adoção do *home office*, os departamentos de patrimônio deverão se ajustar às novas necessidades que, em síntese, recairão na modernização de menor espaço físico das sedes administrativas, com o aprimoramento de salas compartilhadas que contenham equipamentos de tecnologia para reuniões virtuais.

Portanto, nos termos da mensagem do Plano Plurianual do Governo Paranaense – gestão 2019/2022, é registrado o anseio pela gestão ordenada em que a premissa é de “promover de forma sustentável e transparente, as mudanças e o desenvolvimento econômico, social e ambiental de nosso Estado.” Nesse norte, entendendo o setor que rege o patrimônio estatal como atividade meio da Administração, o emprego de institutos que buscam a racionalização e otimização efetiva dos imóveis públicos é tido como um dos pilares da governança de retomada econômica eficiente.

Contudo, seja qual for a ação tomada pela Administração, na linha de pensamento de Amartya SEN²⁶ e Arjun SENGUPTA,²⁷ não se perde de vista a promoção da possibilidade de expansão das liberdades individuais por meio de promoção de oportunidades reais às pessoas já que toda a narrativa do Estado só faz sentido se o resultado final espelhar o direito ao desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DO PARANÁ. Notícia de 23/06/2020. Disponível em: <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=107553&tit=Estado-quitou-R-76-milhoes-em-acordos-de-precatorios-em-2020>>. Acesso em: 31/07/2020.

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

26 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 25-27.

27 SENGUPTA, Arjun. O Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano. **Revista da Social Democracia Brasileira**. mar/2002, p. 67.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**: parte geral, intervenção do Estado e Estrutura da Administração. Salvador: JusPodivm, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. a dinâmica institucional da reforma do estado: um balanço do período FHC. In: ABRUCIO, Fernando Luiz e LOUREIRO, Maria Rita (Orgs.). **O Estado Numa Era de Reformas: Os Anos FHC - Parte 2**. Brasília: MP, SEGES, 2002.

DE PAULA, Nilson Maciel; SANTOS, Valéria Faria; PEREIRA, Wellington Silva. A financeirização das commodities agrícolas e o sistema agroalimentar. In: **Estud. Soc. e Agric.**, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 2, 2015: 294-314.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Ricardo Vargas de; FARIA, José Henrique de. A Concepção de Estado e a Administração Pública no Brasil no Âmbito do Plano Diretor de Reforma do Estado. In: **Administração Pública e Gestão Social**. 9(3), jul.-set., 2017, 140-147.

FARIAS, Déborah Barros Leal. Reflexos da Teoria Neoliberal e do Consenso de Washington na Constituição Brasileira de 1988, p. 75. In: **Revista de Direito Constitucional e Direito Internacional**. n. 59, p. 70-85, abr./jun. 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GOVERNO FEDERAL, Ministério da Economia. Notícia Patrimônio da União de 10/02/2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/02/secretario-salim-mattar-defende-reducao-do-patrimonio-imobiliario-para-abater-a-divida-publica>>. Acesso em 27/10/2020.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUEDES, Paulo. **Proposta de Emenda à Constituição**: EM nº 00047/ME. Brasília. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSA JÚNIOR, Carlos Roberto. **Mensagem nº 11/2019**: Substitutivo Geral ao Projeto de Lei nº 57/2019. Paraná. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOTÍCIA. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/03/02/governo-quer-fundo-para-gerir-venda-de-imoveis.ghtml>> Acesso em 03/09/2020.

PONTES, Daniele Regina; FARIA, José Ricardo Vargas de. Regularização fundiária: análises. In: **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas Macapá**, n. 2, p. 189-202, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANDRONI. Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

SCHIER, Adriana da Costa. **Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Fomento**. Curitiba: Íthala, 2019.

SEGUPTA, Arjun. O Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano. **Revista da Social Democracia Brasileira**. mar/2002.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERPRO. Notícia de 18/08/2020. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2020/governo-reduzir-gastos-aluguel-imoveis-uniao>> Acesso em 03/10/2020.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. Saraiva: São Paulo, 2005.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Tradução Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos. 1982.

PARCERIAS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: LIMITES DE TRANSFERÊNCIA E CRÍTICA AO CONTROLE DISFUNCIONAL

FELIPE KLEIN GUSSOLI

Professor da Graduação e do Curso de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Coordenador Adjunto Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR (NINC/UFPR). Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado em Curitiba-PR. E-mail: gussoli@hotmail.com



1. INTRODUÇÃO

Contribuir com a efetivação das competências estatais mediante parcerias com a Administração Pública é não só lícito, mas estimulado pela ordem legal vigente. Entretanto, a insegurança, burocracia e risco de controle desmesurado pelos órgãos competentes afugentam a maioria dos interessados. Aqueles que insistem demonstram, no mínimo, coragem.

Produto das reflexões do XX Congresso Paranaense de Direito Administrativo, este breve artigo visa identificar, a partir das perguntas dirigidas aos painelistas, qual o sentido e limites de certas parcerias estabelecidas entre Estado e particulares. Reflete, também, de que modo um controle disfuncional das parcerias cria estado de inoperância, em que prevalece o temor de contratar. Optou-se, entre as inesgotáveis possibilidades de análise, em verticalizar o objeto de estudo no tema dos serviços públicos e sua transferência a organizações sociais qualificadas nos termos da Lei nº 9.637/1998.

Os debates do 9º Painel do referido Congresso orientam as ideias abaixo formuladas, de modo que o trabalho conta como marcos teóricos as contribuições

teóricas dos professores participantes, com os quais tive a honra de dividir a mesa.¹

2. PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE CIVIL: A ARTE E A CORAGEM NA COOPERAÇÃO DE ESFORÇOS EM BUSCA DO INTERESSE PÚBLICO

A conciliação entre os desígnios privados e interesse público em parcerias é desafio que motivou questionamentos pertinentes por parte da organização do XX Congresso Paranaense de Direito Administrativo: **1.** *Com a decisão do STF na ADI nº 1923, o Poder Público pode optar em transferir na totalidade ao terceiro setor, especialmente às Organizações Sociais, a prestação de serviços públicos de saúde e educação?* **2.** *Com tal decisão os hospitais, museus e escolas públicas poderão deixar de fazer concurso público e contratar seus profissionais da saúde, professores, etc., por meio das Organizações Sociais?* **3.** *Como a Administração Pública exerce o controle de atividades prestadas por particulares por meio das parcerias?* **4.** *Como controlar ou neutralizar os interesses privados, presentes em algumas das entidades do terceiro setor, em relação ao interesse público?*

As perguntas não são de fácil resposta, e entre aqueles que se dedicam a estudar parcerias e serviços públicos não há unanimidade. Será que de fato a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/2015 foi suficiente para terminar com as dúvidas acerca da atuação de Organizações Sociais e transferência de serviços públicos? Será que a sobreposição de competências fiscalizatórias por parte de órgãos de controle contribui para a eficiência do controle e das atividades prestadas em parcerias? E por fim, será mesmo possível que interesses privados são mesmo “neutralizáveis”? Logo se percebe que as perguntas formuladas levam a uma série de outros questionamentos, provavelmente ainda mais polêmicos.

1 Agradeço, portanto, aos professores debatedores Tarso Cabral Violin, Fernando Borges Mânica, Paola Ferrari e Rafael Wallbach Schwind. Igualmente, à relatora da mesa, professora Maria Cristina Lima. Ainda, um agradecimento especial à Prof^a Odete Medauar, homenageada do evento e muher fonte de inspiração.

3. O QUE DISSE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 1.923/2015? LIMITES DA TRANSFERÊNCIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS AOS PARCEIROS PRIVADOS

Na ADI nº 1.923/2015 as atividades de prestação de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia foram classificadas como *serviços públicos sociais*. Seriam atividades cuja titularidade é *compartilhada* entre Estado e Sociedade, o que permitiria, segundo a decisão, até mesmo a extinção de entidades públicas que antes tinham como competência exclusiva a prestação de alguns daqueles serviços. Segundo a mesma decisão, isso não significaria renúncia aos deveres estatais de prestar serviço público, mas sim uma decisão política de opção por um modelo de fomento das atividades por particulares ao invés da prestação direta em regime de serviço público.

Entretanto, se essa premissa foi consignada na ementa da decisão e em parcela dos votos (especialmente o voto condutor), não foi o pressuposto de cada julgador ao proferir seus votos, e serviu apenas como contextualização. Esse é um problema da metodologia de votação no Supremo Tribunal Federal, que contempla uma série de votos de julgadores diferentes em sequência, sem uma necessária sistematização ou presença de algum elemento que confira coerência ao julgado. Assim, os *obiter dicta* são vetores interpretativos do acórdão, mas que à luz dos votos controvertidos não vinculam. Ou seja, ainda que a fundamentação oriente, o que importa para fins de vinculação jurídica é o dispositivo do acórdão. E no caso, o dispositivo limitou-se a declarar certas normas constitucionais e dar interpretação conforme a outras.²

2 “Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública,

Dada essa dificuldade advinda de uma inconsistência metodológica, o que se pode afirmar com certeza é que, no contexto geral, o que o STF fez na ADI nº 1.923/2015 foi dar interpretação conforme à Constituição de dispositivos da Lei nº 9.637/98. Por sua vez, a lei dispôs no contexto da reforma gerencial administrativa sobre a qualificação de entidades privadas (associações e fundações) como organizações sociais. Ao fazê-lo, a decisão limitou-se principalmente a definir, no dispositivo do acórdão, um regime de impessoalidade na celebração dos contratos de gestão, no credenciamento dessas entidades (sem licitação), na seleção de pessoal e na contratação de terceiros para fornecimento de bens e serviços.

Esclarecido isso, a partir da Constituição Federal e de suas normas afetas a um Estado Democrático e Social de Direito, é pertinente consignar que o STF em nenhum momento permitiu na decisão a transferência da *totalidade* dos serviços públicos de educação e de saúde às organizações sociais.³ Tampouco permitiu que hospitais, museus e escolas públicas cessem a contratação de servidores pela via do concurso público.

Atento às lições da professora homenageada do XX Congresso do IPDA, serviço público em sentido estrito: “diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo,

objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015.”

- 3 Adriana Schier faz a devida diferenciação, que adianta desde logo a conclusão deste artigo: “A partir das premissas elencadas no presente texto, no cenário da Constituição da República de 1988, torna-se possível o estudo da categoria do fomento enquanto uma atividade administrativa que permite aos particulares atuarem na satisfação de interesses públicos vinculados à realização de direitos fundamentais, mediante incentivo do Estado. (...) A partir dessa premissa, a obra afasta-se das correntes adeptas à modelagem do Estado Subsidiário. Defende-se que permanece intacto o dever do Estado de prestar serviços públicos, o que implica questões bastante relevantes tomando-se em consideração a (suposta) escassez de recursos para o custeio de tais serviços.” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**: Administração Pública, direitos fundamentais e desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019, p. 105/190).

água, energia elétrica, transporte eficiente.”⁴ Ainda segundo Odete Medauar, são diversas as finalidades que “levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico.”⁵

De fato, educação e saúde são serviços públicos de saúde compartilhados com a iniciativa privada. Pela sua importância, o Constituinte optou por deixar à iniciativa privada a sua prestação *complementar* (art. 199 e 209). No entanto, à luz das finalidades que levaram o Constituinte a classificá-los como serviços públicos de sua titularidade, o Poder Público ainda tem a obrigação de prestar diretamente saúde e educação. São serviços públicos de sua titularidade que a Constituição lhe *obriga* prestar por meio da norma do art. 175.⁶ A previsão constitucional dos serviços públicos cotejada com o art. 6º da Lei nº 8.987/95 constitui o direito fundamental ao serviço público adequado, cujos contornos foram delineados por Adriana da Costa Ricardo Schier no regime jurídico integrador da universalidade da prestação, modicidade das tarifas e continuidade do serviço.⁷

Não fosse a Constituição, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consta no art. XXI.2 afirma que “*Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país*”. Igualmente, na Declaração Americana de Direitos Humanos o art. 36 define: “*Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos*”. Existe, destarte, um dever do Estado de prestar serviços públicos segundo normas internacionais de Direito Internacional dos Direitos Humanos, tema este infelizmente pouco trabalhado e ignorado pelo Judiciário brasileiro, inclusive pelo STF.⁸ Mesmo para quem reluta em reconhecer

4 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 361.

5 *Idem*.

6 (Constituição Federal) Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos.

7 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

8 Nesse sentido, cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Releitura do Regime Jurídico-Administrativo e a Teoria do Melhor Direito: Impactos da Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, 2019. *Ahead of print*.

a força normativa das declarações internacionais ou não as considera *jus cogens*, cumpre frisar que o Protocolo de São Salvador, vigente no Brasil por força do Decreto nº 3.321/1999, prevê no art. 11.1 que “*Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos*”. O sentido dessas normas sobre serviços públicos em convenções internacionais de direitos humanos é consolidar no plano internacional o instituto “como uma técnica de coesão e igualação social⁹ devida pelos Estados nacionais, que, por sua parte, implica, correlativamente, o dever de organizar sua prestação, bem como, eventualmente, contribuir para sua manutenção”.¹⁰ Em outras palavras, o serviço público, antes de ser instituto jurídico de Direito Administrativo interno, é “uma técnica de garantia dos direitos humanos”¹¹ com origem em normativa internacional e de prestação obrigatória *pelo Estado* à população que dele necessita. Como lembra Rafael Valim, “O Estado presta serviços públicos porque lhe foi confiada esta missão pela Carta Magna, e não por uma suposta incapacidade dos particulares de prestá-los.”¹²

Logo, a *totalidade* daqueles serviços públicos não pode ser transferida, muito embora parcela deles sim. Exemplificadamente, um contrato de gestão com uma organização social está justificado para parcela reduzida da atividade de saúde ou de educação, de forma a contribuir para a melhor prestação do serviço estatal. Isso autorizaria, ainda dentro do exemplo, que setores de um hospital ou mesmo alguns postos de atendimento ficassem sob responsabilidade de uma organização social.

A conclusão não está imune às críticas, como evidenciado nos debates do

9 O que de resto é compatível com os arts. 1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no que diz respeito ao princípio da igualdade e não discriminação. O serviço público é dever do Estado, “uma das ações positivas que o mesmo se encontra obrigado a desenvolver para garantir a efetividade dos direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e, correlativamente, pelos ordenamentos constitucionais nacionais”. (GONZÁLEZ MORAS, Juan M. González. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, n. 361, Ediciones RAP, p. 395-425, abr. 2009, p. 425).

10 *Ibid.*, p. 412.

11 Segundo Salomoni, essa técnica se desdobra em: (a) “técnica de igualação do disfrute dos bens materiais e culturais produzidos por uma sociedade e para todos os indivíduos que a compõem”; (b) “técnica de igualdade de tratamento jurídico e político”; (c) técnica de integração social”. (SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004, p. 326-327).

12 VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 39.

painel dedicado ao tema.¹³ Realmente, é difícil saber de antemão qual é o nível aceitável de transferência de *parcelas* de atividade que não transborde para certa forma de inconstitucionalidade ou inconveniência. A resposta de qual o nível adequado de compartilhamento das atividades de saúde e de educação vai variar de acordo com o contexto, respeitado o princípio da proporcionalidade. Talvez um Município de menor porte (em termos populacionais e financeiros), que transfira parcela significativa da atividade educacional em creches, não estará cometendo ilegalidade, enquanto um Município de maior porte estará sujeito à proibição da mesma conduta.

Em relação ao questionamento de contratação de profissionais sem concurso público, é preciso cautela. Afinal, a contratação de pessoal para as atividades-fim por meio de organizações sociais pode significar burla à regra do concurso público do art. 37, I e II da Constituição, sem falar no risco de precarização da atividade e da diminuição da qualidade das condições de trabalho dos profissionais. Nesse sentido, quando o Poder Público se utiliza de organizações sociais para preencher seu quadro de pessoal há uma inconstitucionalidade evidenciada. Conforme recorda Fernando Mânica, “As parcerias com o terceiro setor não podem configurar mera interposição de mão de obra.”¹⁴ Aliás, a Lei nº 9.637/98 no seu art. 14 permite a cessão de servidor público às organizações sociais, e não o contrário: “*É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.*” Sendo assim, sob pena de burla à regra de concurso público, e citando Tarso Cabral Violin, “a

13 Mânica defende que a prestação de serviços públicos sociais “exige a prestação pelo Estado, que pode ser direta ou indireta (serviços públicos).” Entretanto, parece reconhecer que em alguns casos (não especificados), o regime de prestação indireta pelo terceiro setor deverá obedecer os princípios do serviço público: “Assim, além do prestador ser diferente em cada caso, o regime jurídico aplicável também é diverso conforme a atividade seja qualificada como *serviço privado de relevância pública* ou como *serviço público social*. Isso porque, a partir da disciplina constitucional brasileira, portanto, o serviço público social é assumido pelo Estado como uma prestação em relação à qual ele é obrigado a prestar de modo adequado, contínuo e em atendimento a todos os demais princípios do serviço público. Em última análise, o que ora se defende, é a qualificação como serviço público (e não meramente como serviço de relevância pública) das atividades prestadas pelo Estado em parceria com o terceiro setor nos em que a entidade parceira for obrigada, nos termos do ajuste, a observar os princípios dos serviços públicos. Tais hipóteses costumam ocorrer quando o objeto do ajuste corresponde a direitos em relação aos quais o Estado não possui o mero dever de incentivo, mas verdadeiro dever de prestação.” (MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução de tarefas estatais e o novo direito do terceiro Setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. **Parcerias com o terceiro setor**: as inovações da Lei nº 13.013/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 119-120).

14 Ibid., p. 128.

disponibilização de professores para escolas públicas ou de médicos para hospitais públicos não poderá ocorrer por meio de contratos, convênios, contratos de gestão ou termos de parceria, com empresas, associações de utilidade pública, organizações sociais, OSCIPs, cooperativas”.¹⁵ O Poder Público não pode simplesmente optar por uma parceria ao invés de contratar pessoal via concurso público.¹⁶

O debate nunca deixa de ser atual. À época do XX Congresso do IPDA e ainda mais no início da década de 2020 as parcerias que visam a transferência generalizada de serviços públicos chamam atenção.¹⁷ À guisa de exemplo, é o caso do programa do Governo Federal lançado em 2019 e intitulado, “Future-se”. O programa se estrutura por meio de parcerias com Universidades Federais para, em tese, “fortalecimento da autonomia administrativa, financeira e gestão das Universidades e institutos federais (...) por meio de parcerias com organizações sociais” e por meio de contratos de gestão.¹⁸

No exemplo do Future-se vislumbra-se o risco da transferência integral do serviço público a organizações sociais. Alguns problemas podem ser citados, como aqueles ligados à compatibilização do programa com o princípio da autonomia universitária, o abandono do eixo de extensão das universidades, e especialmente a implantação de uma lógica puramente privada deslocada dos desígnios da Universidade Pública. Basta para essa conclusão identificar que os eixos do Future-se são “Gestão,

15 VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização: as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 1, n. 10, p. 106-118, ago. 2012, p. 117-118.

16 Mânica explica qual exatamente o limite, segundo sua leitura: “O limite trazido às parcerias com o terceiro setor pela exigência de concurso público restringe-se, portanto, à existência de cargos e empregos previstos em lei e vagos para o exercício daquelas atribuições. Assim, apenas nos casos de vacância de cargos, empregos ou funções públicas, devidamente previstos em lei, para o exercício de atividades idênticas àquelas da parceira é que se torna imprescindível a realização de concurso público. Nessa hipótese, caso se opte pela celebração de parceria com o terceiro setor, deve ser editada, previamente, lei que extinga ou inicie processo de extinção de tais cargos, empregos ou funções, tal qual previsto na esfera federal, por exemplo, pela Lei 9.632/98.” (MÂNICA, 2017, p. 127).

17 Para uma análise das parcerias em sentido amplo no Estado do Paraná para o início da década, inclusive quanto às permissões de serviços públicos, cf. SCHWIND, Rafael Wallbach; BORDA, Daniel. Lei 19.811/2019 do Paraná cria novos mecanismos para parcerias em projetos de desenvolvimento do Estado. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 144, fev. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/399Yz9Z>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

18 Disponível em: <<https://bit.ly/2Uxijz4>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Governança e Empreendedorismo”. Não se quer com isso dizer que, por exemplo, a criação de parques tecnológicos ou treinamento para a criação de *start ups* não sejam propostas de valor. Porém, diante da lógica daqueles eixos, um grupo de pesquisa de estudo da história do Direito Administrativo seria fomentado? Uma vez que uma proposta como essa foge da lógica pragmática do empreendedorismo e da tecnologia, parece que tal grupo não teria espaço no programa. Portanto, a transferência da totalidade de todo serviço público de educação universitária a uma organização social levaria ao risco, no mínimo, de que os objetivos imediatos e pragmáticos da iniciativa privada conduzissem a totalidade dos caminhos da educação pública.

De novo, não haveria risco se a parceria fosse realizada para *parcela* da atividade educacional, ainda que o nível desse compartilhamento necessite ser analisado contextualmente. Logo, a crítica à transferência integral do serviço público a organizações sociais não pode anular outros tipos de parcerias para *parcelas* das atividades educacionais, até mesmo mediante utilização dos instrumentos contratuais da Lei nº 13.019/2014. As alternativas representadas em termos de colaboração, termos de fomento ou acordos de cooperação não só são possíveis, mas desejáveis.¹⁹ Não excluem, inclusive, os contratos de gestão previstos na Lei nº 9.637/98,²⁰ desde que a parceria não transfira a totalidade da atividade de serviço público.

Essas parcerias, entretanto, ainda são tímidas. E talvez sejam pouco utilizadas porque há hoje no Brasil o exercício de um controle desmedido por parte dos órgãos fiscalizadores. Desde os mais graduados servidores de uma entidade pública até os funcionários de organização social ou entidade parceira da Administração Pública estão sujeitos ao sancionamento desproporcional pelos Tribunais de Contas,

19 A consensualidade administrativa é movimento que abarca parcerias de toda sorte. Nesse sentido, calha bem lembrar a lição de Vivian Valle: “A administração paritária e relacional viabiliza uma teoria contratual administrativa menos focada na colisão entre interesses públicos e privados e mais voltada à visão do contratado como parceiro.” (VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 275).

20 Como afirma Mânica, “pela maior proximidade com os demais contratos de parceria, as parcerias com o terceiro setor devem ter suas lacunas legislativas integradas analogicamente por leis que tratam de outras parcerias com o terceiro setor, em especial a Lei nº 13.019/14, ou de outros contratos de parceria.” (MÂNICA, Fernando Borges. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 17, n. 66, p. 119-137, abr./jun. 2019, p. 135).

Ministérios Públicos, Controladorias e Poder Judiciário. A rigor, para estabelecer uma parceria hoje com o Estado é preciso mais que segurança jurídica: é preciso coragem.

4. CONTROLE DAS PARCERIAS COM O PODER PÚBLICO: SOBREPOSIÇÃO DE INSTÂNCIAS, SANCIONAMENTO DESPROPORCIONAL E ESTÍMULO À INOPERÂNCIA

Como a Administração exerce o controle já está bem definido no Direito brasileiro.²¹ Seja por via do controle interno, seja controle externo, é reflexo do sistema de governo republicano. Quem lida com bens ou interesses públicos está sujeito ao controle de meios e resultados. No caso das organizações sociais, estão sujeitas a auditorias e ao controle por meio de seus órgãos internos deliberativos. Nas parcerias de toda sorte também cabe à própria Administração Pública controlar-se, no exercício de autotutela, bem como cabe a órgãos externos a ela e aos parceiros controlarem a função administrativa e os ajustes com o Poder Público. Entre os órgãos de controle externo, respeitadas suas competências constitucionais, estão os Tribunais de Contas, o Ministério Público e o Poder Judiciário.²²

O Poder Judiciário se vale do processo judicial para, desde que provocado, controlar de modo prévio ou posterior uma conduta ilegal. Para os demais órgãos de controle citados aqui, valem as normas de processo administrativo, campo em que apesar do desenvolvimento nas últimas décadas²³ ainda é tormentoso. Boa parte das vezes a Administração Pública não sabe conduzir processos administrativos. Sem querer generalizar, mas boa parte das vezes quando o problema não parte do desconhecimento da lei por parte de seus órgãos de atuação, parte de uma cultura de desconfiança para com os sujeitos interessados do processo e/ou advogados. Pode-se listar uma série de ineficiências, como (a) falta de capacitação pelos agentes públicos; (b) burocracias desnecessárias; (c) desrespeito às garantias

21 Para um panorama completo, cf. FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle das Organizações Sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

22 Cf. por todos MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

23 Cf. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

convencionais e constitucionais básicas, senão mesmo àquelas previstas em leis e atos administrativos; (d) opções processuais ineficientes ou que violam a boa-fé; (f) negativa de acesso a autos e certidões sob fundamentos sem respaldo no Direito, e, para o que mais interessa aqui, (e) puro medo dos órgãos de controle, que em suas decisões voltam aos partícipes de processos administrativos sempre alguma espécie de punição, custe o que custar. Os agentes públicos têm pavor dos órgãos de controle. O medo, por sua vez, leva à inércia e inoperância, o que prejudica as parcerias.

O mesmo medo existe em relação aos agentes privados, que temerosos de sanções deixam de firmar qualquer espécie de parceria. A insegurança e receio de sanções futuras, mesmo quando não haveria o que temer, provoca a desistência de projetos que poderiam se voltar para o bem da população a ao interesse público.

A sobreposição de esferas de controle também é problemática e geradora de grande insegurança. Não se desconhece que posições respeitáveis defendem que não haveria *bis in idem* na aplicação simultânea de penas entre as esferas autônomas de responsabilidade, dado que “um comportamento funcional ilegal pode implicar no atentado a diversos bens jurídicos, (...) ensejando a movimentação de vários sistemas sancionatórios concomitantemente (...)”.²⁴ Conquanto essa seja a posição dominante, é preciso refletir melhor, inclusive à luz dos tratados internacionais vigentes.

Segundo o regime jurídico convencional vigente no Brasil, vale a norma do *ne bis in idem*, expressão latina que invoca a proibição de que alguém seja processado e sancionado duas (ou mais vezes) pelo mesmo fato.²⁵ O art. 8.4 do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) garante que “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos *mesmos fatos*”. Bem se vê que a redação da Convenção Americana é abrangente, reportando-se à proibição do *bis in idem* para processamento pelos

24 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 89-90.

25 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

“mesmos fatos”, sem limitá-los.²⁶ Assim, se não se duvida que se pode iniciar um processo em cada esfera, em respeito ao tratado internacional uma solução possível poderia ser obrigar os órgãos acusadores a *comunicar-se*, e a partir disso, optar em conjunto pela via que entendam mais adequada ao processamento e à punição dos acusados em múltiplas esferas, sem que possam eles serem processados e sancionados *pelos mesmos fatos* em mais de uma instância de responsabilização.²⁷

Visto isso, há ainda uma total displicência para com as regras de separação patrimonial e existencial de pessoas naturais e jurídicas por parte dos órgãos de controle. Pessoas jurídicas são criadas para dar autonomia gerencial e patrimonial em relação aos seus representantes pessoas naturais, mas isso é letra morta para os órgãos de controle. Dentro da lógica da desconfiança, preferem imputar responsabilidades para todos os envolvidos de qualquer parceria, mesmo que indiretamente, bastando para tanto a existência de uma ou mais assinaturas em instrumentos de parceria. Nesse contexto nefasto, colocar o patrimônio pessoal em risco, muitas vezes construído ao longo de anos, para a grande maioria não vale a pena.

Quais as soluções? Entre as várias possíveis, de modo geral calharia bem aumentar os parâmetros do controle. Além da lei e da Constituição, é preciso de uma vez por todas levar em conta as normas de tratados internacionais de direitos humanos durante o controle administrativo. Esse, como já dito, é tema incipiente que precisa ser aprofundado na jurisprudência brasileira. Os tratados e a lógica convencional que orienta sua aplicação obrigaria, quando menos, que os órgãos de controle levassem em conta garantias processuais mínimas conducentes a evitar processamentos indevidos de particulares. Como já mencionado em outra oportunidade, “A nobreza dos fins que aparentemente justifica os meios retira da vida pública as pessoas honestas e bem intencionadas. O combate eficaz à corrupção só se alcança em compasso com o respeito à garantias constitucionais, senão com a ampliação dos

26 Assim já decidiu a Corte Interamericana de Direito Humanos. Cf. Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Sentença de 17 set. 1997. §§ 76-77.

27 Para maiores detalhes, cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Processamento por improbidade administrativa e proibição do bis in idem pelo Pacto de São José da Costa Rica. **Cadernos Jurídicos da OAB/PR**, v. 88, p. 53-55, 2019.

direitos fundamentais dos acusados.”²⁸ Persistir na contramão das garantias e insistir em condenações desproporcionais resulta fatalmente na indiferença dos honestos (sejam eles agentes públicos ou particulares) e permanência dos mal-intencionados.²⁹ O efeito é a inoperância ou ineficiência nas parcerias.

De toda sorte, invocar a própria lei já ajudaria bastante. A Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB) com as alterações sofridas em 2018 orienta os órgãos de controle a uma série de condutas antes da aplicação de penas desproporcionais a agentes de boa-fé que acreditavam estar cumprindo a contento seu papel. Mas que fique claro: a LINDB precisa ser invocada nos casos concretos, pois não se cumprirá sozinha. A aplicação da lei é uma luta diária.

5. É POSSÍVEL NEUTRALIZAR OS INTERESSES PRIVADOS ECONÔMICOS NAS PARCERIAS?

Por fim, fica no ar a pergunta sobre como neutralizar os interesses privados em entidades do terceiro setor. E aqui subentende-se que o foco do questionamento são os interesses privados econômicos. Nessa linha, a resposta é: não se neutralizam os interesses privados econômicos. A economia comportamental mostra que certos interesses são próprios da nossa condição humana. Se para alguns entre as razões da existência humana está anular o egoísmo, para os céticos essa característica é apenas um fato incontestável. Seja como for, o Direito tem um papel limitado nessa área, de modo que os instrumentos para essa pretensa anulação dos interesses privados são bastante limitados. Reconhecido isso, como ao menos tentar contornar alguns interesses privados, notadamente econômicos, na busca pelo interesse público? Não se pode, afinal, desconsiderar que o interesse público é o mote do Direito Público.

Embora organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público devam ser *sem fins lucrativos*, o germen dos interesses privados econômicos

28 GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. (Org.). **Eficiência e Ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015, p. 265.

29 Idem.

está ali. Basta voltar ao exemplo do Future-se. Assim, a proposta aqui retoma o início do texto, posto que a maneira de reduzir a sobreposição dos interesses privados no interesse público é justamente preservando o núcleo constitucional que obriga o *Estado* a prestar diretamente os serviços públicos. A orientação estatal é atingir o interesse público pela via que o constituinte e o legislador definirem como adequada. Os objetivos estão definidos em tratados internacionais e nos objetivos da República. Os papéis do Poder Público e da iniciativa privada no sistema capitalista em voga estão previamente definidos e devem ser exercidos sem que o Estado relegue totalmente aos privados suas funções. Nem mesmo aos privados que não ostentam, estatutariamente, fins lucrativos.

Compartilhar os serviços públicos não é entregar a totalidade deles a particulares. Preservar essa noção é mais eficiente do que ignorar que os interesses privados econômicos não podem ser neutralizados, nem mesmo pelos órgãos de controle. Aliás, é justamente por não perceber isso que os órgãos de controle muitas vezes se sentem enxugando gelo e desaguam em frustração ou em excesso.

A separação Estado e Sociedade é cara à Modernidade e, possivelmente, lutar por sua preservação em matéria de prestação de serviços públicos é o que vai salvar da morte o interesse público e permitir o afastamento de um mundo em que a minoria dos mais ricos detenham total autonomia e poder sobre a maioria dos mais pobres.

6. CONCLUSÃO

Pouco importa a classificação das atividades prestadas por particulares que têm o mesmo substrato material que os serviços públicos. Ainda que se reconheça que são simplesmente atividades de interesse público, titularizadas pelo Estado e ao mesmo tempo por privados e prestadas em regime compartilhado, sem incidência do regime jurídico de serviço público aquele último caso, *esse fato não desobriga o Estado de prestar diretamente as mesmas atividades sob um regime de serviço público*. Declarações e tratados internacionais, e especialmente a Constituição brasileira, determinam que atividades de fornecimento de saúde, educação, previdência, cultura, desporto e lazer (art. 193-217) devem ser prestadas *diretamente* pelo Estado, ainda que complementadas pelo terceiro setor. Sua terceirização integral

a organizações do terceiro setor é ilícita.³⁰ Mesmo o Min. Luiz Fux, relator da ADI 1.923/2015, sustenta que em relação aos serviços públicos não privativos “cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e indireta do Estado, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado.”³¹ Essa *proporção*, como dito acima, deve ser identificada contextualmente e em acordo com o princípio da proporcionalidade, mas nunca de modo a permitir a transferência total de serviços públicos a parceiros privados.

Essa conclusão não significa a negação do estabelecimento do parcerias com agentes privados, até mesmo para o desempenho de serviços públicos. Ao contrário, preservado o núcleo prestacional básico direto de serviços públicos pelo Estado, as parcerias com organizações da sociedade civil devem ser *fomentadas*, especialmente mediante utilização dos instrumentos previstos na Lei nº 13.019/2014.

Há, porém, vários óbices a transpor antes do alcance do patamar desejável de união do Poder Público com os agentes privados em busca do interesse público. O maior deles é a cultura do medo provocada pelo modo de controle disfuncional de certos órgãos estatais, o que exige acima de tudo coragem (ou loucura) daqueles que pretendem estabelecer parcerias com o Poder Público. Infelizmente, o que se nota hoje é uma cultura de desconfiança dos órgãos de controle para com as parcerias de toda espécie, o que leva a sancionamento indiscriminado e desproporcional de pessoas jurídicas públicas e privadas envolvidas nas parcerias. Sobram penalidades desproporcionais até mesmo para os agentes públicos e privados, pessoas naturais, os quais muitas vezes colocam seus patrimônios pessoas em risco.

30 VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização: as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 1, n. 10, p. 106-118, ago. 2012.

31 FUX, Luiz Terceiro setor no Estado Brasileiro: a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI Nº 1.923/DF e as organizações sociais. In: FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. **Organizações sociais após a decisão do STF na ADI nº 1.923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 73.

As soluções não são fáceis. Um caminho está na preservação das garantias convencionais, constitucionais e legais, de modo a fortalecer uma cultura de parcerias não mais calcada na desconfiança. O controle das parcerias deve ser respeitoso para com a legalidade e equilibrado. Primordialmente, deve partir da boa-fé das relações jurídicas estabelecidas, ainda que sem descuidar de seu necessário rigor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Sentença de 17 set. 1997.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle das Organizações Sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FUX, Luiz. Terceiro setor no Estado Brasileiro: a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI Nº 1.923/DF e as organizações sociais. In: FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. **Organizações sociais após a decisão do STF na ADI nº 1.923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M. González. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, n. 361, Ediciones RAP, p. 395-425, abr. 2009.

GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. (Org.). **Eficiência e Ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015.

_____. Processamento por improbidade administrativa e proibição do *bis in idem* pelo Pacto de São José da Costa Rica. **Cadernos Jurídicos da OAB/PR**, v. 88, p. 53-55, 2019.

_____. Releitura do Regime Jurídico-Administrativo e a Teoria do Melhor Direito: Impactos da Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, 2019. *Ahead of print*.

MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução de tarefas estatais e o novo direito do terceiro Setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.013/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 17, n. 66, p. 119-137, abr./jun. 2019.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Controle da Administração Pública**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: Administração Pública, direitos fundamentais e desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2019.

_____. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach; BORDA, Daniel. Lei 19.811/2019 do Paraná cria novos mecanismos para parcerias em projetos de desenvolvimento do Estado. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 144, fev. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/399Yz9Z>>.

VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização: as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 1, n. 10, p. 106-118, ago. 2012.

IMPACTOS DA TECNOLOGIA – ACESSO À INTERNET, DO LUXO À NECESSIDADE, SERIA A INTERNET UM SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL?

FERNANDA SCHUHLI BOURGES

Doutoranda em Direito na PUC-PR.
Professora de direito administrativo; advogada.



1. INTRODUÇÃO

O artigo proposto tem por objetivo analisar se a partir dos avanços tecnológicos e, por consequência, da denominada Revolução 4.0, assim como do sistema jurídico-normativo brasileiro, pode-se caracterizar a prestação do serviço de comunicação multimídia – internet – como um serviço público no Brasil de modo a universalizar o acesso.

A partir do método hipotético-dedutivo são resgatados conceitos sobre a noção de serviço público, sobre os regimes privado e público prestacionais, e propostas reflexões críticas acerca da necessidade de a prestação de serviço de internet submeter-se, ainda que parcialmente, ao regime prestacional dos serviços públicos.

2. IMPACTOS DA TECNOLOGIA, O MODO DE VIDA MUDOU

Não é de hoje, mas os saltos de tecnologia, de tempos em tempos, mudam o modo de vida das pessoas, as necessidades, o formato e o conteúdo da prestação de serviços, a produção e o fornecimento de bens, com impactos, inclusive, sobre a prestação dos serviços públicos.

Uma das formas de identificação das grandes mudanças tecnológicas dá-se pelo que se denomina Revolução Industrial. A primeira, identificada no período entre 1760 e 1830, impactou sobretudo na produção, de manual à mecanizada. A segunda

remonta ao período de 1850, veio com a eletricidade e possibilitou, dentre outras mudanças, a produção em massa. A terceira, identificada em meados do século XX, refere-se à eletrônica, tecnologia da informação e às telecomunicações, todas com grande repercussão sobre o modo de vida, sobretudo no que se refere à produção e ao trabalho.

A ONU, com o fim da Guerra Fria, incentivou o desenvolvimento do uso da tecnologia de informação e comunicação pela sociedade.¹

O atual momento é denominado por Quarta Revolução Industrial, conhecido também como Revolução 4.0,² marcado pelo uso da internet e da convergência de tecnologias, digitais, físicas e biológicas, com fenômenos da robotização, inteligência artificial, internet das coisas em que a tecnologia³ não apenas auxilia as pessoas, mas também passa a produzir resultados a partir dos dados captados. Trata-se de um novo paradigma, o tecnológico, fundado na tecnologia da informação.⁴

Há países e setores mais ou menos imersos no paradigma 4.0, mas, de fato, o uso da tecnologia alterou e ainda causará grandes modificações no modo de pensar e de atuar da sociedade.⁵ A transmissão de informações, a comunicação, o diálogo, o lazer, o ensino e o conhecimento sofreram grande modificação com a tecnologia, notadamente pela internet. Uma das grandes diferenças é a velocidade e a transposição de barreiras físicas, de tempo e espaço, bem como do número de destinatários

-
- 1 SÁNCHEZ, María de Lourdes Marquina. Gobierno electrónico e innovación en los gobiernos locales de México. **Revista de Administración Pública**, 129, vol. XLVII, 3. México, INAP, 2012, p. 17.
 - 2 Termo utilizado pela Alemanha, em 2011, ao lançar um projeto denominado “Plattform Industrie 4.0”. Em 2015 foi lançado como programa do governo alemão, conforme ressaltam: SACOMANO, José Benedito; SÁTYRO, Walter Cardoso. In: SACOMANO, José Benedito (Org.). **Indústria 4.0: conceitos e fundamentos**. São Paulo: Blucher, 2018, p. 23.
 - 3 É complexa a definição do termo tecnologia, pode ser considerada por diversos enfoques, “o que se pode estabelecer de forma clara é que a tecnologia e, consequentemente, a prática tecnológica englobam elementos organizacionais, técnicos e éticos.” LIMA, Gercina Ângela Borém de O.; PINTO, Lílíam Pacheco; LAIA, Marconi Martins de. Tecnologia da Informação: impactos na sociedade. **Informação & Informação**, Londrina, v. 7, n. 2, p. 75-94, jul./dez 2002, p. 78.
 - 4 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 67.
 - 5 Sem maiores digressões, para não ampliar excessivamente o debate, tem-se que tecnologia da informação pode ser considerada para este propósito como “a utilização de conhecimentos para tratar a informação e viabilizar os processos de decisão humana”. LIMA; PINTO; LAIA, op. cit., p. 82.

ou interlocutores. Os meios de comunicação se tornaram mais tecnológicos, com volume de reprodução e velocidade até então não conhecidos pela coletividade como um todo; a comunicação e o relacionamento interpessoal tornou-se muito mais veloz que a movimentação humana.⁶ Máquinas e objetos passaram a interagir com dados e com as pessoas e a demandar conexão à rede de internet. Desse modo, a tecnologia não se restringiu a alguns segmentos produtivos e ao ambiente do trabalho, mas repercutiu para a vida da coletividade.

A modificação das noções de tempo e espaço alteraram o modo de pensar e de fazer da coletividade, seja no âmbito pessoal, nas relações afetivas e familiares, no consumo de produtos e serviços, bem como enquanto cidadãos. O Estado, por intermédio da tecnologia, torna-se mais aberto, transparente e facilmente acessível à coletividade, que passa a ter a possibilidade de obter informações e até mesmo dialogar com o Poder Público de modo mais eficiente. O acesso e a prestação de serviços públicos também apresenta ganhos de eficiência com a tecnologia digital.

Os mais jovens, nascidos após o ano 2000, nasceram inseridos no novo paradigma 4.0, marcados por grandes acontecimentos, acesso à internet e avanços tecnológicos⁷ e as outras gerações, conforme a idade, grau de instrução, atividade profissional, questões econômicas, dentre outros aspectos, se encontram mais ou menos inseridas no contexto 4.0.

O paradigma da revolução 4.0, mesmo no Brasil, não é uma racionalidade distante, pelo contrário, conforme se observa o fenômeno dos smartphones, da “uberização”, dos aplicativos de refeição, das compras de toda espécie de produtos e contratação de serviços pela internet, trabalho, estudos, pesquisa e lazer pela internet, sem fronteiras quanto ao tempo e ao local.

Assim, após o início do século XXI, a vida urbana em sociedade passou a girar e a depender sobremaneira do acesso à rede de internet com o recebimento

6 A respeito, LIMA; PINTO; LAIA, 2002, p. 75-77.

7 Por exemplo, o ataque terrorista aos Estados Unidos da América em 2001, o surgimento do Iphone em 2007.

e transmissão de dados, sons e imagens. Desse modo, o efetivo acesso à internet, independentemente da vontade das pessoas, tornou-se uma etapa inicial ao “ser” e ao “estar”, é uma ferramenta onipotente e um pressuposto à velocidade e à ultrapassagem de fronteiras do mundo atual, seja no campo das relações pessoais, profissionais, acadêmicas e, sobretudo, no enfoque da esfera pública, ora proposto, como cidadão, contribuinte e usuário de serviços públicos. A internet tornou-se um dos grandes palcos do exercício de direitos fundamentais como a educação, a liberdade de informação, de comunicação e de expressão. A necessidade de acesso foi exacerbada com o isolamento social como forma de combate ao COVID-19.

O acesso à internet deixou de ser um luxo e uma faculdade, mas uma necessidade para a maior parte dos cidadãos, especialmente aos estudantes e à população economicamente ativa.

3. SERVIÇOS PÚBLICOS, CARACTERIZAÇÃO, FUNDAMENTOS E UTILIDADES

O serviço público pode ser caracterizado como uma atividade estatal, assim definida pela Constituição da República ou por lei, que visa atender necessidades da coletividade e em alguns casos equilibrar a atuação do mercado, mediante intervenção estatal, em áreas carentes e sensíveis à população. A noção e a definição das atividades caracterizadas como serviço público são atreladas ao tempo, ao espaço, à satisfação de necessidades da coletividade em vista ao modelo de Estado e da sua Constituição.

Como se tem referência ao longo da história do serviço público, os avanços tecnológicos estão atrelados à noção do serviço público. Na época do surgimento da Escola do Serviço Público, em Bordeaux, ao final do século XIX, apesar da célebre divergência sobre a abrangência da compreensão “serviço público”, no sentido de atividade de prestação material, a comunicação por correspondência era um dos grandes referenciais de serviço público. Nenhum outro serviço, como o de correspondência internacional, demonstrava maior solidariedade de obrigações e direitos a unir todas as nações, afirmou Duguit.⁸

8 DUGUIT, Léon. *Les Transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 48-49.

A partir das revoluções técnicas e científicas dos séculos XIX e XX, com a urbanização e a presença do proletariado industrial, surgiram novas necessidades e atividades, as quais, por desinteresse ou inviabilidade, não foram prestadas pela iniciativa privada, alargando-se, por consequência, a atuação estatal com a prestação dos serviços econômicos e sociais.⁹

Segundo a teoria de Léon Duguit, cuja concepção de Estado foi voltada à prestação dos serviços públicos, a atribuição de atividades à qualidade de serviço público deve-se à relação daquelas com a coexistência e a solidariedade social entre os indivíduos.¹⁰

Duguit, à época, reconhecia a dificuldade em identificar quais seriam tais atividade, pois elas “são fruto de uma situação *objetiva* que emerge naturalmente do estado atual das relações sociais, nos termos da ‘interdependência social’”¹¹ e aumentam conforme o grau de civilização.¹² Um possível critério para a identificação do serviço público seria o da desordem social produzida pela suspensão de algumas atividades, ainda que breve, como ocorreu com a greve de 1910 do serviço de transporte em estrada de ferro.¹³

Ainda, segundo Duguit, as obrigações e a atuação do Estado seriam determinados pela situação econômica do país e pelas necessidades de seus habitantes, à luz da solidariedade social, de modo que estabeleceu como noção de serviço público “toda atividade cujo cumprimento deve ser regrado, assegurado e controlado pelos governantes, porque é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurada completamente senão pela força governante.”¹⁴

9 RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 30-32.

10 DUGUIT, 1913, p. 51-52. JUSTEN, Monica Spezia. **A Noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 37.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: RT, 1968, p. 141.

12 DUGUIT, op. cit., p. 47.

13 *Ibid.*, p. 51.

14 “C’est toute activité dont l’accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu’il est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale et qu’il est de telle nature qu’il ne peut être assuré complètement que par l’intervention de la force gouvernante.” DUGUIT, 2003, p. 51.

A perspectiva de Duguit sobre a noção de serviço público é considerada sociológica, criticada pela falta de elementos jurídicos, mas, de todo modo, permite evidenciar elementos a orientar a atividade legislativa¹⁵ no intuito de identificar quais atividades devem ser designadas como serviço público e, o principal, submetidas ao seu regime.

A noção de serviço público, desde a sua origem, é tradicionalmente delimitada a partir de três aspectos: material, formal e subjetivo. Na “Escola do Serviço Público”, Duguit, por exemplo, adotou concepção objetiva e material de serviço público ao conferir-lhe o papel promotor da solidariedade social. Gaston Jèze, por outro lado, partiu da intenção do Estado em relação à submissão do serviço a regime específico, de modo que a noção por ele apresentada funda-se em embasamento subjetivo e formal.¹⁶

Em síntese, o aspecto material se refere à qualidade de dadas atividades que demandam a sua caracterização como serviço público. O aspecto subjetivo se refere à atribuição da atividade ao Estado e o aspecto formal diz respeito ao regime prestacional diferenciado daquele das atividades privadas.¹⁷

Assim, a partir dos três aspectos, uma atividade definida como serviço público costuma ser reconhecida como relevante à coletividade, essencial em dado momento histórico, face ao contexto econômico e social, sendo que diante de tal relevância não pode figurar sob encargo exclusivamente privado e, portanto, deve figurar como encargo estatal, a ser prestado pelo próprio Estado ou por terceiros,¹⁸ em regime total ou parcialmente público, mas distinto do regime privado.

15 Conforme MELLO, 1968, p. 140-141.

16 JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. II. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 3-4, 22 e nota 33.

17 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016, p. 65. A respeito, em outra oportunidade o tema foi aprofundado em BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos**: acesso e remuneração. Curitiba: Juruá, 2008, p. 38.

18 “Na atualidade, o serviço público não significa necessariamente atividade prestada por órgão público. Porém, não se pode negar a presença orgânica da Administração, que não desapareceu, mas pode ser entendida de modo diferente do original.” GROTTI, Dinorá A. Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48-49.

Acerca da noção de serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca o elemento formal, por traduzir um conceito jurídico e possibilitar a localização do serviço público por intermédio de um sistema de normas, de um conjunto de regras, de modo que o serviço público é aquele ao qual o legislador atribuiu um regime especial – o administrativo.¹⁹

O regime ao qual se submete a prestação de serviços públicos é eminentemente principiológico, informado pelos princípios específicos da continuidade, regularidade, generalidade, atualidade, eficiência, impessoalidade, igualdade, segurança, adequação²⁰ e modicidade tarifária, dentre outros pertinentes e gerais à Administração Pública.

Desse modo, sob o regime prestacional dos serviços públicos, mesmo que estes sejam prestados pela iniciativa privada, esta não detém sobre a sua prestação a mesma liberdade e autonomia de uma atividade privada. Os serviços públicos não podem ter a sua prestação interrompida, devem ser regulares, ou seja, prestados nas mesmas qualidades e padrões definidos pelo Estado, a todos, de forma impessoal e universal, com obrigações de universalização e mediante valores módicos.

No intuito de respeitar todos os princípios do regime prestacional dos serviços públicos, o Estado, titular destes, possui grande poder de intervenção e regulação, com o estabelecimento de padrões de fornecimento, metas de universalização e políticas tarifárias. As atividades econômicas privadas, mesmo aquelas atreladas à satisfação de necessidades relevantes da coletividade, ao contrário, pertencem ao campo da autonomia da vontade, da livre iniciativa, em regra, podem ser prestadas conforme for conveniente ao agente econômico e ao mercado, com liberdade de preço e para os consumidores dispostos a pagá-lo. No mercado é normal a lógica do não atendimento a todos e do limite econômico ao acesso.

19 MELLO, 1968, p. 167-169.

20 Nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei 8.987/94, que ao regulamentar o art. 175, parágrafo único IV da Constituição da República, estabelece que serviço adequado é aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” Dever estabelecido do mesmo modo no art. 4º da Lei 13.460/2017 (Lei de proteção e defesa dos usuários de serviços públicos).

A noção do serviço público se refere a uma intervenção do Poder Público em favor dos particulares, que necessitam aceder à atividade.²¹ Marçal Justen Filho esclarece que definir serviço público é árduo porque envolve a delimitação do público e do privado, a função do Estado e seus limites, além de questões políticas.²²

Odete Medauar ressalta que diversos pressupostos podem levar a considerar uma atividade como serviço público, como: “retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; fins fiscais ou desvantagem patrimonial (habitualmente cita-se no caso os antigos monopólios de tabaco); para favorecer o progresso técnico.”²³

Desse modo, uma atividade deve ser erigida, por lei, à categoria dos serviços públicos diante da constatação de ser relevante à coletividade e na hipótese de o regime de direito privado não viabilizar o acesso, assim como se o regime prestacional público for o mais adequado, em dado momento, ao respeito e à realização de direitos fundamentais e à consecução dos princípios e objetivos fundamentais da República. Com mais ênfase no direito brasileiro, uma vez que o serviço público possui destaque na Constituição da República de 1988.

A dificuldade, contudo, é identificar quais atividades devem ser submetidas ao regime prestacional público e, eventualmente, erigidas à categoria de serviço público.

Muito se debateu no final do século XX e início do século XXI acerca da privatização dos serviços públicos, contudo, o debate ora suscitado se refere ao movimento contrário, uma suposta “publicização” do acesso à internet banda larga em

21 A respeito, Odete Medauar, refere-se à obra de Philippe Jourdan, (*Revue du Droit Public*, 1987) sobre a formação do conceito de serviço público, em que o autor se refere ao surgimento de uma padaria comunal, em 1665, na comunidade de Marignane, França, após a comunidade ter invocado o bem da população diante da insuficiência do fornecimento dos padeiros e do preço excessivo que estes cobravam, o que permite identificar, como pondera a professora, dois princípios que depois iriam integrar a teoria do serviço público: a continuidade e a igualdade dos usuários ante o serviço. MEDAUAR, Odete. Serviço Público, *Revista de Direito Administrativo*. 189. Rio de Janeiro, 1992, p. 101.

22 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17.

23 MEDAUAR, op. cit., p. 101.

vista à atual necessidade e desigualdade de acesso, que deixou de ser mero luxo e conveniência e pelo seu papel instrumental à preservação e ao exercício de inúmeros direitos fundamentais, à redução de desigualdades e ao desenvolvimento.

4. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (INTERNET), ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO, COMO UNIVERSALIZAR O ACESSO?

Quando houve a privatização e a abertura ao mercado no setor de telecomunicações no Brasil, a opção legislativa na Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) foi no sentido de diferenciar os serviços de telecomunicações, previstos no art. 60,²⁴ dos denominados serviços de valor adicionado, que não integram os serviços de telecomunicações, conforme dispõe o art. 61, § 1º. O regime prestacional dos serviços de telecomunicações foi previsto como público, privado ou público e privado concomitantemente. O critério utilizado para definir a submissão ao regime público foi a necessidade de universalização e continuidade, de acordo com o art. 64 parágrafo único e 65 da Lei.

Apesar de a Lei 9.472/1997 não mencionar acerca do serviço de internet ou de comunicação multimídia, tal atividade foi enquadrada na categoria dos serviços de valor adicionado, prestada em regime privado, mediante autorização.

Desse modo, durante todos estes anos, a prestação de serviços de acesso à rede internet permaneceu no regime privado, como relação de consumo, sendo apenas o seu provedor considerado usuário do serviço de telecomunicações, nos termos do art. 61, § 1º da Lei 9.472/1997. A prestação dos serviços é autorizada pela ANATEL e muito pouco é disciplinado quanto ao atendimento do consumidor de tais serviços.

Em 2013, com a Resolução ANATEL nº 614/2013, em seu art. 3º, o serviço de comunicação multimídia, que compreende o provimento de conexão à internet, foi considerado um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, porém,

24 Lei 9.472/1997, art. 60, § 1º “Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

prestado em regime privado. De todo modo, durante anos, o serviço de internet restou em uma espécie de “vácuo legislativo”, alvo de escassa regulação, prestado sob as regras do mercado, o que em anos atrás não era um problema.

Em 1997, certamente o acesso ao serviço de internet era um luxo ou uma comodidade, contudo, com os avanços tecnológicos ocorridos ao longo dos anos, com a revolução 4.0 mencionada inicialmente, o acesso à internet se tornou essencial e o será cada vez mais, de modo que o acesso universal à internet de qualidade deve ser garantido às presentes e futuras gerações.²⁵

O acesso à internet nos dias atuais é indissociável à educação, em todos os níveis, com a disponibilidade imediata e muitas vezes gratuita de inúmeros e variados conteúdos educacionais. O acesso à internet é fundamental à comunicação entre as pessoas, ao consumo, à informação, à cidadania e à utilização de muitos dos serviços públicos, por exemplo, conforme ponderado na parte inicial desse artigo. O acesso à internet foi reconhecido como integrante do rol dos direitos humanos pela ONU, na sessão 32 de 2016, em acréscimo ao art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos,²⁶ com a convocação dos Estados a promoverem o acesso universal à internet e reconhece esta como importante instrumento de cidadania e participação da sociedade, como promotora do desenvolvimento e do exercício dos direitos humanos.

25 A problematização ora referida foi objeto de reflexão antes da pandemia provocada pelo COVID-19, fato este que lançou holofotes sobre o problema e a necessidade de solução imediata.

26 Por exemplo, inclusive como instrumento ao atendimento da Agenda 2030, a importância do acesso à internet pode ser visualizada nas recomendações nº 4, 5, 12 e 15 formuladas pela ONU na sessão 32, que dispõem: “4. *Affirms* that quality education plays a decisive role in development, and therefore calls upon all States to promote digital literacy and to facilitate access to information on the Internet, which can be an important tool in facilitating the promotion of the right to education;” “5. *Affirms also* the importance of applying a comprehensive human rights-based approach in providing and in expanding access to Internet and requests all States to make efforts to bridge the many forms of digital divides;” “12. *Calls upon* all States to consider formulating, through transparent and inclusive processes with all stakeholders, and adopting national Internet-related public policies that have the objective of universal access and enjoyment of human rights at their core;” e “15. *Decides* to continue its consideration of the promotion, protection and enjoyment of human rights, including the right to freedom of expression, on the Internet and other information and communication technology, as well as of how the Internet can be an important tool for fostering citizen and civil society participation, for the realization of development in every community and for exercising human rights, in accordance with its programme of work.” Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf> Acesso em 14 de maio de 2020.

Assim, não restam dúvidas quanto à relevância do serviço de internet e da necessidade de universalização do seu acesso, seja em termos de extensão de disponibilidade como em termos de efetivo acesso. A essencialidade do serviço equivale ou, atualmente, até se sobrepõe à telefonia, à época da edição da Lei 9.472/1997, relevantíssima.

Diante da relevância, do aspecto estratégico e da indispensabilidade de acesso à internet como condição material para o respeito e a promoção de diversos direitos fundamentais, ademais, como faceta do interesse público, eis que a inserção das pessoas no meio digital permite redução de desigualdades e desenvolvimento econômico, social e cultural, há que se repensar sobre o serviço de internet, que flutua entre o público e o privado, e refletir sobre sua natureza e regulamentação.

Destarte, indaga-se se em 2020 pode-se considerar o serviço de internet um serviço público? A resposta, fundada na teoria do serviço público, é afirmativa, pelo menos no tocante a um determinado volume de transmissão de dados e velocidade tecnicamente adequados, que permitam efetividade e qualidade ao acesso, mediante previsão legal.

De acordo com o aspecto material dos serviços públicos, no século XXI, especialmente a partir da Revolução 4.0 não há dúvidas quanto à necessidade de acesso da coletividade à internet de qualidade, como instrumento de inserção social, cidadania, utilização de serviços públicos, respeito e realização de direitos fundamentais²⁷ e, portanto, a atividade corresponde ao aspecto material dos serviços públicos.²⁸

Não obstante, apenas a configuração do aspecto material, ou seja, o fato de a atividade possuir conteúdo de serviço público, não a transfere imediatamente para o regime do serviço público, faz-se necessária uma opção estatal neste sentido,

27 Por exemplo, Marçal Justen Filho conceitua serviço público como “atividade pública administrativa de satisfação de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 478.

28 Observa-se a instrumentalidade do serviço público ao atendimento dos direitos fundamentais em SCHIER, 2016, p. 73-74.

mediante lei. De acordo com a história do serviço público, mutabilidade e adaptabilidade são características que lhe são inerentes, as quais possibilitam sua sobrevivência e inserção de novas atividades face às modificações sociais, políticas, econômicas e tecnológicas.²⁹

Nota-se, poderia haver opção legislativa e o serviço de acesso à internet poderia ser parcialmente transferido ao regime público, no tocante ao acesso doméstico, de boa qualidade, com padrão razoável de volume de dados e velocidade, universal, com tarifas módicas e, conforme a situação socioeconômica do usuário, mediante tarifas sociais subsidiadas, prestado por particulares. Enquanto outros serviços diferenciais, mais velozes e sofisticados de acesso à internet permaneceriam no regime privado, de modo semelhante ao que a legislação de telecomunicações estabeleceu em 1997, regimes público e privado concomitantes, quando a telefonia era o principal modo de telecomunicação e a comunicação também era escrita por cartas.

Não obstante, pondera-se, a Resolução ANATEL nº 614/2013, em seu art. 3º, reconheceu a qualidade de serviço de telecomunicação ao serviço de comunicação multimídia, que compreende o acesso à internet. Em verdade, o art. 60, § 1º, da Lei 9.472/1997 definiu telecomunicação como a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Ademais, o Brasil atribuiu status constitucional ao serviço público,³⁰ a Constituição da República, em seu art. 21, X, XI e XII, assegurou como serviço público federal o serviço postal e o correio aéreo nacional, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens. Além disso, a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) reconheceu em seu art. 7º o acesso à internet como essencial ao exercício da cidadania, assim como estabeleceu

29 BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. **Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 62.

30 Conforme ressalta Almiro do Couto e Silva. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 230, p. 45-74, out./dez. 2002, p. 73. Odete Medauar também indagou se a noção de serviço público, que remonta a escola do serviço público, tem significado no Direito Administrativo e observou que em nosso direito a noção não é simbólica eis que a Constituição se dedica aos serviços públicos e, em seu art. 175, os incumbe ao Poder Público. MEDAUAR, 1992, p. 113.

aos entes federativos o desenvolvimento da internet no Brasil com a expansão do seu uso, no art. 24, II.

Destarte, há fortes características constitucionais e legislativas que permitem, pragmática, sistemática, histórica e teleologicamente, interpretar o termo “telecomunicações” e qualificar o acesso à internet como serviço público no sistema normativo brasileiro, sendo necessária apenas regulamentação.

A relevância em qualificar o acesso à internet, ainda que parte deste serviço, como serviço público, é a submissão ao regime prestacional do serviço público, no qual não predomina o lucro da atividade, mas a universalização do acesso, em termos de extensão, disponibilização e efetivação do acesso, o estabelecimento de padrões de qualidade e a modicidade tarifária, inclusive, com políticas públicas tarifárias sociais redistributivas.³¹ Em última análise, o Estado, direta ou indiretamente, tem o dever de disponibilizar o acesso aos serviços públicos, tal qual preceitua o art. 175 da Constituição da República.

O serviço prestado sob a lógica do mercado acaba por se concentrar nos grandes centros urbanos, onde há consumidores dispostos e com condições para pagar o preço, sem garantia de acesso aos menos favorecidos economicamente, ou com um suposto acesso, precário, a serviços de péssima qualidade. O serviço deixa de ser prestado nas regiões mais longínquas e com menor densidade demográfica, especialmente se forem regiões mais pobres. Desse modo, a lógica do mercado é antagônica à universalização e à isonomia no acesso, o que não é problema se o serviço for uma comodidade, um luxo ou uma conveniência.

No entanto, com as evoluções tecnológicas, com a Revolução 4.0, o padrão das telecomunicações migrou da telefonia para a internet, de modo que o acesso à rede tornou-se uma necessidade, que não se restringe ao indivíduo, mas passou a integrar o interesse público, pois é um meio de inserção na sociedade, no espaço público digital, um mecanismo de comunicação, acesso à educação, à cultura, ao

31 O regime jurídico prestacional é defendido como garantia fundamental, como condição de acesso ao serviço público adequado. SCHIER, 2016, p. 181, 196-197.

mercado, ao Poder Público³² e à promoção do desenvolvimento, que ultrapassa a esfera individual.

Observa-se que serviço público “é atividade indispensável à consecução da coesão social”, e o que justifica qualificar determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua “vinculação ao interesse social.”³³

Justifica-se a caracterização do acesso à internet como serviço público também por configurar uma técnica de garantia dos direitos humanos, sintetizada em: igualdade no desfrute dos bens materiais e culturais produzidos em uma sociedade e igualdade de tratamento jurídico e político, e técnica de integração social. Desse modo, o serviço público envolve a prestação de uma atividade que atende a satisfação de necessidades públicas.³⁴

Juarez Freitas atribui à noção de serviço público a aptidão ao atendimento dos objetivos fundamentais do Estado Democrático,³⁵ o que indiscutivelmente se encontra no serviço de acesso à internet. Qualificar uma atividade como serviço público diz respeito às opções políticas sobre as funções do Estado e aos valores jurídicos fun-

32 No Rapport Denoix De Saint-Marc, elaborado em 1995, quando foi discutido o Tratado de Roma e a proposta europeia para os serviços econômicos de interesse geral, ponderou-se, em síntese, que os serviços públicos de natureza industrial e comercial, organizados em rede – serviços nacionais ou locais de transporte, energia, comunicação, água ou saneamento – possuem um destaque especial pois exprimem, materialmente, valores essenciais, como a solidariedade entre as pessoas que eles unem, conectam seus usuários à vida social e econômica, de modo que aqueles que não têm acesso a eles podem sentir-se excluídos. Ainda, ao mesmo tempo em que asseguram solidariedade, contribuem para a eficácia produtiva da economia. Redação original: “Parmi les services publics, ceux qui sont de nature industrielle et commerciale et qui sont organisés en réseaux - services nationaux ou locaux de transport, énergie, communication, eau ou assainissement - occupent une place particulière. Ils expriment de façon pour ainsi dire matérielle des valeurs essentielles, comme la solidarité entre les personnes qu’ils relient : ils branchent leurs utilisateurs sur la vie sociale et économique, tandis que ceux qui n’y ont pas accès peuvent se sentir exclus. De plus, en même temps qu’ils assurent des solidarités, ils contribuent à l’efficacité productive de l’économie.” DE SAINT-MARC, Renaud Denoix. **Le service publique**: rapport au premier ministre. Paris: Documentation Française, 1996, p. 12. Disponível em <<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/964060200.pdf>>. Acesso em 14 de maio de 2020.

33 GRAU, Eros. **A Ordem econômica na constituição de 1988**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257.

34 SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria geral de los servicios públicos**. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 326-327.

35 FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. Malheiros: 1995, p. 31.

damentais por ele reconhecidos.³⁶ Na concepção de Odete Medauar, o serviço público é a tradução mais acentuada da ideia filosófica do bem comum.³⁷ Eis a importância, especialmente no direito brasileiro, bem como diante da realidade socioeconômica brasileira, de o acesso internet qualificar-se como serviço público, prestado por particulares.

Países que não possuem a mesma consagração acerca do serviço público, como os Estados Unidos da América, defendem a relevância de se garantir o acesso, seja no tocante à extensão da rede como em relação ao custo, e buscam à atividade o reconhecimento da categoria “public utility”, com mais ênfase a partir da pandemia provocada pelo COVID-19.³⁸

Apesar de o modelo constitucional brasileiro ser sólido quanto à previsão, titularidade e responsabilidade estatal pelo serviço público, pode-se admitir a flexibilização do aspecto subjetivo (titularidade estatal), mas preservar os aspectos material e formal, mais relevantes, mediante intensa regulação, atribuir ao serviço de comunicação multimídia encargos especiais de serviço público, semelhante ao modelo adotado na União Europeia, com o fim de garantir a todos os cidadãos um mínimo comum de serviços em condições de igualdade, universalidade e a um preço acessível. Neste sentido, pondera Carlos Ari Sundfeld que não importa discutir o caráter público ou

36 JUSTEN FILHO, 2003, p. 34-35.

37 MEDAUAR, 1992, p. 113.

38 Questionam os americanos se o acesso à internet é um direito ou um privilégio quando milhões de americanos não possuem acesso à internet ou não podem pagar por ele, o que se agrava com a crise do COVID-19 e com o excesso de demanda sobre a rede, razão pela qual há defesa por uma infraestrutura digital pública. Estima-se que 90 milhões de americanos não possuem acesso à internet. “Should broadband access to the Internet be a utility? Can anyone identify a more important national capability? Is it in the same category as electricity and water? We all know the fear. The word “utility” immediately suggests “regulation.” Well, what if it’s never treated as a utility and never regulated? How many Americans will be shut out of the “apps” we all love and – now – desperately need to support their personal and professional lives. So what if utility-like funding was available to provide high-speed, affordable-for-all Americans? (By the way, would the Americans who loathe the whole concept of “utility” prefer no regulation of electricity, water, nuclear power or air travel?)” ANDRIOLE, Steve. It’s time for an internet-for-all Public Utility (before corona crashes it). **Forbes**, Innovation, mar. 30 2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/steveandriole/2020/03/30/its-time-for-an-internet-for-all-public-utility-before-corona-crashes-it/#a43978daf950>>. Acesso em 14 de maio de 2020.

privado de certo serviço, mas sim identificar como ele é regulado pelo Estado.³⁹

No contexto europeu, defende-se a regulação como modo estabelecer o que denomina por “responsabilidade garantia” para assegurar e garantir a existência e a prestação dos serviços universais.⁴⁰ A atividade regulada sujeita-se a uma programação pública, de modo que o regime da atividade não é puramente privado. As atividades submetidas à programação passam a ser denominadas como: atividades de serviço universal, atividades de interesse econômico geral ou atividades oneradas com obrigações de serviço público, cujo regime jurídico se aproxima do tradicional regime de serviço público.⁴¹

Desse modo, a regulação, com a submissão do serviço de comunicação multimídia ao regime de serviço universal, com obrigações de universalização, por exemplo, com autorização para exploração de regiões rentáveis conectadas com o dever de atender regiões deficitárias, com obrigações de expansão, padrões mínimos de qualidade e controle de preços, ao menos no tocante ao segmento residencial, pode ser um modo de universalizar o acesso à internet, que deve ser implementado imediatamente.⁴²

39 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.

40 GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 9-10.

41 Ibid., p. 16-17. O termo “serviço universal” foi aplicado inicialmente às telecomunicações, segundo a declaração da Comissão da União Européia – COM (96)0073 – C4 0205/96 – “corresponde à obrigação de fornecer acesso o acesso à rede telefônica pública e de disponibilizar um serviço telefônico acessível a todos os utilizadores que o requeiram”. O conceito de serviço universal também passou a ser utilizados para os correios, conforme dispõe a Diretiva 97/67/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997. Ibid., p. 16, nota 27. Serviço universal é um conceito que, no direito europeu, serviu para “enquadrar o processo de liberalização do sector num determinado contexto de regulação social.” Ele pode ser considerado vizinho do conceito de serviço público ou um reforço a este, conforme lecionam Muñoz Machado e Malaret I García. De todo modo, não é um conceito que retoma a característica orgânica dos serviços públicos, ele se refere à satisfação das necessidades mínimas dos indivíduos, determinando a acessibilidade de todos os potenciais usuários. GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital. (Org.) **Estudos de regulação pública – I**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 205.

42 Não restam dúvidas de que políticas públicas de inclusão digital são necessárias e complementares, como o acesso aos equipamentos, educação digital e capacitação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço tecnológico e a Revolução 4.0 trouxeram inúmeras modificações quanto à comunicação entre as pessoas, cartas deixaram de ser utilizadas e o uso da telefonia, especialmente a fixa, foi reduzido. A cena foi tomada pela internet, como meio de comunicação, informação, liberdade de expressão, estudo, pesquisa, trabalho, entretenimento, venda e consumo e como instrumento de cidadania, com maior transparência e controle sobre a atuação do Poder Público, assim como acesso aos serviços públicos e demais atividades públicas.

A sociedade passou a conviver com a informação e a comunicação rápida, sem fronteiras de tempo e espaço. O Estado, cada vez mais, nos seus três Poderes, também se adapta à era digital. A sociedade tornou-se digital, cujo caminho de acesso é a internet, de tal modo que não ter acesso à rede representa exclusão desta sociedade digital, da obtenção rápida de informações e privação de comunicação e expressão.

Estar conectado à internet deixou de ser um luxo ou uma comodidade e passou a ser uma necessidade. Não obstante, o serviço é considerado atividade econômica, prestado em regime privado, sob as regras de mercado. Não há disponibilidade estrutural e fática para todos e para um número representativo de pessoas há disponibilidade mas o preço a ser despendido é elevado diante da renda familiar. Assim, as desigualdades já existentes se acentuam e ainda se acentuarão sobremaneira com o avanço da Revolução 4.0, por exemplo, com a introdução da tecnologia 5G.

Desse modo, em meio às necessidades da coletividade neste início do século XXI, encontra-se o acesso à internet. Com as modificações tecnológicas ao longo do tempo, conforme se extrai da história do serviço público, novas atividades passam a ser consideradas serviço público, que possui a riqueza de ser uma noção maleável e adaptável, mas dependente de previsão normativa.

A previsão de uma atividade como serviço público não se refere apenas a um título, mas, principalmente, a um regime prestacional diverso do regime de mercado, trata-se de um regime orientado pela universalização do serviço para o atendimento

das necessidades de mais pessoas, independentemente de lucro. A finalidade do regime do serviço público é a disponibilidade e a efetiva fruição da utilidade por aqueles que a necessitam.

Assim, justifica-se que o serviço de acesso à internet, ao menos no que se refere aos domicílios e a uma qualidade razoável de velocidade e transmissão, um mínimo,⁴³ seja erigido à categoria de serviço público e prestado sob o regime universalizante que lhe é característico ou, aos moldes do direito comunitário europeu, seja submetido às obrigações de serviço universal, sujeito à regulação social e redistributiva.

Acresce-se que, em vista à característica da adaptabilidade e mutabilidade inerente aos serviços públicos, a partir da interpretação pragmática, teleológica, histórica e sistemática do art. 60 da Lei 9.472/1997, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e da Constituição da República é possível afirmar que o acesso à internet constitui telecomunicação e configura um serviço público, em termos materiais e orgânicos no Brasil, de modo que apenas prescinde de regulação quanto ao regime prestacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIOLE, Steve. It's time for an internet-for-all Public Utility (before corona crashes it). **Forbes**, Innovation, mar. 30 2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/steveandriole/2020/03/30/its-time-for-an-internet-for-all-public-utility-before-corona-crashes-it/#a43978daf950>> Acesso em 14 de maio de 2020.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. **Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Serviços públicos concedidos: acesso e remuneração**. Curitiba: Juruá, 2008.

43 A ser definido tecnicamente.

DE SAINT-MARC, Renaud Denoix. **Le service public**: rapport au premier ministre. Paris: Documentation Française, 1996, p. 12. Disponível em <<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/964060200.pdf>>. Acesso em 14 de maio de 2020.

DUGUIT, Léon. **Les Transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. Malheiros: 1995.

GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____.; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital. (Org.) **Estudos de regulação pública – I**. Coimbra: Coimbra, 2004.

GRAU, Eros. **A Ordem econômica na constituição de 1988**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá A. Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. II. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN, Monica Spezia. **A Noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Gercina Ângela Borém de O.; PINTO, Líliam Pacheco; LAIA, Marconi Martins de. Tecnologia da Informação: impactos na sociedade. **Informação & Informação**, Londrina, v. 7, n. 2, p. 75-94, jul./dez 2002.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**. 189. Rio de Janeiro, 1992, p. 113.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

SACOMANO, José Benedito; SÁTYRO, Walter Cardoso. In: SACOMANO, José Benedito (Org.). **Indústria 4.0: conceitos e fundamentos**. São Paulo: Blucher, 2018.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria geral de los servicios públicos**. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

SÁNCHEZ, María de Lourdes Marquina. Gobierno electrónico e innovación en los gobiernos locales de México. **Revista de Administración Pública**, 129, vol. XLVII, 3. México, INAP, 2012.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

“COMPLIANCE DE DADOS”: UMA NOVA FRENTE DE GOVERNANÇA PARA OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO DIREITO (ADMINISTRATIVO) BRASILEIRO¹

FERNANDO MENEGAT

Doutorando em Direito Administrativo na USP, Mestre e Graduado em Direito na UFPR.
Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo (PR).
Advogado em Curitiba-PR.



1. CONTORNOS GERAIS DO TEMA

A temática do *compliance* está bastante difundida no ambiente corporativo brasileiro. Empresas que atuam em setores econômicos específicos (notadamente auditoria e sistema financeiro nacional) e/ou que possuem ações listadas na Bolsa de Valores (sobretudo no ambiente do “Novo Mercado”) já estão há tempos acostumadas com a necessidade de observar regras e práticas de governança corporativa voltadas à coibição de práticas ilícitas e demais desconformidades.

No campo do Direito, cada área de especialidade foi se desenvolvendo para acompanhar a crescente demanda por regras específicas de *compliance* necessárias à consolidação de um ambiente de integridade completo do ponto de vista jurídico. Esse movimento ocorre pois, cada vez mais, compreende-se que um dos grandes pilares da governança está não apenas no cumprimento de preceitos éticos (*integridade moral*),² mas também na rígida adequação aos preceitos normativos (*integridade jurídica*). Naturalmente, a situação é caudatária do fato de que um dos maiores riscos vivenciados atualmente por toda e qualquer organização é o *risco jurídico*, relacionado às hipóteses de responsabilização das empresas em razão de condutas antijurídicas adotadas na condução de seus negócios.

1 O presente artigo corresponde à versão originalmente constante de: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). **Compliance e Administração Pública**. São Paulo: RT, 2020. No prelo.

2 Com o perdão das ricas discussões filosóficas acerca da distinção entre “ética” e “moral”, tema que desborda em muito a temática do presente artigo.

É, portanto, o temor da responsabilização em processos jurídicos, com ampla repercussão à imagem e confiabilidade da organização como um todo, que põe a integridade jurídica no centro das preocupações de todo e qualquer empresário sério, e que faz com que atualmente pulsem no cenário nacional especialidades jurídicas inéditas (*compliance* penal, *compliance* tributário, *compliance* trabalhista, etc.) – o que é até natural, já que a missão do jurista desde sempre é a de garantir o cumprimento do Direito e, destarte, a de promover *compliance*. Se existe a figura do “*compliance officer*”, o jurista tem cadeira cativa na posição de “*compliance promoter*”.

No âmbito específico do Direito Administrativo, entretanto, as discussões relativas ao *compliance* parecem ser especialmente jovens. Apenas diplomas mais recentes trouxeram preocupação com o *compliance*, sendo os principais (i) a “Lei Anticorrupção” (Lei nº. 12.846/2013), que elenca a existência de “mecanismos e procedimentos internos de integridade” como fator relevante na apuração de responsabilidade das empresas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública (art. 7º, VIII); e (ii) a “Lei das Estatais” (Lei nº. 13.303/2016), que obriga todas as empresas públicas e sociedades de economia mista nacionais a adotarem regras de governança especificamente relacionadas à estruturação de programas de *compliance* (art. 9º, dentre outros). Aliados a estes, despontam no cenário nacional iniciativas de diversos entes federativos, algumas delas polêmicas, tratando da adoção de programas de *compliance* por parte das empresas privadas que contratam com o Poder Público – os exemplos pioneiros são do Distrito Federal e do Estado do Rio de Janeiro.

Fato é que, enquanto determinados setores já naturalizaram a “lógica da integridade”, as organizações que lidam com o Direito Administrativo ainda lutam para internalizar a necessidade de observância dessa estrutura de governança; merecido destaque deve ser dado às Controladorias Gerais, que lutam para disseminar programas de *compliance* na estrutura de suas respectivas Administrações.

O cenário adquire uma camada de complexidade adicional com a “Lei Geral de Proteção de Dados” (Lei nº. 13.709/2018), que, como se pretende discorrer no presente artigo, inaugura uma nova frente de preocupação e de análise de riscos a ser adequadamente tratada nos programas de integridade que serão implantados

(ou revistos, no caso dos programas já vigentes). Trata-se do que aqui se denomina “*compliance de dados*” (*data compliance*).

2. A LGPD E A EMERGÊNCIA DO “*COMPLIANCE DE DADOS*” OU *DATA COMPLIANCE*

O acesso, uso e compartilhamento de dados é, sem sombra de dúvidas, um dos problemas centrais na atual conjuntura tecnológica, e o tema tem causado repercussões em praticamente todos os ramos do direito (concorrencial, civil, administrativo, etc.) – basta deitar os olhos na recente Lei nº 13.979/2020 (“Lei do Coronavírus”), que instituiu a obrigação de compartilhamento de dados pessoais relativos a pacientes portadores da COVID-19.³

A Lei Geral de Proteção de Dados – doravante LGPD –, inspirada na GDPR (*General Data Protection Regulation*) editada na União Europeia, não objetiva resolver a complexa problemática dos dados em todo e qualquer aspecto. Ao contrário, a LGPD surgiu para endereçar específica e estritamente a temática da proteção de *dados pessoais*,⁴ regulamentando como deve ser realizado o manejo de tais dados de modo a preservar a privacidade do seu titular. A Lei se aplica a todas as organizações (empresas, Administração Pública, entidades sem fins lucrativos, etc.) e mesmo pessoas naturais que *tratam*⁵ dados pessoais.

Analisando as regras previstas na LGPD, não é exagero afirmar que a lei em questão cimentou no cenário brasileiro um novo pilar de governança corporativa, demandando uma nova frente de cuidados a ser embutida nos programas de integridade

3 “Art. 6º É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação.

§ 1º A obrigação a que se refere o caput deste artigo estende-se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária.”

4 Definidos no art. 5º, I da lei como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

5 A expressão “tratamento” tem na LGPD significado abrangente, tal como exposto no art. 5º, X da norma, que o define como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

das organizações. A LGPD exige que, doravante, programas de integridade contemplem também a garantia de adequado tratamento de dados pessoais (de colaboradores, dirigentes, clientes, fornecedores, etc.) manejados pela empresa ou entidade: trata-se do que a lei denomina de “governança em privacidade” (art. 50, I), carregando consigo todo um novo cenário de análise e gestão de riscos. Assim, a partir da vigência da LGPD, todos os riscos relacionados à gestão de dados pessoais devem ser adequadamente identificados, dimensionados e tratados nas matrizes de risco que integram o *compliance* de todas as pessoas ou organizações que manejam dados pessoais.

É precisamente esse o cerne do *data compliance*: uma nova vertente de governança corporativa a ser inserida nos programas de integridade da Administração Pública, das empresas e demais organizações, que devem daqui em diante agir em conformidade ético-normativa também no que atine ao tratamento de dados pessoais. O tratamento e proteção de dados pessoais tornou-se, assim, componente ineludível de todo e qualquer programa de *compliance* – que deve ser moldado à realidade concreta de cada organização, a partir de sua estrutura e da natureza de suas operações de tratamento de dados pessoais.

Veja-se que o impacto desse “*data compliance*” não se dá, obviamente, apenas no Direito Administrativo, pois as regras da LGPD não incidem apenas para a Administração Pública ou entidades privadas que com ela contratam. Ao revés: as inúmeras obrigações carreadas na LGPD no que atine ao tratamento de dados pessoais se aplicam a todas as organizações (e mesmo pessoas físicas) que manejam tais espécies de dados.

Afigura-se, assim, a partir da LGPD, um conjunto de novos riscos, preocupações e obrigações a serem acrescentadas nos programas de integridade daqueles que tratam dados pessoais, destacando em tons ainda mais fortes a relevância dos *compliance officers* na estrutura de governança das organizações comprometidas com um comportamento íntegro, em conformidade tanto do ponto de vista dos padrões legais quanto dos padrões éticos.

2.1. Principais elementos do data compliance na LGPD

Há importantes elementos do *data compliance* que podem ser extraídos diretamente da LGPD.

Em primeiro lugar, os programas de *compliance* de dados deverão absorver, dentro do contexto próprio de cada organização, os fundamentos (art. 2º) e princípios (art. 6º) elencados pela LGPD como nortes que informam toda e qualquer operação de tratamento de dados, seja por pessoas de direito público ou privado. Assim, ainda que após devida moldagem à realidade empresarial, os programas de *compliance* devem necessariamente refletir, por exemplo, compromissos com (i) o respeito à privacidade; (ii) o tratamento de dados para finalidades específicas e lícitas, ainda que inseridas dentro de uma lógica mercantil; (iii) a transparência no manejo dos dados; (iv) a exigência de consentimento do titular como regra geral (há importantes exceções na lei, notadamente no campo do Direito Administrativo); (v) a segurança das bases de dados, a serem protegidas de acessos indevidos; dentre outras tantas regras gerais delineadas sobretudo o art. 6º da LGPD.

A LGPD é expressa, inclusive, em enunciar que os princípios do tratamento de dados pessoais elencados no art. 6º podem ser mais propriamente acomodados, no âmbito de cada organização, mediante formulação de um “**Programa de Governança em Privacidade**” – ou seja, é expressa a pertinência de se falar em *data compliance* no contexto da LGPD. Confira-se a norma do art. 50, §2º da lei:

Art. 50. [...]

§ 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá:

I - **implementar programa de governança em privacidade** que, no mínimo:

- a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;

- b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta;
- c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados;
- d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;
- e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;
- f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;
- g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e
- h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas;

II - demonstrar a efetividade de seu programa de governança em privacidade quando apropriado e, em especial, a pedido da autoridade nacional ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, os quais, de forma independente, promovam o cumprimento desta Lei. (Grifou-se).

Veja-se como o dispositivo em questão detalha, de maneira bastante específica, alguns componentes e regras gerais do programa de *data compliance*, tais como (i) a necessidade de comprometimento do controlador com as políticas de integridade (famoso na expressão *tone from the top*); (ii) a necessidade de moldar as regras da política interna de acordo com a estrutura, a natureza e o volume dos dados tratados; (iii) a necessidade de elaboração de matriz de riscos e programa de gestão de riscos e crises; (iv) a vinculação do *compliance* à “estrutura geral de governança” da organização; (v) a existência de mecanismos de controle internos e externos (auditoria); (vi) o dever de atualização constante do programa; etc.

Seguindo essa linha, o mesmo art. 50, *caput*, bem como seus parágrafos 1º e 3º, tratam da formulação de “**regras de boas práticas e de governança**”:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular **regras de boas práticas e de governança** que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. § 1º Ao estabelecer regras de boas práticas, o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular.

[...]

§ 3º As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional.

O artigo 50 da LGPD, como se percebe, escancara a temática do tratamento de dados pessoais como pauta essencial dos programas de integridade. Tudo leva a crer que a importância de referido programa será semelhante àquela dos programas de integridade referidos na Lei Anticorrupção: o fato de uma entidade ou empresa possuir sólido e efetivo programa de *compliance* de dados será levado em conta pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) no momento da determinação de eventuais responsabilidades e sanções.

Outro ponto que parece digno de nota para auxiliar a parametrizar o conteúdo do *data compliance* diz respeito à gestão de riscos, abordado superficialmente no art. 50, §2º, I, “d”. Nesse sentido, a LGPD refere ao dever de elaboração de “**Relatórios de Impacto à Proteção de Dados Pessoais**” (RIPDs), que nada mais são do que o retrato da matriz de riscos que deve ser elaborada de modo a contemplar os possíveis riscos a que aquela determinada organização está submetida em suas operações de tratamento de dados pessoais. Veja-se senão a definição do RIPD, no art. 5º, XVII da LGPD: “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos

direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco”. O RIPD é, assim, o retrato fiel da matriz de risco elaborada pela organização no âmbito de seu “programa de governança em privacidade”.

Por fim, a LGPD dá algumas pistas sobre como estruturar o *data compliance* dentro das organizações, ao segregar (em destaque, nos artigos 37 a 41) as funções de “controlador”, “operador” e “encarregado” – este último, usualmente conhecido pela nomenclatura *compliance officer*. A premissa da segregação de funções atende às mais modernas vertentes de governança corporativa e auditoria, pelo que a opção da lei aqui foi acertada.

Em suma, detectam-se diretamente da LGPD alguns contornos do *data compliance*, que se resumem em (i) editar e observar regras de boas práticas e governança em matéria de proteção de dados pessoais; (ii) implantar tais regras e práticas no contexto de um Programa de Governança em Privacidade; (iii) elaborar sólida matriz de riscos incidentes na atividade de tratamento de dados, retratada em Relatórios de Impacto à Proteção de Dados Pessoais; (iv) segregar funções entre responsáveis por diferentes funções no contexto do tratamento de dados pessoais.

3. DATA COMPLIANCE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

No campo do Direito Administrativo, a incidência da LGPD – e, por consequência, o dever de elaboração de um Programa de Governança em Privacidade – merece reflexão mais profunda. Para tanto, os destinatários das regras da LGPD serão categorizados em três grupos, seguindo critérios fixados pela própria lei, de modo a facilitar a exposição.

3.1. Administração Pública direta, autárquica e fundacional

A LGPD dedica um capítulo específico (Capítulo IV, artigos 23 a 32) para regular a questão do tratamento de dados pela Administração Pública. Deve-se alertar, contudo, para o erro em se efetuar uma interpretação literal e isolada de referidos dispositivos, porquanto há normas esparsas pela lei que igualmente incidem na atuação da Administração Pública.

Para o que aqui mais interessa, vejam-se as disposições do art. 7º, III e 23, *caput*:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, [...]

Os dispositivos em questão firmam as regras gerais para o tratamento de dados pessoais por parte da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Tal conclusão advém do texto expresso do art. 23 (“tratamento de dados pessoais *pelas pessoas jurídicas de direito público*”), bem como de leitura conjugada com o art. 24 da lei, que traz regras específicas aplicáveis apenas às empresas estatais, conforme se verá abaixo.

Não se pode deixar de comentar que o critério utilizado pela LGPD (“pessoas jurídicas de direito público”) é problemático e deixa uma lacuna legislativa. Isso porque, como sabido, há *fundações públicas* que detêm personalidade jurídica de *direito privado* e que estariam, assim, de fora tanto da regra do art. 23 (aplicável às pessoas de direito público), quanto do art. 24 (aplicável às empresas estatais). A lacuna merece colmatção.

Ultrapassado esse detalhe, os dispositivos supracitados normatizam que as operações de tratamento de dados pelas entidades da Administração Pública referidas devem ser realizadas “no atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público”, seja (i) para execução de políticas públicas (art. 7º, III) e/ou (ii) na

prestação de serviços públicos e execução das demais competências legais (art. 23, *caput*). Algumas dúvidas poderiam exsurgir de uma análise excessivamente formalista da LGPD.

Por exemplo: uma leitura apressada do art. 7º, III, da lei, supracitado, indicaria que a Administração Pública apenas poderia tratar dados nos casos em que envolvessem a execução de uma “política pública”. Todavia, é certo que o dispositivo em questão deve ser lido de maneira contextual com aquele do art. 23, a indicar que, sempre que a Administração Pública estiver atuando no “atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público”, tal como explicitado em suas competências legais, incidirá a possibilidade de tratamento de dados pessoais. É dizer: sempre que estiver tratando dados para atingir às suas competências legais (executar políticas públicas, prestar serviços públicos, exercer poder de polícia, etc.), poderá a Administração Pública tratar dados pessoais – inclusive, com dispensa de consentimento do titular, conforme leitura contextual do art. 7º.

Em verdade, considerando o conteúdo de tais dispositivos, não seria exagero configurar o tratamento de dados pela Administração Pública, no jargão da Teoria do Regime Jurídico Administrativo, como autêntico “dever-poder”. De um lado, a Administração Pública tem a obrigação de tratar dados pessoais para atingir às finalidades públicas que lhe cabe perseguir (já que tais dados são “*necessários* à execução de políticas públicas”, conforme redação expressa do art. 7º, III, bem como à prestação de serviços públicos e execução das demais obrigações legais do Estado). E, sendo essa uma *sujeição* relativa à necessidade de atendimento de finalidades públicas, a LGPD confere à Administração Pública *prerrogativas* que lhe são instrumentais, a exemplo da dispensa de consentimento do titular dos dados (leitura contextualizada do art. 7º, citado acima), bem como a facilitação do uso compartilhado e interoperabilidade dos dados (arts. 25 e 26, *caput*).⁶

Dúvidas surgem em casos nos quais a Administração Pública poderia cogitar

6 “Art. 25. Os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral. Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.”

aproveitar-se do serviço prestado para tratar dados com finalidades diversas daquelas *diretamente* relacionadas ao dito “interesse público primário” que norteia sua atuação. Um bom exemplo ilustra a questão, ainda que tenha ocorrido no âmbito de um contrato de concessão (tema que se aprofundará adiante). Antes da vigência da LGPD, a concessionária responsável por prestar os serviços da Linha Amarela do Metrô de São Paulo implantou tecnologia de reconhecimento facial dos usuários do sistema, com o intuito de reunir dados acerca de seu perfil (idade, sexo, etc.) que seriam compartilhados com empresas para fins de *target marketing* (publicidade direcionada). A prática foi rechaçada pelo TJSP em sede de Ação Civil Pública.

O caso levanta importantes perguntas: estaria a Administração Pública vedada, em absoluto, de realizar operações de tratamento de dados pessoais que não exclusivamente relacionadas à finalidade pública que autoriza sua atuação? Ou a noção de “interesse público secundário” poderia ser utilizada como escoro para permitir que a Administração Pública trate dados com outras finalidades de interesse “da máquina pública” (por exemplo, fins arrecadatórios), que ao final reverteriam em prol da população? Em caso positivo para a segunda indagação, a Administração Pública também seguiria o regime do art. 7º, III e 23 da LGPD no tratamento de tais dados para fins de “interesse público secundário”, ou neste caso teria de se submeter à regra geral da LGPD – devendo, por exemplo, obter consentimento expresso do titular autorizando o uso de seus dados pessoais para além da finalidade de “interesse público primário” estrita?

Há ainda outro ponto problemático. É que, analisando a LGPD, é difícil enxergar uma diferença tão acentuada nas regras de tratamento de dados aplicáveis à Administração Pública e aquelas aplicáveis aos particulares em geral. As duas principais diferenças entre o “regime público” e o “regime privado” de tratamento de dados referem-se (i) à dispensa geral de obtenção de consentimento do titular para que a Administração Pública colete dados necessários à persecução de suas finalidades de interesse público (conforme leitura combinada do art. 7º, III e do art. 23, *caput* da LGPD); e (ii) à facilitação do compartilhamento de dados por parte da Administração Pública para auxiliá-la na persecução de suas finalidades públicas (conforme leitura dos artigos 25 e 26 da LGPD). Frise-se bem: a dispensa de consentimento do titular dos dados é instrumento (prerrogativa) para que os entes da Administração Pública

atendam às finalidades de interesse público (sujeição) que os orientam; trata-se de uma característica intrinsecamente relacionada à *finalidade* dos dados coletados, portanto, e não à *pessoa* que os está coletando – noutras palavras, o critério para a dispensa de consentimento do titular é finalístico, não orgânico.

Isso significa que, ao que aqui se interpreta, as regras específicas de tratamento de dados pela Administração Pública foram inseridas na LGPD com o intuito de restringir o tratamento de dados pelo Poder Público com dispensa de consentimento do titular às hipóteses relativas ao atendimento das “finalidades de interesse público”, e não com a missão de criar um “regime jurídico de direito público” de tratamento de dados, apartado em absoluto em relação àquele incidente ao setor privado. Tanto é assim que, num esforço prognóstico, crê-se que as maiores discussões que virão no futuro no que toca ao tratamento de dados pelas pessoas jurídicas de direito público serão direcionadas justamente a avaliar se, naquele determinado caso, os dados pessoais tratados (i) podem ser obtidos mediante dispensa de consentimento do titular, porque relacionados às finalidades de interesse público que norteiam a atuação do ente público controlador dos dados; ou se (ii) devem ser tratados com exigência de consentimento, haja vista não ter o ente público caracterizado devidamente as razões de interesse público relacionadas à coleta dos dados.

Foram exatamente nesse sentido as ricas discussões travadas no Supremo Tribunal Federal por ocasião da ADI 6.387DF, que visa declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020. A MP em questão, em razão do contexto de pandemia da COVID-19, autoriza o compartilhamento de dados pessoais por empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sem necessário consentimento dos titulares dos dados, para que o IBGE possa realizar estatísticas independentemente de deslocamento de seus servidores às residências das pessoas. A decisão liminar proferida na ADI 6.387 – antes mesmo da vigência da LGPD, diga-se de passagem – reputou ilegal a genérica autorização normativa veiculada na MP 954, por entender que a norma não teria caracterizado apropriadamente o interesse público relativo ao tratamento dos dados pessoais em questão e delimitado as razões e finalidades do tratamento esperado, de modo que os dados pessoais dos usuários de serviços de telefonia não poderiam ser compartilhados com o IBGE sem consentimento

individual. Veja-se o seguinte excerto, que retrata o cerne da decisão liminar:

Nessa ordem de ideias, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que posta, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, considerados a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida. E tal dever competia ao Poder Executivo ao editá-la.

Nessa linha, ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades.⁷

De qualquer modo e independentemente das inúmeras discussões que estão por vir na aplicação da LGPD às pessoas jurídicas de direito público, fato é que o dever de tratamento de dados pela Administração Pública torna evidente a importância do alegado nos itens precedentes: também a Administração Pública direta, autárquica e fundacional deverá se adequar às exigências da LGPD e desenvolver um *compliance* de dados no contexto de suas operações de tratamento, que se somará ao seu programa de integridade já em vigor.

3.2. Empresas estatais

As empresas estatais receberam tratamento diferenciado no que toca à sua submissão às regras da LGPD, conforme regra do art. 24:

Art. 24. As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição Federal, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, nos termos desta Lei.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº. 6.387/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Julg. 23/04/2020.

Parágrafo único. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público, nos termos deste Capítulo.

O dispositivo, como se vê, aparta o regime das estatais entre aquelas que atuam em regime de competição, de um lado, e aquelas que “operacionalizam políticas públicas”, de outro. Quanto às primeiras, sua submissão à LGPD se dará nos mesmos moldes das empresas particulares – afastando-se, assim, a incidência dos supracitados artigos 7º, III e 23, por exemplo. Quanto às últimas, os dados coletados para execução de políticas públicas e usados apenas no âmbito de tal execução (“quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas”) serão submetidos às regras de tratamento aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, seguindo assim os moldes descritos no item anterior.

O caminho perseguido pela LGPD no que toca às empresas estatais foi alvo de nossa análise mais detida em outra oportunidade.⁸ Com o devido respeito, o caminho perseguido não passa imune a algumas críticas.

A uma, pela dificuldade em conceituar “política pública” e, assim, efetuar o adequado enquadramento das estatais que atuam nos termos do parágrafo único do artigo 24. O que são políticas públicas? Quais estatais executam políticas públicas? Estatais que atuam em regime de competição não poderiam também operacionalizar políticas públicas? Como resolver um eventual conflito negativo (estatal que não se enquadra em nenhuma das categorias previstas na lei) ou positivo (estatal que se enquadra ao mesmo tempo em ambas as categorias)?

A duas, pela artificialidade da distinção entre estatais que “operacionalizam políticas públicas” e estatais que “atuam em regime de concorrência” – artificialidade de essa reconhecida pela própria Lei nº. 13.303/2016 (“Lei das Estatais”), que não

8 MENEZES, Fernando. Tratamento de dados por Empresas Estatais no regime da LGPD: incertezas, desafios práticos e soluções possíveis. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). **Direito Administrativo e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)** – Lei Federal 13.709/18. São Paulo: RT, 2020. No prelo.

apartou as estatais de acordo com a natureza de sua atuação, determinando que suas regras se aplicam indistintamente a todas as empresas estatais, independentemente de sua área de atuação. Aliás, a LGPD inovou ao criar um critério de distinção entre as empresas estatais diverso do tradicional “serviço público” *versus* “atividade econômica em sentido estrito”, já relativamente compreendido na doutrina e jurisprudência nacional, trazendo ainda mais problemas para a análise do tema.

A três, pela razão já levantada no tópico precedente do presente artigo: não parece haver na LGPD diferença acentuada nas regras de tratamento de dados aplicáveis à Administração Pública e aquelas aplicáveis aos particulares em geral. Assim, por que razão a LGPD optou por segregar as empresas estatais (ainda mais utilizando um critério distintivo duvidoso) se, na prática, haverá pouca ou quase nenhuma repercussão no que toca ao regime jurídico a ser seguido por cada “subespécie”, ao menos da forma como está redigida a LGPD atualmente?

Como se percebe, também aqui há inúmeras dúvidas que, senão por intermédio de alguma alteração legislativa, somente o tempo e a atuação prática da Autoridade Nacional de Proteção de Dados permitirão solucionar.

3.3. Particulares que se relacionam com o Poder Público

Por fim, alguns comentários devem ser tecidos acerca de regras de tratamento de dados que se aplicam a particulares que se relacionam com o Poder Público e que, assim, deverão ser observadas por tais agentes na elaboração de seus programas de *data compliance*.

A LGPD endereça regras específicas aplicáveis aos serviços notariais e de registro, no art. 23, parágrafos 4º e 5º:

§ 4º Os serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas referidas no caput deste artigo, nos termos desta Lei.

§ 5º Os órgãos notariais e de registro devem fornecer acesso aos dados por meio eletrônico para a administração pública, tendo em vista as finalidades de que trata o caput deste artigo.

As regras são simples e de fácil compreensão: (i) aos cartórios privados incidem as mesmas regras de tratamento de dados aplicáveis à Administração Pública direta, autárquica e fundacional (ou seja, aquelas do Capítulo IV da LGPD); (ii) tais órgãos são obrigados a compartilhar dados com a Administração Pública para atendimento das finalidades descritas no *caput* do art. 23 – ou seja, quando os dados detidos pelo cartório forem necessários para que a Administração Pública concretize o “atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público”. Assim, de acordo com a dicção do §5º do art. 23, os serviços notariais e de registro não estão obrigados a compartilhar dados pessoais com a Administração Pública quando esta não demonstrar a utilidade dos dados em questão para o atingimento de suas missões de interesse público.

Excetuados os serviços notariais e de registro, a LGPD silenciou por completo ao regular qualquer outro aspecto atinente às várias modalidades de vínculos detidos entre a Administração Pública e particulares. A lacuna chama a atenção para a questão dos concessionários e permissionários de serviços públicos, obras públicas e bens públicos, particulares que detêm sólida e duradoura relação com o Poder Público, representando-o perante a população.

Numa primeira aproximação, um tanto intuitiva, poder-se-ia cogitar equivaler o tratamento de dados por concessionários e permissionários àquele dos cartórios particulares – afinal, seriam ambos particulares representando o Poder Público em sua atuação. Assim, aos concessionários e permissionários incidiriam as mesmas regras aplicáveis ao Poder Público (tal como dita o art. 23, §4º da LGPD), e estariam eles obrigados a compartilhar dados por eles coletados com a Administração Pública – sobretudo com o Poder Concedente – para atendimento de suas missões de interesse público (conforme regula o art. 23, §5º da LGPD).

A questão, genericamente enunciada, suscita poucos problemas. O dever de compartilhamento de dados coletados pelo concessionário com o Poder Concedente, aliás, parece até natural em razão da função por ele desempenhada (seja nas concessões de serviço público, de obra pública ou de bem público). Tanto é assim que o dever de compartilhamento de dados costuma figurar dentre as obrigações do particular

nos contratos de concessão.

Todavia, a submissão dos concessionários e permissionários às regras de tratamento de dados aplicáveis ao Poder Público merece uma importante reflexão, a ser realizada na linha do exemplo acima trazido (case da Linha Amarela do Metrô de São Paulo). Isso porque, aqui, deve ser problematizada com ainda maior cuidado a questão das “finalidades de interesse público” que conduzem as operações de tratamento de dados por parte de concessionários e permissionários de serviços, obras e bens públicos.

De um lado, é inegável que os concessionários deterão plena capacidade e competência para coletar e tratar dados pessoais necessários à prestação dos serviços que constituem objeto do contrato de concessão, ou mesmo que sejam úteis para ele ou a Administração Pública efetuar atividades de planejamento em relação ao objeto do contrato. Tais dados são tratáveis inclusive com dispensa de consentimento do titular – seja aplicando aos concessionários a regra do art. 7º, III da LGPD (regime da Administração Pública), seja, alternativamente, porque incidiriam claramente as hipóteses dos incisos II e V do mesmo art. 7º.⁹

No entanto, as dúvidas surgem quando o concessionário pode desejar aproveitar-se de sua condição e do acesso que possui a inúmeros dados pessoais para utilizá-los em sentido que não coincida *diretamente* com a finalidade dos serviços ou obras que constituem o objeto de seu contrato de concessão. Ou seja: casos em que o concessionário utiliza os dados pessoais coletados não para planejar ou prestar diretamente o serviço ou explorar a obra/bem público concedido. Foi o que ocorreu no caso do compartilhamento, por parte do concessionário da Linha Amarela do Metrô de São Paulo, de dados pessoais dos usuários dos serviços concedidos com empresa privada, que analisaria o perfil de tais usuários para oferecer propagandas direcionadas ao seu perfil geral (*target marketing*). O TJSP coibiu a prática, como dito acima,

9 “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
 [...]

 II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
 [...]

 V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados”.

a partir do argumento de que os dados estavam sendo coletados sem autorização expressa e específica de cada titular. Reitere-se que o caso ocorreu antes da vigência da LGPD.

A questão não é simples, e deve ser problematizada do ponto de vista da relação contratual entre concessionário e Poder Público, contextualizando os diversos direitos e deveres do particular detentor de contrato de concessão.

Nesse sentido, é já conhecido o papel crucial desempenhado pelas *receitas acessórias* nas concessões – principalmente naquelas em que o serviço/obra/bem concedido é custeado exclusivamente mediante tarifa dos usuários. Receitas acessórias, de uma só vez, auxiliam a concretizar o princípio da modicidade tarifária (posto que desoneram o usuário do serviço) e facilitam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão (à medida que engrossam o fluxo de caixa do concessionário com fatores diversificados, que muitas vezes independem da demanda direta pelo serviço objeto da concessão).

É por isso que a Lei nº. 8.987/95, por exemplo, expressamente admite as receitas acessórias:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Ora, quer nos parecer certo, nesse contexto, que dados pessoais dos usuários do serviço/obra/bem público concedido podem ser utilizados pelo concessionário, *dentro de balizas definidas*, como fontes de receitas acessórias que auxiliarão a obtenção de receitas importantes para a garantia de tarifas mais módicas aos usuários dos serviços – sobretudo nas concessões ditas “comuns”, em que a remuneração do concessionários está majoritariamente adstrita às tarifas pagas pelos usuários. O compartilhamento de dados pessoais para *target marketing*, conforme exemplo da

Linha Amarela do Metrô de São Paulo, é apenas uma das inúmeras possibilidades de utilização de dados pessoais com finalidade econômica, mas que revertem em prol da concessão, concretizando, assim, uma finalidade de interesse público diretamente relacionada à concessão (a busca pela modicidade tarifária).

Assim, ainda que nesse exemplo os dados pessoais dos usuários do serviço/ obra/bem concedido não estejam sendo utilizados *direta e especificamente* para prestação dos serviços relativos ao contrato de concessão, seu uso reflete, *indiretamente*, em benefício do contrato e dos próprios usuários. O que não parece ter espaço para cogitação é a utilização, por concessionários, de dados pessoais dos usuários para finalidades que não tenham qualquer capacidade de reverter em prol da concessão e dos usuários do serviço.

O que falta, assim, são balizas que parametrizem *quando, como e para que* os concessionários podem tratar dados pessoais a que tem acesso em razão de sua condição. O ideal é que tais balizas estivessem definidas na própria LGPD, de modo a regular a possibilidade e os limites para utilização e compartilhamento de dados pessoais como fontes de receita acessória em projetos de concessão. No silêncio da lei, e caso a omissão perdure, a ANPD (a nível geral) e os contratos de concessão (a nível específico) deverão cumprir esse papel, disciplinando quais dados pessoais o concessionário pode tratar, de que forma e para quais finalidades – inclusive delimitando, se for o caso, quais dados podem ser utilizados para cada uma das finalidades definidas, etc.

Já se antecipa que uma das grandes discussões será relativa ao consentimento do titular/usuário para que o concessionário compartilhe seus dados. É certo que o tratamento de dados realizado pelo concessionário para atendimento da finalidade *imediate* da concessão (ou seja, para prestação dos serviços, execução da obra ou exploração do bem público concedido) será realizado com dispensa de consentimento do titular dos dados. No entanto, nos casos em que o concessionário pretenda utilizar os dados coletados para outras finalidades, que *mediatamente* reverterão em prol da concessão (v.g., obtenção de receita acessória), a questão deve assumir contornos mais problemáticos.

De nossa parte, mesmo na ausência de previsão legal específica na LGPD, o tratamento de dados pessoais por parte dos concessionários para obtenção de receitas acessórias, contanto que previsto contratualmente, não apenas é lícito (porque mediatamente vinculado ao objeto da concessão, concretizando as finalidades de interesse público que a justificaram) como também é realizável mediante dispensa de consentimento dos usuários – seja pela incidência do inciso III do art. 7º da LGPD, seja dos incisos II e V do mesmo artigo, todos supracitados. A preocupação com a privacidade dos usuários, nesta hipótese, é solucionável com satisfatória eficácia mediante aplicação de técnicas de anonimização dos dados pessoais a serem compartilhados para tal finalidade.

No entanto, como acima visto, no caso do Metrô de São Paulo, a decisão do TJSP abre algumas portas de discussão. Estaria vedada em absoluto a utilização dos dados para finalidades diversas da imediatamente relacionadas ao objeto da concessão? Ou apenas se vedou tal tratamento sem consentimento do usuário? Note-se que, caso se entenda pela necessidade de consentimento expresso, específico e individual de cada titular, é muito provável que a pretensão de utilização de dados pessoais dos usuários como fonte de receita acessória seja bastante prejudicada ou mesmo inviabilizada, ao menos no atual contexto. Pense-se no esforço para obtenção de consentimento específico de cada um dos usuários no sistema de transporte municipal de passageiros (metrôs ou ônibus), de transporte rodoviário ou aéreo, etc. A exigência demandaria certo esforço criativo do Poder Público e das concessionárias, de modo a cogitar maneiras de facilitar a obtenção de tal consentimento (embutindo-o em “programas de descontos” nas tarifas, por exemplo).

Para solucionar esses e outros impasses, uma alteração legal na LGPD para suprir a ausência de regulação do tema dos concessionários e permissionários, ou ao menos uma regulamentação mais própria por parte da ANPD, seria desejável.

De resto, é certo que também os demais particulares que contratam com a Administração Pública sofrerão impacto da LGPD no que atine à temática do *compliance* de dados. Desde a aprovação da supracitada Lei Anticorrupção e da disseminação de uma “cultura da moralidade” nos vínculos público-privados, houve no país considerável movimento para edição de programas de *compliance* por empresas que contratam

com o Poder Público (sobretudo as de médio e grande porte).

Esse contexto foi acompanhado da edição de diplomas legais por parte de alguns entes federativos, que passaram a demandar, com maior ou menor grau de exigência, que empresas privadas possuíssem programas de *compliance* implantados como condição para participar de certames licitatórios ou firmar contratos com o Poder Público. A inovação veio do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº. 7.753/2017) e do Distrito Federal (Lei Distrital nº. 6.112/2018).

Deste modo, desde pelo menos 2013-2014 as empresas privadas que contratam com o Poder Público já estão (ou deveriam estar) acostumadas a raciocinar em termos de *compliance*, de modo que a entrada em vigência da LGPD apenas trará uma camada adicional de preocupações a serem disciplinadas em seus respectivos programas – partindo-se de premissa de que, aparentemente, toda e qualquer empresa realiza ao menos alguma espécie de tratamento de dado pessoal (de seus colaboradores, fornecedores, clientes, etc.).

A LGPD, assim, institui uma nova gama de fatores que devem ser observados pelas empresas na confecção de suas matrizes de risco e procedimentos internos de tratamento de dados pessoais, demandando o aperfeiçoamento de seus programas de *compliance* para que também exijam conformidade da empresa e de seus colaboradores no que toca ao pilar de “governança em privacidade”, na dicção do art. 50, I da LGPD.

4. REFLEXÕES FINAIS

Os itens precedentes puseram em evidência, ao que se espera, a importância do *data compliance* para o futuro das organizações, públicas e privadas. Programas de *compliance* deverão, doravante, prever regras e procedimentos específicos atinentes à temática dos dados pessoais, demonstrando conformidade da Administração Pública e das empresas aos padrões legais e éticos de tratamento de dados.

E que não se negue a centralidade dessa abordagem.

A revolução digital que o mundo hoje vivencia é, em boa medida, uma revolução que utiliza dados (sobretudo pessoais) como combustível. Mercados digitais são “disruptivos” não apenas por terem rompido a lógica tradicional no que toca à concepção e oferta de produtos e serviços, mas também por terem conferido aos dados uma centralidade jamais vista nos “mercados analógicos”. Nos mercados digitais, dados não constituem apenas fontes de *benchmarking* a orientar as condutas a serem adotadas; ao contrário: os dados conformam e constituem a essência do próprio negócio.¹⁰ Basta voltar os olhos às cada vez mais incômodas propagandas inseridas em praticamente todos os produtos e serviços, de maneira direcionada a específicos consumidores em razão de seu padrão de consumo, detectado por algoritmos de busca ou outras tecnologias de coletas de dados – muitas delas escusas, utilizando sistema de captação de imagem e voz em segundo plano em computadores e *smartphones*, sem prévia autorização.

Não é senão em razão do papel fundamental dos dados que surgem conceitos como o de *Big Data*, fazendo referência à importância de empresas reunirem, tratarem e articularem o máximo de informações possível com o intuito de formar massivas redes de dados interconectados, capazes de fornecer informações e estatísticas acerca de praticamente tudo. Tão grande a relevância dos dados que diversos produtos/serviços são oferecidos gratuitamente pelas companhias, com a única condição de que o consumidor aceite fornecer seus dados pessoais e responder a pesquisas e sondagens acerca de suas preferências pessoais, padrão de consumo e renda, etc. Na prática, o que ocorre é que os serviços prestados são precificados de maneira não monetizada: o preço cobrado são justamente os dados fornecidos. E, neste contexto, é evidente que o sujeito deixa de ser o destinatário do produto ofertado, em tese, gratuitamente, passando a ser verdadeiramente o produto/objeto de uma cadeia de fornecimento de dados que está fora de seu campo de visão.

10 A importância dos dados para os mercados digitais tem sido destacada em diversas publicações internacionais acerca do direito concorrencial. Conferir, v.g.: George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. The University of Chicago Booth School of Business. **Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee Report**, 2019; GRUNES, A.; STUCKE, M. **Big Data and Competition Policy**. Oxford, 2016; Joint Paper of the Autorité de la concurrence and the Bundeskartellamt on Competition Law and Data, 2016.

As empresas de tecnologia já compreenderam a crucial posição de destaque dos dados para o desenvolvimento de seus negócios. Infelizmente, no entanto, a Administração Pública (e principalmente as empresas estatais, mesmo aquelas que atuam em ambiente competitivo) ainda parece raciocinar de maneira analógica. Em verdade, o Poder Público é a organização que mais facilidade possui para reunir e tratar dados pessoais, em razão de suas múltiplas frentes de ação (penal, tributária, administrativa, etc.). O volume de dados pessoais coletados que poderiam ser tratados e inter cruzados, criando complexas redes de informação, é assombroso. É certo que o Estado já realiza certas operações de tratamento e cruzamento de dados – principalmente no âmbito fiscal, para fins arrecadatórios –, mas é lógico que muito mais poderia ser feito. Pense-se nas empresas estatais que atuam nos setores de distribuição de energia elétrica, saneamento básico, setor bancário; ou nos órgãos municipais que têm acesso às informações sobre ISS, IPTU... Há uma infinidade de dados coletados e disponíveis à Administração Pública que estão hoje totalmente desarticulados, atirados em fichários empoeirados no canto de arquivos. É uma grande perda de oportunidade.

Ora, é certo que o desenho, implementação e revisão eficiente de políticas públicas, assim como a prestação de serviços públicos e o exercício das demais funções administrativas, depende essencialmente de dados. E a velocidade do mundo atual não aceita que dados sejam coletados na tradicional metodologia dos “Censos” quadrienais, com pessoas batendo de porta em porta para obter informações. Na atual conjuntura, quanto mais capacidade a Administração Pública tiver de coletar e tratar dados em tempo real, mais eficientemente cumprirá com suas incumbências.

Talvez a LGPD, a despeito de possuir seus defeitos (alguns deles retratados acima), possa servir também para despertar na Administração Pública brasileira essa consciência. A arte de governar, atualmente, demanda coragem da Administração Pública também no campo da coleta e manejo dos inúmeros dados a que tem acesso. Loucura é não se aperceber disso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº. 6.387/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Julg. 23/04/2020.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). **Compliance e Administração Pública**. São Paulo: RT, 2020. No prelo.

MENEGAT, Fernando. Tratamento de dados por Empresas Estatais no regime da LGPD: incertezas, desafios práticos e soluções possíveis. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). **Direito Administrativo e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)** – Lei Federal 13.709/18. São Paulo: RT, 2020. No prelo.

O FACELIFT NO MODELO DAS CONCESSÕES¹

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

Doutor em Direito do Estado (UFPR). Visiting Scholar na Columbia University School of Law, NY, EUA (2017). Professor de Direito Administrativo convidado de diversas instituições. Autor de livros e artigos na área do Direito Público. Advogado.



1. O FACELIFT NO MODELO CONCESSIONÁRIO BRASILEIRO²

A Lei Geral de Concessões é de 1995, tempo em que o país vivia um sem número de transformações relevantes no perfil do Estado e no modo de prestação de serviços públicos. Deixávamos para trás o modelo do *Welfare State* para buscar um Estado regulador, que tinha como um de seus principais desdobramentos a desestatização de bens e serviços. As concessões, que já eram conhecidas da realidade brasileira, adquiriram outro valor, passando a se constituir na principal ferramenta estatal para substituir a *prestação* pelo *controle* dos serviços públicos. A quebra de monopólios e a desintegração de alguns serviços públicos (*unbundling*) abriram um amplo espaço para a proliferação das concessões (e autorizações), que passaram a adquirir figurinos variados para vestir os mais diversos arranjos de prestação de serviços públicos. Foi importante, naquele momento, construir um marco legal para disciplinar as “novas” concessões. Adveio, neste contexto, a Lei 8.987/95, que trouxe normas gerais para regular o tema.

Essa Lei contém muitas virtudes e ainda se mostra atual quanto à disciplina de diversos aspectos dos contratos de concessão. Mas a experiência com os ciclos concessionários que se iniciaram sob a sua égide revelou outros entraves e

-
- 1 O presente texto é uma versão atualizada e alterada do meu artigo “A reforma do modelo de concessões no Brasil”, publicada no número 68 da Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte: Fórum, 2019.
 - 2 As ideias discutidas neste texto foram extraídas de propostas que apresentei ao Congresso Nacional, a convite da Comissão Especial da Câmara dos Deputados encarregada de elaborar o projeto de lei para atualização do regime de concessões e PPPs. Elas são o resultado de intensos debates com entidades de mercado, especialistas, parlamentares e agentes do governo federal, que agora submeto à crítica acadêmica.

desafios, que fugiram aos limites da legislação. A complexidade da realidade expôs a insuficiência do arcabouço normativo para o tratamento de muitos temas relacionados ao desenvolvimento das concessões. É verdade que essa insuficiência é, em boa medida, fruto do sentido e alcance que esta Lei passou a ter em função da interpretação que lhe foi dada pelas instâncias de controle – que detêm uma espécie de monopólio de sua melhor interpretação. Muitos temas acabaram merecendo uma abordagem desvirtuada pelo controlador, que prestigiou não apenas uma leitura muito restritiva da versatilidade e da adaptabilidade da concessão, como permissiva da *revisibilidade* das escolhas técnicas do regulador e do administrador público. Como consequência, os ciclos de concessões foram marcados por muitos litígios e intervenções do controle. Isso gerou ineficiências e impediu, em muitos casos, que as concessões pudessem gerar os melhores resultados.

Passados quase 25 anos, vivemos a expectativa de um novo movimento de renovação do modelo concessionário. Talvez menos expressivo e desafiador do que aquele que ensejou a criação da Lei 8.987/95, mas ainda assim relevante para endereçar os diversos problemas diagnosticados na experiência com contratos de longo prazo no Brasil. É fundamental, por isso, que a gestação da nova legislação esteja fundamentada num diagnóstico realista sobre os problemas que acometem as concessões. No cardápio dos temas mais impactantes, estão

- (i) a rigidez do *framework* da concessão, que tem inibido ajustes criativos e com maior aptidão para gerar soluções eficientes à prestação do serviço público;
- (ii) a dificuldade de contratação de projetos, atualmente, um dos principais gargalos para o desenvolvimento de concessões e PPPs. Sob um contexto de restrição fiscal e sem contar com vias ágeis e adequadas para a contratação de projetos, muitas Administrações não conseguem levar adiante os programas concessionários;
- (iii) os limites à adaptabilidade da concessão, inibindo alterações mais expressivas no contrato de concessão, que poderiam propiciar soluções mais eficientes para as Administrações e para os usuários. As *revisões*

ordinárias podem funcionar como uma ferramenta relevante para que o contrato de concessão se mantenha atualizado, a partir da redefinição periódica do programa de investimentos, eventualmente de indicadores de serviço e até e excepcionalmente da própria matriz de riscos, com a realocação de certos riscos;

- (iv) a extensão das prerrogativas administrativas, que têm tornado a execução dos contratos administrativos excessivamente instável, abrindo a porta para o risco de oportunismo do poder concedente;
- (v) o excesso de interferências administrativas e políticas em decisões relevantes relacionadas à fiscalização da concessão;
- (vi) a ineficácia do sistema judicial para a resolução de divergências e litígios surgidos na concessão.

Muitos destes problemas são frutos de interpretações do regime da concessão forjadas a partir de dogmas e premissas jurídicas arbitrárias, em desprestígio de uma visão pragmática (e econômica) do contrato. Os entendimentos foram se formando sem considerar sua repercussão econômica no âmbito da concessão, com referibilidade apenas em concepções jurídicas abstratas (como, por exemplo, o apego excessivo ao princípio da licitação, inibindo alterações importantes no programa concessionário com vistas a ampliar a sua eficiência).

O contexto atual exige não apenas a expansão do uso do instrumento da concessão, dada uma agenda difícil de investimentos em infraestrutura e a crise fiscal de muitas Administrações, como a sua renovação. Isso demandará o esforço das instituições em promover ajustes na legislação que estejam vocacionados a ampliar a *eficiência* dos programas concessionários. Penso que esse deva ser o objetivo principal deste *facelift* no regime de concessões: ajustar seu conteúdo com vistas a assegurar uma regulação que induza a adoção de soluções eficientes para as concessões.

Com vistas a contribuir com essa discussão, trago neste artigo alguns temas que na minha visão merecem a atenção das discussões em prol da atualização legislativa da Lei Geral de Concessões.

2. O REGIME DOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO “CAIXA DE FERRAMENTAS”: A ABERTURA DO TIPO CONCESSÓRIO

O contrato de concessão tem sido interpretado pelas instâncias de controle sob um regime de tipicidade fechada. Isso significa o acolhimento de figurinos rígidos para a configuração dos ajustes concessórios, que têm deixado de albergar uma série de arranjos criativos e que poderiam gerar maior eficiência à prestação do serviço público. Essa falta de versatilidade do modelo da concessão decorre uma visão ortodoxa do controlador, que vem compreendendo o regime dos contratos públicos mais como “camisa de força” e menos como “caixa de ferramentas”.

Essa visão legalista e formalista do regime da concessão tem apequenado o uso do modelo, inibindo o desenvolvimento de ajustes mais eficientes.³ Um exemplo são as concessões para a gestão de resíduos, que têm deixado de ganhar escala nos municípios brasileiros em virtude da restrição a que as atividades de varrição possam ser integradas no seu objeto, assim como da insegurança jurídica quanto à submissão ao regime tarifário das atividades de coleta e remoção do lixo. Subjacentemente a estas limitações estão dois dogmas: (i) a impossibilidade de utilização do regime tarifário para remunerar serviços públicos de fruição obrigatória; e (ii) a inaplicabilidade da concessão e do regime tarifário a atividades indivisíveis ou fruíveis coletivamente (mesmo que integrada no ciclo do serviço público). Ambas, restrições que funcionam quase como um fim em si mesmas, sem que estejam fundamentadas na proteção de interesses relevantes.⁴ Surgem como meras criações do legalismo.

3 Isso me lembra um excelente artigo publicado no número inaugural da RDPE, de autoria de MARÇAL JUSTEN FILHO. Sustentando a pluralidade de configurações para o instituo da concessão, Marçal lembrava que “a tentativa de produzir uma solução única para a concessão não encontra respaldo na ordem jurídica e acaba produzindo resultados extremamente negativos”. “As diversas configurações da concessão de serviço público”. *Revista de Direito Público da Economia (RDPR)*, n. 1. 2003. Belo Horizonte: Fórum, p. 95 a 136.

4 Quanto à impossibilidade de se utilizar o regime de tarifa para remunerar o serviço público de fruição obrigatória, costuma-se argumentar que o regime tributário (da taxa) se prestaria a tutelar melhor o interesse do usuário ou contribuinte do serviço, em vista das restrições jurídicas à sua alterabilidade (princípios da legalidade e da anterioridade). Discordo deste entendimento. Na minha visão, o regime tarifário, dado o dinamismo que oferece à adaptabilidade do valor tarifário, melhor atende o interesse dos usuários e da sociedade, pois tende a assegurar um preço proporcionado à oscilação dos custos envolvidos na disponibilização do serviço. Já a taxa “é rigidamente fixada por lei, só podendo modificar-se por esta via. Daí que, ainda que o seu estabelecimento possa não ser completamente desinteressado do custo da produção da prestação, este tributo, sob um prisma

O problema é que estas limitações fecham a porta para a estruturação de concessões abrangentes de todo o ciclo da limpeza pública, integrando varrição, coleta, transbordo, remoção e destinação do lixo. Com isso, impedem o uso de um modelo contratual que poderia trazer maior eficiência para a gestão deste serviço público.

Para oferecer maior flexibilidade à utilização do modelo concessório, que pode ser uma modalidade contratual relevante para viabilizar ganhos de eficiência às Administrações comparativamente às vias convencionais de contratação, entendo que a legislação deva ser atualizada para contemplar no objeto das concessões serviços públicos de fruição obrigatória – ainda que esta discussão possa ser reconduzível a um plano constitucional⁵ –, assim como para admitir sob o regime tarifário atividades e serviços indivisíveis, quando integrados no ciclo do serviço público ou quando mantenham relação de interdependência técnica ou econômico-financeira com este.

Para vacinar interpretações arbitrárias e reducionistas quanto à versatilidade da concessão, entendo que a lei deva admitir outras possibilidades para a configuração do ajuste, como, por exemplo, a viabilidade de se exigir a execução de obra pública ou a cessão de bens como forma de pagamento do ônus de outorga, ou, ainda, a viabilidade da conjugação do contrato de concessão com contratos interdependentes etc. Todas estas possibilidades, que podem favorecer a criatividade na construção de arranjos mais eficientes nos casos concretos, têm sido tratadas como fuga ao figurino da concessão. Penso que precisamos, com a ajuda da legislação, superar a rigidez

dinâmico, não apresenta a mesma correspondência financeira com a prestação do serviço (que a tarifa)”. Vide GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público: a viabilidade de tarifação dos serviços públicos de fruição obrigatória. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. Número 19 – agosto/setembro/outubro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861.

- 5 Essa é uma discussão que tem sido levada – muito inapropriadamente – ao nível constitucional. Aduz-se que o caráter compulsório do serviço desafiaria o artigo 175 da Constituição, que dispõe sobre a delegação do serviço público, assim como atrairia a aplicação do regime de taxa, tal como disposto no seu artigo 145, II. Com o devido respeito àqueles que sustentam essas posições, não vejo nem no artigo 175 qualquer restrição a que o modelo de delegação do serviço público abarque serviços de fruição compulsória, muito menos consigo ler na redação do artigo 145, II, a exclusividade do regime tributário para remunerá-los. Diversamente, entendo que o *caput* do artigo 175, ao valer-se da expressão “na forma da lei”, explicitamente atribuiu ao legislador infraconstitucional a delimitação do objeto da concessão, assim como estabelece, no parágrafo único, III, do mesmo artigo, que a política tarifária será definida por lei. Logo, não consigo enxergar qualquer abordagem constitucional quanto ao mérito desta discussão. Trata-se de matéria indubitavelmente infraconstitucional.

do molde concessório, abrindo a “caixa de ferramentas” para que o o *designer* do contrato possa estruturar os melhores ajustes.

3. O “GARGALO” NA GERAÇÃO DE BONS PROJETOS

Um tema a merecer a atenção do legislador é a via jurídica apropriada para a gestação de projetos concessionários pelas Administrações Públicas. Há um consenso em torno da ideia de que o regime jurídico brasileiro não oferece vias apropriadas para a aquisição de projetos de qualidade pelas Administrações. Embora seja inequívoca a necessidade de as Administrações contarem com uma estrutura administrativa mínima capaz de conduzir os programas concessionários, é certo que boa parte dos projetos não poderá – e nem deverá – ser gestada internamente. A grande maioria das Administrações, especialmente as de menor porte, sequer teria condições de fazê-lo, em vista da ausência de demanda que justificasse a incorporação de profissionais qualificados em suas estruturas. O atual cenário de restrição fiscal também é um fator a impedir a gestação *in-house* de projetos.

Sobram para as Administrações dois caminhos: a (i) contratação de consultorias externas; e o (ii) Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Ambos não estão adequadamente regulados pela legislação, merecendo ajustes diversos.

Quanto à contratação de consultorias externas, as Administrações têm se valido tradicionalmente de contratos de prestação de serviço disciplinados pela Lei 8.666/93, que obedecem a um rito bastante burocrático de contratação. Em alguns casos, valem-se da modalidade de pregão, envolvendo etapa de pré-qualificação ou credenciamento. Essas vias são bastante restritas e não permitem que as Administrações possam investigar, negociar e discutir com potenciais consultores aspectos dos serviços e das propostas, ou mesmo eleger seus contratados por meio de critérios e parâmetros técnicos lastreados na fidúcia.

Minha proposta para superar tais limitações é criar uma sistemática de contratação de serviços de estruturação de projetos que possibilite à Administração direcionar a sua investigação para nichos ou certas consultorias qualificadas, com vistas a obter propostas alinhadas à sua expectativa. Isso se faz por meio de *convites* a

consultores que mereçam o reconhecimento de boa reputação ou de boa qualificação. Algo semelhante ao que ocorre no mercado privado.

Além disso, entendo que a sistemática de contratação deva ser flexível e modularizável, pressupondo a autonomia discricionária do *designer* da licitação para montar a estrutura processual que lhe pareça a mais eficiente para cada caso. Assim, a licitação para a contratação de consultorias poderá ser simples e unifásica ou comportar estágios diversos, assim como pode orientar-se por critérios de técnica, preço ou ambos – inclusive, com preços preestabelecidos –, oferecendo ao gestor uma “caixa de ferramentas” para que ele possa montar o processo de seleção do consultor de acordo com as características do projeto e do mercado de consultoria especializada.

Tal como proposta, a sistemática é inspirada no *processo de colação* – que constou da natimorta pela Medida Provisória 882 (resgatada que foi do Projeto do PPP Mais) –, mas recebeu, na configuração proposta neste texto, maior versatilidade em comparação com a ideia original. Penso que com essa inovação teríamos uma via mais ágil e adequada para a contratação de consultorias, oferecendo-se mais realismo e menos formalismo ao modo de contratação de serviços para a elaboração de projetos de longo prazo. A proposta ampara-se numa premissa de confiança na capacidade do gestor de proceder às análises e realizar as melhores escolhas.

O outro caminho é o PMI, que se ressentiu de um déficit de regulação nacional e tem sido matizado pela legislação – particularmente, pela via infralegal – regional ou local. É curioso, aliás, que toda a construção do PMI tenha se erguido da lacônica norma do artigo 21 da Lei 8.987/95. Mas é perceptível um modelo relativamente comum de PMI que se disseminou entre Estados e Municípios, inspirado, em boa medida, no modelo federal criado pelo Decreto 8.428/2015.

O problema é que o PMI, embora represente em termos quantitativos a principal via para a originação de projetos (ou melhor: da intenção de obter projetos), não tem funcionado bem. Da perspectiva das Administrações, sua recorrente falta de capacidade técnica e institucional para conduzir o processo – que acomete principalmente as Administrações de menor porte – tem ensejado tanto o *risco de captura* (do

interesse público pelo interesse do mercado) quanto o *risco da ineficácia* do processo. Sem que as Administrações consigam conduzir esses procedimentos, analisar e criticar as soluções técnicas oferecidas pelos participantes, os PMIs ou seguem sob o risco de captura ou acabam morrendo precocemente.

Já da perspectiva do mercado, os PMIs são considerados temerários em vista não apenas do risco inerente à sua dimensão concursal ou concorrencial (risco da escolha do projeto alheio), mas do mesmo risco de mortalidade. O fato de haver uma pluralidade de estruturadores disputando o PMI, num contexto em que a elaboração destes projetos pode demandar investimentos significativos, amplia excessivamente os riscos de participação, desencorajando o ingresso de *players* sérios e potencialmente qualificados para a entrega de projetos de qualidade. Ademais, pode afigurar-se economicamente irracional estimular agentes diversos a consumir recursos da sociedade para a elaboração do mesmo projeto.⁶

Além disso, o PMI tem sido um expediente precário, revogável ou cancelável discricionariamente pelas Administrações, o que amplia o seu risco de mortalidade, na percepção do mercado de consultores e estruturadores.

Logo, os riscos excessivos inerentes ao PMI, que têm origem na baixa capacidade técnica das Administrações, na sua dimensão concursal e no seu caráter precário, acabam prejudicando não apenas a qualidade dos projetos, mas de seus participantes. Isso enseja um círculo vicioso, em que o aumento da taxa de mortalidade de PMIs desencoraja participantes qualificados, o que prejudica a qualidade dos projetos e contribui para sua mortalidade, e assim por diante.

Para tentar superar esses problemas, algumas das propostas que apresentam são: (i) instituir pressupostos e requisitos para o cancelamento dos PMIs, o que contribuirá não só para melhorar o incentivo a que as Administrações planejem adequadamente o expediente, mas para melhorar o engajamento de bons participantes; (ii) prever a hipótese de autorização exclusiva, viabilizando a produção do projeto por

6 Não estou afirmando que o PMI concorrencial deva ser banido, pois há hipóteses a justificá-lo. Mas é necessário acolher também a sua versão exclusiva, o que pode melhorar os incentivos para o engajamento de participantes qualificados.

apenas um proponente, admitindo-se que críticas e adaptações possam ser subsequentemente implementadas em etapa concursal subsequente (assim como na consulta pública, o que já ocorre atualmente); (iii) admitir outras formas de compensação econômica ao autor do projeto.

Talvez o tema mais controverso deste conjunto de propostas voltadas ao aperfeiçoamento da regulação do PMI seja a *autorização exclusiva*. Costuma-se afirmar que o acolhimento da hipótese tende a aflorar um dos problemas intrínsecos ao PMI: o conflito de interesses. A possibilidade de o autor do projeto disputar a licitação decorrente, hipótese tradicionalmente acolhida no regime de PMI, abre a porta para comportamentos oportunistas de sua parte, com vistas a interferir no conteúdo do projeto para lhe gerar vantagens competitivas no certame (ou passivos ocultos no contrato etc). Argumenta-se que, eliminada a dimensão concorrencial do PMI, esse risco poderia ser potencializado.

Na minha percepção, os riscos derivados do conflito de interesses são intrínsecos aos PMIs em geral, sejam eles *exclusivos* ou *concurrais*. A sua dimensão concursal ou concorrencial não é o que mais contribui para sua mitigação, mas sim a capacidade das Administrações Públicas em analisar e criticar os estudos e projetos. Inclusive, porque no modelo de PMI concursal disseminado entre as Administrações os participantes sequer se encarregam de analisar e criticar os estudos e projetos uns dos outros. Parece-me que, tal como proponho no Anteprojeto apresentado adiante, a realização de uma etapa subsequente de chamamento de interessados para proposições de ajustes e adaptações no projeto aprovado (resultante de um PMI exclusivo), ainda da fase de consulta pública, é o que melhor funcionará para mitigar os riscos apontados, contribuindo para o aperfeiçoamento do conteúdo do projeto.

3.1 Um programa governamental para apoiar projetos subnacionais

Além destes ajustes na legislação, entendo que seria importante a criação pelo governo federal de um programa de qualidade para o desenvolvimento de PMIs e de programas concessionários nas Administrações de menor porte. O PPI - Programa de Parcerias de Investimentos já vem se estruturando para apoiar estados e municípios na estruturação de projetos de concessão e PPPs. Além de participar da gestão de

fundos como o FAEP e o FEP, o PPI passou a ter o suporte da Secretaria de Coordenação de Obras Estratégicas e Fomento, incumbida de coordenar o apoio aos entes federativos subnacionais no fomento à realização dos empreendimentos qualificados no programa. Tudo como dispõe o Decreto 9.669/2019. Embora o fomento ao desenvolvimento de projetos subnacionais já estivesse presente na legislação originária do PPI, o seu foco até aqui concentrou-se em projetos nacionais, considerados estratégicos para o governo. Mas há uma expectativa com relação ao crescimento do número de projetos regionais e locais para os próximos anos, o que põe no radar do PPI a preocupação em desenvolver programas de apoio à sua estruturação. Afinal, há setores relevantes como saneamento, resíduos, mobilidade urbana e iluminação pública – para ficar apenas em alguns exemplos – que estão na agenda das próximas concessões e PPPs.

Fomentar a gestação de projetos subnacionais não será, contudo, uma tarefa simples. Há o reconhecimento de que um dos principais gargalos para a estruturação de projetos concessionários pelas Administrações de menor porte é a sua baixa capacitação técnica e institucional. Em função disso, muitas iniciativas acabam sendo prematuramente suspensas ou mesmo arquivadas, dando origem à ínfima taxa de conversão de (iniciativas de) projetos em contratos, que não chega de 10%.⁷ É um indicador bastante discrepante de outros países emergentes, e que se explica por um conjunto de causas que merecem ser levadas em consideração por qualquer política de fomento ao desenvolvimento de projetos.

Para compreender o estado de coisas que tem dificultado a estruturação de projetos pelas Administrações de menor porte, é preciso considerar que elas dispõem fundamentalmente de três alternativas jurídicas para isso.

Em primeiro lugar, essas Administrações poderiam qualificar seus quadros, contratando e integrando especialistas em suas equipes. Essa solução nem é factível no curto prazo e nem é desejável em todos os casos. O contexto de forte restrição fiscal já seria um motivo suficiente para inibir iniciativas desta natureza. Mas, a depender

7 Segundo informação divulgada em junho de 2018 pela Radar PPP (durante o 1º Congresso de Direito Público da Infraestrutura), dos 160 PMIs iniciados em 2015, apenas 13 contratos foram assinados até aquela data, resultando numa “taxa” de conversão de PMIs em contratos de apenas 8%.

do porte da Administração, não se justificaria a manutenção de corpo de especialistas voltado à estruturação de projetos concessionários sem demanda permanente para isso.

A segunda opção seria a contratação episódica de consultorias de apoio, que acaba sendo igualmente desestimulada pelas dificuldades orçamentárias somadas às complexidades inerentes aos sistemas tradicionais de contratação administrativa.

Como última alternativa, sobra o chamado Procedimento de Manifestação de Interesse, ou PMI, que responde atualmente pela maioria das iniciativas de gestão de projetos concessionários nas Administrações de menor porte. É uma via confortável para elas, pois, do modo como vem sendo regulamentado pelas esferas federadas, nem lhe exige orçamento para o custeio de projetos (que acabam sendo ressarcidos pelo futuro signatário do contrato), nem lhe cria maiores consequências jurídicas, uma vez que pode ser abortado discricionariamente pelo Poder Público. Daí o uso desenfreado – e, por que não dizer, irresponsável – do PMI para a geração de projetos de concessão e PPP.

A questão é que, seja para contratar consultorias, seja para desencadear PMIs, as Administrações precisam estar minimamente capacitadas. Isso só será possível a partir da existência de planejamentos administrativos bem elaborados, que explorem as oportunidades de negócios voltados à satisfação das necessidades locais. Infelizmente, as iniciativas de projetos surgem sem respaldo em planejamento ou estudo prévio que se exigiria de uma Administração Pública responsável. Mais do que isso, os PMIs surgem aos montes sem qualquer perspectiva de como irão terminar. Não seria exagero dizer que uma das causas de tantos PMIs – e de tantos PMIs natimortos – é a possibilidade de serem posteriormente revogados ou arquivados pelas Administrações, o que lhes retira o incentivo para serem preventivos, como já referi acima.

O problema central, no entanto, é a falta de qualificação técnica dos quadros administrativos, que tem ensejado ou o *risco de captura* do interesse público pelo interesse das empresas ou o *risco de ineficácia* dos PMIs, já mencionados acima. Sem a capacitação mínima para desencadear, conduzir e decidir os PMIs, as Administrações ficam vulneráveis à ascendência técnica das consultorias contratadas pelas

empresas, quando não acabam desistindo dos projetos.

Em face disso, para melhorar a qualidade dos projetos concessionários subnacionais entendo que seria importante a criação pelo Governo Federal de um *programa de qualidade para concessões e PPPs subnacionais*, que pressuponha o cumprimento por estes de regras rígidas de governança, das boas práticas na estruturação dos projetos, do atendimento a padrões préestabelecidos para documentos referenciais (um *toolkit*, contendo certos documentos-padrão, como cláusulas gerais de *compliance*, de contratos de concessão e PPP, de editais etc). Além disso, as Administrações haveriam de se comprometer a alimentar as informações detalhadas de seus PMIs no *Portal Nacional dos PMIs*, a ser criado pelo governo federal para divulgar informações sobre todos os procedimentos em desenvolvimento no país. A Administração que se mantivesse aderente a estas regras, a partir de um monitoramento periódico realizado pelo Governo Federal, faria jus ao selo do programa, o que induziria a melhorar a qualidade dos participantes nos PMIs. Afinal, como já dito, o PMI vem caindo em descrédito em função do reconhecimento da incapacidade das Administrações de menor porte em conduzi-los adequadamente, tornando-os conversíveis em contratos. Este selo de qualidade, ao garantir o *compliance* pelas Administrações a uma sistemática voltada a melhorar a performance dos PMIs, funcionaria como um importante sinalizador para o mercado, engajando mais e melhores participantes no processo.

4. A REAFIRMAÇÃO DA ALTERABILIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Um outro ponto de grande relevância para o desenvolvimento eficiente de contratos de longo prazo é a sua suscetibilidade a adaptações ao longo do tempo. É da natureza destes contratos a necessidade de alterações diversas no seu objeto durante o seu ciclo de vida. E é claro que o contrato de concessão deverá trazer uma disciplina tanto quanto possível detalhada para regular as modificações no programa concessionário. Mas é impossível antecipar todas as hipóteses de alteração, assim como inadequado estabelecer delimitações rígidas para elas. Ou seja: o contrato de concessão será inevitavelmente incompleto, na acepção de que será adaptável às novas circunstâncias. A flexibilidade do contrato de concessão é o que viabiliza a adoção

de soluções eficientes na prestação do serviço público ao longo do tempo.

A adaptabilidade do contrato de concessão, no entanto, é uma espécie de “tabu jurídico”. É costumeiro que as alterações em contratos de concessão sejam objeto de intensa discussão e intervenção pelas instâncias de controle, que patrocinam uma visão muito restritiva sobre elas, fundamentada na preservação das regras da licitação. Há um quê de 8.666 nestes enfoques: o vício de tentar enxergar as concessões pelas lentes do regime da contratação ordinária e de curto prazo. Acredita-se que o programa da concessão possa ser previsível e exaustivo, admitindo-se alterações apenas excepcionalmente. A crença na completude do contrato concessão é o que fundamenta essas interpretações restritivas quanto à sua mutabilidade. Isso tem inibido alterações mais expressivas no programa de concessões, que muitas vezes podem se traduzir em soluções mais eficientes para a execução do contrato, como tem envolvido os aditamentos na concessão em litígios, interrupções etc., ensejando todos os custos que lhes são inerentes.

Parece-me que essa percepção do controlador tem carecido de uma avaliação mais aprofundada da relação de custo-benefício subjacente. É preciso compreender que o prestígio à imaculabilidade da licitação desmerece a implementação de soluções mais eficientes ao longo da execução da concessão. Há um nítido *tradeoff* entre o prestígio à isonomia da licitação e a ampliação da eficiência na concessão, que deve ser resolvido com a opção pela última.

Por isso, entendo que um ajuste útil a ser feito no regime jurídico da concessão seja a reafirmação da adaptabilidade da concessão, prevendo-se que o seu objeto possa ser adaptado ou alterado durante a sua execução, por proposição do poder concedente ou da concessionária, inclusive quando demonstrada a sua obsolescência por razões técnicas, econômicas ou por inadequação do projeto original, nos termos previstos em contrato, vedada a desnaturação de seu objeto. Ainda, é importante incorporar na legislação – algo que já foi endereçado pelo art. 22 da Lei 13.448/2017 para contratos de parceria ali especificados – a insubmissão das alterações na concessão aos limites prescritos pelo art. 65 da Lei 8.666/93.

5. A QUEBRA DO MONOPÓLIO PÚBLICO SOBRE A FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E A PREVISIBILIDADE TÉCNICA COMO FATOR DE MITIGAÇÃO DO RISCO DE DESVIOS DO PODER CONCEDENTE

Não é possível ignorar que a execução de contratos administrativos no Brasil vem sendo marcada por um nível não desprezível de interferências administrativas e políticas. Além disso, a depender do porte e da capacidade institucional da Administração, muitas decisões administrativas relacionadas a direitos do concessionário ressentem-se de defeitos técnicos relevantes. A ocorrência destas patologias é favorecida tanto pela ausência de expertise técnica *in-house* das Administrações, como pela captura da função fiscalizatória da concessão pelos interesses políticos de plantão.

Baseado neste diagnóstico, entendo ser necessário ampliar a participação de *experts*, consultorias e auditorias independentes na formação destas decisões, com vistas a melhorar a sua fidelidade e qualidade técnicas e mitigar os riscos de sua manipulação arbitrária. Trata-se de propor aquilo que tenho chamado de *quebra do monopólio público sobre a fiscalização do contrato administrativo*, utilizando-se, ainda, da *previsibilidade técnica* como fator de *mitigação da abertura dos espaços para escolhas administrativas* – para usar uma expressão de SÉRGIO GUERRA,⁸ a propósito da regulação.

Utilizar-se da legislação para estimular a participação de *experts* e auditores externos em decisões produzidas no âmbito da fiscalização do contrato e que sejam potencialmente restritivas de direitos do concessionário pode cumprir um duplo objetivo: (i) ampliar a utilização do conhecimento científico na formação destas decisões; assim como (ii) melhorar o seu nível de confiabilidade técnica. Tanto a ampliação do papel da técnica, como o incremento no grau de precisão das análises são fatores que contribuem para a redução do espaço discricionário administrativo. Como resultado, reduz-se a insegurança do concessionário quanto ao risco de desvios e de imprecisões em todas estas decisões, com repercussão econômica relevante no

8 Em estudo sobre a regulação, o autor comenta o efeito vinculante da *previsibilidade técnica* às escolhas administrativas, “por meio do recurso a ciências exatas ou não, dotadas de origem empírica e que expressam o fruto de uma avaliação do tipo científica visando determinados fins”. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 356.

âmbito da concessão. Isso gera consequências positivas *ex ante*, retratadas na redução da insegurança dos interessados em negociar com a Administração, aumentando a competitividade e melhorando as ofertas, e *ex post*, como a redução do grau de litigiosidade ao longo da concessão, eliminando-se todos os custos que lhe estão relacionados.

Neste sentido, parece-me que a próxima legislação deva não apenas estimular a participação de verificadores independentes na aferição dos resultados da concessão (o que já é uma prática de PPPs e concessões no Brasil), mas de *experts* e consultorias capacitadas para a produção de cálculos e aferições técnicas integradas em decisões potencialmente restritivas de direitos do concessionário (como a intervenção e a caducidade).

A delimitação do papel destes agentes externos de aferição deverá abranger: (i) a verificação dos resultados da concessão (aferição e medição dos indicadores de serviços), prática já relativamente recorrente em contratos concessionários, especialmente nos de PPP; (ii) a certificação de projetos elaborados pelo concessionário; (iii) o recebimento e a medição de obras executadas pelo concessionário; e (iv) a realização de cálculos de revisões tarifárias, de reequilíbrio econômico-financeiro e de indenizações.

Todas estas decisões e providências relacionam-se com temas sensíveis na percepção do concessionário, sendo que o aperfeiçoamento da governança para a sua produção, com a integração obrigatória destes verificadores e auditores independentes, contribuirá para ampliar a sua confiabilidade, gerando-se ganhos de eficiência à concessão.⁹

9 Lembro que o Anteprojeto do PPP Mais previa uma solução semelhante, em seu artigo 22, onde constava que os assim chamados contratos público-privados deveriam observar a seguinte regra: “durante a execução do contrato, os levantamentos e cálculos para a determinação dos índices e valores das tarifas, dos preços, das contraprestações e dos aportes, inclusive em virtude de reajustes, revisões, aplicações dos fatores de desempenho, medições e outros, serão realizados por auditor independente, escolhido por acordo entre o contratante público e o contratado, ou, se não houver acordo, pelo Conselho Nacional do PPP MAIS, como condição prévia da celebração do contrato público-privado, e cuja remuneração será paga pelo contratado”(VII). SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP Mais: Um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 53, jan/ma. 2016, p. 36 e 37.

6. MITIGANDO AS PRERROGATIVAS ADMINISTRATIVAS

O regime jurídico da concessão de serviço público – assim como o regime jurídico dos contratos administrativos em geral – tem acolhido historicamente as chamadas prerrogativas administrativas, fonte de muita insegurança àqueles que contratam com a Administração Pública.¹⁰ Lembre-se que a Administração poderá alterar unilateralmente o contrato de concessão, extingui-lo por encampação (exigida autorização legislativa) ou caducidade, assim como poderá decretar a sua intervenção, aplicar sanções ao concessionário etc. Todos estes atos são dotados de *autoexecutoriedade*, na acepção de que produzem efeitos jurídicos independentemente de autorização judicial. Alguns deles sequer têm sido precedidos de processo administrativo que comportem a participação do concessionário, como é o caso da intervenção (em virtude de sua disciplina legal), ou das alterações unilaterais no conteúdo das obrigações do concessionário, que não raramente surgem prontas da Administração. O fato é que muitas destas prerrogativas são percebidas como risco relevante para os investidores e para os demais *stakeholders* envolvidos no contrato, dado o risco de serem utilizadas de modo arbitrário. Logo, é importante que a legislação limite a sua utilização, submetendo-as ao crivo prévio do Tribunal Arbitral ou do Poder Judiciário, conforme o caso.¹¹

O objetivo é que estas inovações no conteúdo da concessão, especialmente aquelas que interfiram nas chamadas cláusulas econômicas do contrato, quando não forem objeto de consenso entre as partes, tenham de ser compartilhadas com uma instância externa com vistas a obter uma *autorização* para sua implementação. Como

10 Vide, sobre o tema, GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Um Réquiem para as Prerrogativas Contratuais da Administração Pública. **Colunistas**, ano 2016, número 312. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/um-requiem-para-as-prerrogativas-contratuais-da-administracao-publica>>.

11 Esta proposta lembra outra prevista no Anteprojeto de lei do chamado “PPP Mais”, que procurou endereçar o problema dos “incentivos para autoridades públicas, da administração contratante ou não, interferirem arbitrariamente na execução do contrato e não remuneração do particular”. Do anteprojeto constou, no artigo 28, a seguinte regra a ser observada na execução dos contratos público-privados: “o contratante público não poderá, por razões de interesse público, impedir, adiar ou reduzir unilateralmente a cobrança ou o reajuste de tarifas ou preços pelo contratado, salvo com prévia autorização de Tribunal Arbitral, em decisão cuja vigência ficará sempre vinculada ao pagamento de compensação mensal em dinheiro pela perda de receita” (VI). SUNDFELD; MOREIRA, 2016, p. 36.

há costumeiramente providências relevantes a serem implementadas concomitantemente à decretação destas medidas autoritárias (modificações no objeto da concessão exigem, por exemplo, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, entre outras providências sob a responsabilidade do poder concedente), a sua submissão à autorização pelo árbitro ou juiz contribuirá para assegurar o seu cumprimento pelo poder concedente.

Lembre-se que estas prerrogativas podem abrir a porta para comportamentos oportunistas do poder concedente. Um exemplo é aquilo que se convencionou chamar de “populismo tarifário”, quando a redução ou desoneração de tarifas é decretada pelo poder concedente por razões populistas. Ademais e sob o atual regime, é bastante difícil para o concessionário controverter judicialmente a pertinência e o conteúdo destas providências unilaterais, especialmente visando a obtenção de decisões urgentes. Há uma reconhecida carência de *enforcement* nos contratos públicos no Brasil. Sem vias eficazes para insurgir-se contra interferências administrativas arbitrárias no âmbito do contrato de concessão, os concessionários acabam percebendo como riscos relevantes, o que impacta os custos da concessão.

Logo, a limitação destas prerrogativas, a partir da introdução de uma governança que assegure a submissão das medidas unilaterais ao crivo da instância arbitral ou judicial, pode favorecer não apenas o incremento da qualidade destas decisões, como restringir o espaço para sua utilização arbitrária e oportunista.

Outra inovação que me parece útil para mitigar o risco de medidas unilaterais arbitrárias é a introdução de *acordos integrativos* na formação do ato unilateral. Como em muitos casos estas medidas envolvem a implementação de providências secundárias, cujo detalhamento eventualmente dependa de negociação das partes, seria uma boa prática buscar-se o estabelecimento de acordos instrumentais à finalidade do ato unilateral, com vistas a regular o cumprimento deste conjunto de obrigações acessórias (como o reequilíbrio econômico-financeiro, o pagamento de indenizações, a expedição de providências para desapropriações, a obtenção de licenciamentos etc).

7. A PREFERÊNCIA DE MECANISMOS PRIVADOS PARA A RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS

Já há um diagnóstico relativamente claro quanto à eficiência das *alternative dispute resolutions* (ou simplesmente ADR's) em contratos complexos, especialmente nos contratos relacionais como são as concessões e PPPs. Mas, no que respeita aos contratos administrativos, os ADR's nem sempre têm sido vistos com bons olhos pelas instâncias de controle, acostumadas a um direito imperativo e pouco consensual.

O emprego dos ASR's para solucionar litígios em contratos administrativos de longo prazo tem fundamento tanto no artigo 23-A da Lei nº 8.987/95, como no artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/04. Mas não temos uma disciplina legal (geral) mais específica sobre eles, muito menos a temos para figuras menos tradicionais, como os *dispute boards*.

Parece-me importante que, num movimento de atualização da legislação sobre concessões e PPPs, estas técnicas alternativas de resolução de controvérsias sejam incorporadas.

Os chamados *dispute boards* (ou comitês técnicos para a resolução de controvérsias) têm sido cada vez mais utilizados em contratos de longo prazo como um expediente vocacionado a dirimir dúvidas e resolver divergências de natureza técnica. Com atribuições para opinar ou deliberar sobre controvérsias surgidas entre concessionário e poder concedente, podem significar uma ferramenta relevante para reduzir custos de litígios e ampliar a eficiência na execução a concessão. O fato de os *dispute boards* acompanharem a execução do contrato, e, portanto, de possuírem um nível informacional avançado sobre a realidade e os dilemas vividos ao longo do seu ciclo de vida, os torna aptos a produzirem orientações com um grau elevado de confiabilidade. Isso, ao mesmo tempo em que contribui para a consistência da deliberação e a torna menos suscetível de ser controvertida em outras instâncias (embora isso sempre seja possível), melhora a disposição das partes em aderir aos seus termos. Trata-se, portanto, de um expediente apto a mitigar o risco de litígios mais intensos, promovendo ganhos de eficiência para a execução dos contratos concessionários.

Como nossa legislação não contempla expressamente essa figura (embora já temos diversos contratos que prevejam a atuação de comitês técnicos para estes fins), e tendo em vista tratar-se de tema sensível à luz das interpretações mais ortodoxas, é importante que a próxima lei estabeleça a possibilidade de sua utilização e seus possíveis efeitos jurídicos.

Dado, ademais, o cacoete histórico das instâncias de controle em limitar o alcance de soluções alternativas às instâncias tradicionais de resolução de divergências, seria relevante que a legislação estabelecesse (ainda que exemplificativamente) uma relação de temas e assuntos que possam ser objeto destas deliberações, com vistas a oferecer maior segurança jurídica à sua utilização nos casos concretos. Assim, há temas diversos que poderão, quando for o caso, merecer a deliberação pelos *dispute boards*, como: (i) aprovação de projetos executados pelo parceiro privado; (ii) divergências de natureza técnica ou contábil relativamente ao pagamento de ressarcimentos indenizatórios e de reequilíbrio econômico-financeiro; (iii) adequação técnica e correção contábil de aditivos contratuais a propósito de adaptações, ajustes e alterações, programadas ou não, no objeto da concessão; (iv) divergências quanto ao cálculo do reajuste de tarifa e da atualização de contraprestação pública, inclusive quanto a encargos moratórios, quando for o caso; (v) divergências quanto a aspectos técnicos fundamentais relacionados à alegação das partes quanto ao cumprimento ou descumprimento de encargos pela outra, nos limites definidos em contrato; e (vi) e resolução de dúvidas ou de ambiguidade relativamente ao conteúdo das obrigações contratuais e quanto aos fatos relevantes que possam interferir na sua execução.

Penso que a legislação deva acolher uma moldura larga para os *dispute boards*, admitindo-se que eles possam ser disciplinados no plano do contrato, ou mesmo por meio do empréstimo de regulamentos já existentes de outras instituições, o que viabilizaria a adoção das suas diversas espécies, como o *dipute review board*, o *dispute adjudication board* ou mesmo o *combined disput board*. Tudo a depender da disciplina do contrato.

É certo que, de uma perspectiva da dogmática convencional dos contratos públicos no Brasil, os casos mais sensíveis ou de maior controvérsia seriam aqueles em que das deliberações do comitê técnico surgem efeitos vinculantes para as partes. O dogma da irrenunciabilidade de competências públicas é constantemente invocado para rechaçar técnicas alternativas de heterocomposição de conflitos pela Administração Pública. Mas não me parece que haja qualquer óbice jurídico para tanto, muito menos óbice de raiz constitucional.¹² Parece-me perfeitamente viável que a Administração Pública, invocando seu princípio de autotutela, obrigue-se com uma sistemática de resolução de conflitos desenhada e disciplinada contratualmente.

No entanto, o reconhecimento do cabimento jurídico desta solução não merece a conveniência em incorporá-la na legislação, com vistas a vacinar eventuais interpretações restritivas ou negativistas que possam se formar no âmbito da jurisprudência. Afinal, um tema relativamente novo como este está ainda por ser testado na jurisprudência. E, em matéria de contratação administrativa, ela (a jurisprudência) tem desempenhado um papel proeminente na definição do que pode e do que não pode ser feito. A omissão legislativa no tratamento de assuntos como esse é sempre um campo fértil para a criatividade do controlador.

Entendo, ainda, que seja útil que a lei estabeleça a preferência pela utilização de ADR's nos contratos de concessão, estimulando o seu uso em detrimento do sistema judicial. Afinal, há um diagnóstico aparentemente comum entre nós acerca da ineficiência e ineficácia do nosso sistema judicial para solucionar controvérsias havidas no seio de contratos públicos de longo prazo. Isso se verifica quanto ao tempo dos processos e quanto à falta de especialização dos juízes para os (complexos, muitas vezes) temas relacionados à contratação administrativa. A via da arbitragem, por exemplo, consiste numa alternativa incomparavelmente mais ágil e qualificada para o endereçamento das

12 Como assinala Flávio Amaral Garcia, "A previsão contratual de um Comitê de *experts* para acompanhar e monitorar a execução do objeto, bem como solucionar, em primeira linha, os litígios e controvérsias (essencialmente de índole técnica), que se sucedam durante a sua execução não implica, a nosso ver, em renúncia a Direito ou avanço em qualquer direito indisponível ou inegociável. Trata-se, ao revés, de uma ferramenta endógena ao contrato que pode se revelar extremamente eficiente, porquanto confere maior efetividade na gestão e consecução dos seus objetivos". GARCIA, Flávio Amaral. O Dispute Board e os Contratos de Concessão. **Colunistas**, n. 121, 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>>.

divergências e disputas relacionadas às concessões. A existência de uma via mais ágil e efetiva para a realização dos direitos do concessionário concorrerá para a redução dos custos transacionais, promovendo economias à concessão.

Neste particular, é importante que a legislação estabeleça a *preferência* pelo uso destes mecanismos alternativos, assim como explicita, mesmo que exemplificativamente, os temas que poderão ser objeto de discussão e deliberação por essas vias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCIA, Flávio Amaral. O Dispute Board e os Contratos de Concessão. **Colunistas**, n. 121, 2016, Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>>.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público: a viabilidade de tarifação dos serviços públicos de fruição obrigatória. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Número 19 – agosto/setembro/outubro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861.

_____. Um Réquiem para as Prerrogativas Contratuais da Administração Pública. **Colunistas**, ano 2016, número 312. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/um-requiem-para-as-prerrogativas-contratuais-da-administracao-publica>>.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionariade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia (RDPR)**, n. 1. 2003. Belo Horizonte: Fórum.

SUNDFELD, Carlos Ari. MOREIRA, Egon Bockmann. PPP Mais: Um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 53, p. 36 e 37, jan/ma. 2016.

A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO: SEGREDOS, AVANÇOS E UMA ESPERANÇA¹

FRANCISCO ZARDO

Diretor Executivo Adjunto do Instituto Paranaense de Direito Administrativo – IPDA.
Presidente da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da OAB/PR.
Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.



1. OS SEGREDOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na obra *1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*, o jornalista, escritor e bacharel em Direito, Luiz Maklouf Carvalho, reconstrói, por meio da história oral, os bastidores da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988).² As 44 (quarenta e quatro) entrevistas realizadas pelo experiente e premiado repórter conduzem o leitor à uma viagem no tempo, constituindo para os operadores do direito um valioso meio de compreensão dos vícios e virtudes do texto constitucional e instrumento de superação das dificuldades de sua aplicação nos dias atuais.

Como num mosaico, foram ouvidas pessoas de diversas posições e matizes ideológicos: Ministros de Estado, constituintes, juristas, funcionários do Congresso Nacional e até lobistas. Entre os entrevistados, destacam-se o então Presidente da República, José Sarney; o Ministro do Exército, General Leônidas Pires Gonçalves; Bernardo Cabral, ex-Presidente do Conselho Federal da OAB (1981/1983), Senador (PMDB-AM) e relator da Comissão de Sistematização; Fernando Henrique Cardoso, Senador (PMDB-SP) e relator do regimento da Constituinte; Nelson Jobim, Deputado Federal (PMDB-RS) e líder da bancada; Miguel Reale Junior, assessor do Presidente

1 Este artigo foi publicado originalmente na Revista nº 44 do Instituto dos Advogados do Paraná e ora é republicado como homenagem póstuma ao Jornalista Luiz Maklouf Carvalho, falecido em 16/05/2020.

2 CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: Segredos da Constituinte**. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

da Constituinte, Ulysses Guimarães; e Mozart Vianna, servidor concursado da Câmara dos Deputados desde 1975.

1.1 A convocação da Assembleia Nacional Constituinte

A eleição de Tancredo Neves para Presidente da República em 15 de janeiro de 1985, após mais de 20 anos de Regime Militar, representou a esperança de fundação de uma *Nova República*. Mas, como observa José Afonso da Silva, “a Nova República só teria legitimidade e durabilidade se se fundamentasse numa Constituição Democrática, ou seja, numa Constituição que emanasse de uma Assembleia Constituinte representativa da soberania popular”.³

Em 27 de novembro de 1985, foi promulgada a Emenda Constitucional no 26, convocando a Assembleia Nacional Constituinte, que seria composta pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, reunidos, unicameralmente, a partir do dia 1o de fevereiro de 1987. Esta solução foi objeto de crítica pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e pela Central Única dos Trabalhadores - CUT, que desejavam a convocação de uma constituinte exclusiva, isto é, de representantes eleitos exclusivamente para promulgar a nova Constituição. Segundo José Afonso da Silva, a EC 26/85, “na verdade, não estava convocando uma Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, mas apenas se estava estabelecendo um Congresso Constituinte, ou simplesmente dando poderes constituintes originários ao Congresso ordinário”.⁴

Semelhante é a posição de Flávio Bierrenbach, jurista, Deputado Federal (PMDB/SP), e primeiro relator da emenda constitucional que viria a convocar a Constituinte. Flávio foi destituído da função de relator da emenda na véspera de sua votação, porque pretendia realizar um plebiscito para a população decidir qual formato de Constituinte queria. Na visão de Bierrenbach, “quem teria legitimidade para fazer uma nova Constituição para o país seria uma Assembleia Nacional Constituinte, livre,

3 SILVA, José Afonso da. **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83.

4 *Ibid.*, p. 84.

soberana e exclusiva. (...) o Congresso não é um poder Constituinte. O Congresso é um poder constituído”.⁵

Diverso é o pensamento de Miguel Reale Junior, para quem a convocação de uma Constituinte exclusiva não traria repercussões práticas relevantes: “Havia a ideia de que haveria uma pureza se eles fossem eleitos só para fazer a Constituinte. Mas é bobagem. Você acha, por exemplo, que um Paulo Maluf ia deixar de se candidatar à Constituinte? Não ia. Mesmo que fosse para ser só constituinte, ele não ia perder seu eleitorado, não ia deixar na mão os seus redutos. Então, no fundo, o fato de ser Constituinte exclusiva, ou um Congresso Constituinte, não ia trazer modificação na composição”.⁶

1.2 A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais

Outra polêmica havida antes mesmo do início dos trabalhos da Assembleia foi a instituição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, por meio do Decreto no 91.450, de 18 de julho de 1985. Composto por 50 (cinquenta) membros de livre escolha do Chefe do Executivo, este grupo, que ficou conhecido como *Comissão dos Notáveis* ou Comissão Afonso Arinos – em alusão ao seu Presidente, Afonso Arinos de Mello Franco –, teria a missão de elaborar um anteprojeto para nortear os trabalhos da Assembleia Nacional. Entre tantos integrantes de grande projeção, destaca-se: Antonio Ermírio de Moraes, Bolivar Lamounier, Cândido Mendes, Celso Furtado, Cristovam Buarque, Evaristo de Moraes filho, Gilberto Freyre, Helio Jaguaribe, Jorge Amado, José Afonso da Silva, Sepúlveda Pertence, Saulo Ramos, Miguel Reale e Paulo Brossard.

Em 18 de setembro de 1986, esta Comissão concluiu seu Anteprojeto Constitucional. Contudo, a Assembleia Nacional, presidida por Ulysses Guimarães (PMDB/SP), preferiu “partir do zero”.⁷ Segundo o Deputado do PMDB Gaúcho Antônio Britto, a vitória da democracia evocava o sentimento de “não me traga nada pronto, porque

5 CARVALHO, 2017, p. 136.

6 Ibid., p. 298.

7 Ibid., p. 21.

você está manietando, cabrestando, induzindo, reprimindo”. “Hoje, pensando, e não deixa de ser irônico que eu seja um dos que dizem isso, eu acho que o maior erro que se cometeu foi não ter havido um projeto preliminar. Organizaria um pouco o jogo”.⁸

Já para Joaquim Falcão, Professor da Fundação Getúlio Vargas e membro da *Comissão dos Notáveis*, foi melhor não se ter adotado o Anteprojeto por ela apresentado, “porque aí ela receberia um carimbo de ‘O Projeto do Sarney’”.⁹ Apesar disso, diz Falcão, “várias de suas propostas foram incorporadas – porque os constituintes as viram como uma fonte originária de ideias”,¹⁰ indicando que acataram o pedido de Afonso Arinos para que ao menos “namorassem escondido com o anteprojeto da comissão que presidira meses antes”.¹¹

1.3 O Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte

O passo seguinte foi a elaboração do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, que estabeleceria a forma como a Constituição seria elaborada e votada. Como não havia um texto base e todos os parlamentares queriam participar da formulação da nova Carta, a solução foi “a criação de 24 subcomissões temáticas, que elaborariam textos sobre os temas de sua competência e os entregariam a 8 comissões temáticas, cada uma congregando 3 subcomissões. As comissões redigiriam projetos sobre as suas áreas, os quais seriam, por sua vez, enviados a uma Comissão de Sistematização. Esta última elaboraria o novo projeto, a partir do trabalho das comissões temáticas, que seria submetido ao Plenário da Constituinte, em dois turnos de votação”.¹²

O relator da Comissão encarregada de elaborar o Regimento Interno foi o então Senador Fernando Henrique Cardoso (PMDB/SP). Porém, a lógica que norteou a estruturação do Regimento foi concebida pelo Deputado Nelson Jobim (PMDB/RS), que

8 CARVALHO, 2017, p. 136.

9 Ibid., p. 294.

10 Ibid., p. 291.

11 Ibid., p. 21.

12 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional** – Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 163.

assim justifica o modelo adotado: “Nós tínhamos 559 constituintes. Tiram os seis membros da mesa, ficaram 553. Aí o Dr. Ulysses disse ‘Os líderes, os cardeais, os caras que têm autoridade vão ser membros da Comissão de Sistematização’, que eu já tinha desenhado. Escolhemos os 49 nomes para essa comissão. Sobraram 504. Eu já tinha feito oito comissões, correspondentes aos oito títulos da Constituição. Cada comissão se subdividiu em três subcomissões. Cada comissão ficou com 63, 21 em cada subcomissão”.¹³

Uma novidade interessante, introduzida no Regimento Interno da Assembleia por iniciativa de Fernando Henrique Cardoso,¹⁴ foram as emendas populares, cuja apresentação “dependia da assinatura de 30 mil eleitores e do apoio de três entidades associativas ou de determinadas instituições públicas. Foram apresentadas, no total, 122 emendas populares, reunindo 12.277.323 assinaturas”.¹⁵ Segundo Fernando Henrique, aquilo representou “uma abertura para a sociedade. Os representantes iam defender, no Plenário, sem ser parlamentares”.¹⁶

Aliás, como registram Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, “a participação popular foi uma constante durante os trabalhos da constituinte e se deu também pela presença física nas dependências do Congresso. Estima-se que – afora parlamentares e servidores do legislativo – cerca de 10 mil pessoas transitavam em média, diariamente, pelo Congresso Nacional, representando os mais variados grupos sociais: trabalhadores e empresários, estudantes, aposentados, servidores públicos, índios, sem-terra, donas de casa etc.”¹⁷

Além da participação popular, também foi marcante a força dos lobbies, como registra Oscar Corrêa Junior, Deputado Federal pelo PFL de Minas Gerais e filho do

13 CARVALHO, 2017, p. 204. Aos 49 nove membros da Comissão de Sistematização se somariam os 24 relatores das subcomissões, os 8 presidentes e os 8 relatores das Comissões, totalizando 89 membros. Posteriormente o quórum foi ampliado para 93, a fim de que todos os partidos tivessem ao menos uma vaga.

14 Ibid., p. 127.

15 SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 165.

16 CARVALHO, op. cit., p. 127.

17 SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 167.

então Ministro do STF, Oscar Corrêa: “Não vamos ser românticos. Se há uma coisa que funcionou tanto pra A quanto pra B, C e D foram os lobbies. Pesaram muito”.¹⁸

1.4 O trabalho das comissões e subcomissões

Como o PMDB era o partido com o maior número de parlamentares, coube a ele a maioria das indicações para os postos-chaves das comissões e subcomissões, especialmente o de relator. E como Mário Covas, líder do PMDB, integrava a ala mais progressista do partido, tiveram preferência os constituintes que professavam o mesmo viés ideológico. Na avaliação de Souza Neto e Sarmiento, isso “deslocou os trabalhos nessa fase para a esquerda da composição mediana da Assembleia”.¹⁹

As disputas foram intensas e chegaram às vias de fato, como narra o Deputado José Lourenço, líder da bancada do PFL e autor do art. 5º, XXII, da Constituição de 1988 (“é garantido o direito de propriedade”): “Eles tinham maioria por um voto. E havia um senador do Mato Grosso, Saldanha Derzi, que me disse, eu como líder do PFL: ‘Deputado, nós não podemos deixar que eles fiquem com o controle da Comissão de Agricultura, porque aí vão entrar todas as emendas da esquerda para fazer reforma agrária’. No dia de uma votação importante eles estavam sem maioria, porque um tinha faltado. Como eu tinha um suplente do PFL, mandei que ele assinasse o livro e ficasse apto para votar. Eles vieram em cima. ‘Não pode!’ O Saldanha Derzi estava com um revólver 38mm, e me passou. Eu encostei no sujeito e disse: ‘Se der mais um passo eu...’”²⁰

Também houve fraudes em votações, como recorda o Deputado Marcelo Cordeiro (PMDB/BA) e primeiro secretário da mesa. As filmagens da Câmara dos Deputados registraram parlamentares votando em nome de outros. Porém, com o assentimento de Ulysses Guimarães, Cordeiro decidiu não divulgar o fato “para preservar a instituição. Porque aí colocava em xeque todas as votações”.²¹ “Era mais importante

18 CARVALHO, 2017, p. 250.

19 SOUZA NETO; SARMIENTO, 2014, p. 163.

20 CARVALHO, op. cit., p. 182.

21 Ibid., p. 387.

a nação concluir a sua Constituinte do que punir os transgressores”.²²

Concluídos os trabalhos das Comissões Temáticas e iniciados os da Comissão de Sistematização, seu relator, Bernardo Cabral, apresentou inicialmente um projeto com 501 artigos – apelidado de *Frankstein*²³ – posteriormente reduzido a 305.²⁴ O resultado, contudo, desagradou o Governo Sarney, os conservadores e as Forças Armadas.

Discutia-se, por exemplo, se as Forças Armadas teriam competência para intervir na ordem interna (atual redação do art. 142 da Constituição). Bernardo Cabral teria combinado com o Ministro do Exército, General Leônidas Pires Gonçalves, que sim, mediante requisição de quaisquer dos três Poderes. Porém, posteriormente teria alterado o texto. Informado por assessores, Leônidas, segundo relato do então Presidente José Sarney, teria mandado levar Cabral ao quartel-general do Exército: “Chegou lá, o Leônidas deu um acocho muito grande nele e disse o seguinte: ‘Você só sai daqui quando a Constituição estiver com o texto que nós combinamos’. Assim o Bernardo mandou fazer”.²⁵ Indagado se a posição contrária à intervenção do exército na ordem interna teria chance de passar, Leônidas foi enfático: ‘Não, porque eu não deixaria passar’”.²⁶

Superado este impasse, e após intensos debates, foi concluído o trabalho da Comissão de Sistematização, o qual recebeu tantas emendas que algumas foram parar literalmente no fundo de um armário, como conta o Professor Sérgio Ferraz, que assessorava o relator Bernardo Cabral: “Na véspera do último dia de trabalho da Comissão de Sistematização nos reunimos na casa do Bernardo, finalizando a última versão do projeto que seria finalmente levado a Plenário. Depois passamos no apartamento do Fogaça. De repente, chega o senador Humberto Lucena [presidente do Senado] com um pacote de cem, duzentas emendas. ‘Você não pode deixar de

22 CARVALHO, 2017, p. 389.

23 Ibid., p. 23.

24 SOUZA NETO; SARMENTO; 2014, p. 163.

25 CARVALHO, op. cit., p. 52.

26 Ibid., p. 65.

considerar essas aqui’, disse para o Bernardo. Ele entrou em desespero, não sabia o que argumentar, e aí me deu uma determinação: ‘Sérgio, encaixa isso no boneco do projeto’. (...). Encaixei, da maneira mais inacreditável. O Fogaça tinha uma estante na sala, com muitos livros. Eu peguei aquele pacote, botei por trás dos livros, e assim foram incorporadas as emendas do senador Humberto Lucena na Constituinte. (...). Solenemente ignoradas. Porque não havia mais tempo”.²⁷

Ao final, a Comissão de Sistematização aprovou a mudança para o regime parlamentarista e a redução do mandato de Sarney de 6 (seis) para 4 (quatro) anos, contra a vontade dele, que defendia o prazo de 5 (cinco) anos. Outros pontos controvertidos do texto que seguiria para o Plenário eram “a reforma agrária em terras produtivas, as regras sobre propriedade e livre-iniciativa, as limitações ao capital estrangeiro, o imposto sobre grandes fortunas, os instrumentos de democracia participativa e a amplitude dos direitos trabalhistas”.²⁸

Como sintetizou Luís Roberto Barroso, “na elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, prevaleceu a ala mais progressista do PMDB, liderada pelo Deputado Mário Covas, que produziu um texto ‘à esquerda do Plenário’: nacionalista, com forte presença do Estado na Economia e ampla proteção aos trabalhadores”.²⁹

1.5 A reação do Centrão e as votações em Plenário

A reação não tardaria. Pelo Regimento Interno então vigente, o texto aprovado na Comissão de Sistematização, composta por 93 Deputados, somente poderia ser alterado pelo voto da maioria absoluta do Plenário, ou seja, por 280 parlamentares. Entendendo que esse sistema conferia um peso desproporcional ao voto dos membros da Comissão de Sistematização em detrimento dos componentes do Plenário, um grupo de parlamentares, que ficou conhecido como *Centrão*, articulou, com o apoio do Governo Sarney, a alteração do Regimento. Segundo Nelson Jobim, idealizador do

27 CARVALHO, 2017, p. 314.

28 SOUZA NETO; SARMENTO, 2014. p. 166.

29 BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: **Temas de Direito Constitucional**, Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 17.

modelo original, “foi uma revolta justa. Eles tinham razão”.³⁰

Como essa alteração trouxe maior equilíbrio de forças no Plenário, mesmo porque a coesão do *Centrão* “não era tão sólida nem tão inabalável quanto de princípio se supunha”,³¹ a solução foi negociar. Parte desta negociação teria se dado de modo espúrio, por meio da oferta de concessões de rádio e televisão em troca de votos em assuntos que interessavam ao governo.

É o que afirma, por exemplo, o Deputado Luiz Alfredo Salomão (PDT/RJ): “O Sarney conseguiu os cinco anos de mandato subornando deputados com canais de rádio e televisão ou com outros favores do governo”.³² O fato é confirmado pela Deputada Maria de Lourdes Abadia (PFL/DF): “Me ofereceram uma rádio, para votar por cinco anos de mandato. (...). O ACM [ministro Antônio Carlos Magalhães, das Comunicações], na casa do Osório Adriano, que na época era o presidente do PFL do Distrito Federal. (...). Diretamente. Não só para mim, mas para outros do PFL, como o [Jofran] Frejat. Eu falei que não ia votar os cinco anos, porque achava que era muito tempo e que o Brasil estava precisando mudar”.³³

José Sarney nega: “Isso é uma balela. (...). Não precisava usar isso como barganha. Eu quero ver um deputado que tenha dito que eu pedi a ele pra votar em troca de televisão ou de rádio”.³⁴ O Deputado Theodoro Mendes (PMDB/SP) reconhece ter ganhado uma rádio, mas nega ter vendido o voto: “Ganhei uma concessão, mas não foi de presente, não vendi voto meu, nem nada”.³⁵ Foi nesse contexto que o Deputado Roberto Cardoso Alves, o *Robertão*, um dos líderes do *Centrão*, fez a célebre afirmação de que “é dando que se recebe”, numa exótica adaptação da terna Oração de São Francisco de Assis às práticas seculares do Brasil central.

30 CARVALHO, 2017, p. 207.

31 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989, p. 462.

32 CARVALHO, op. cit., p. 384.

33 Ibid., p. 272/273.

34 Ibid., p. 57.

35 Ibid., p. 424.

Outra forma de resolver os impasses entre as diversas correntes quanto à redação de algum dispositivo – o chamado “buraco negro”³⁶ – era o recurso a expressões ambíguas, a fim de alcançar a maioria. Um dos exemplos é o descanso semanal remunerado. Segundo Nelson Jobim, “o texto da esquerda queria ‘repouso semanal remunerado *obrigatoriamente* aos domingos’. A direita queria ‘repouso semanal remunerado, na forma de convenção ou contrato coletivo de trabalho’. A direita tinha razão, alguns trabalhos não podiam parar no domingo. E deu-se o impasse. (...). Então eu fiz uma redação, aprovada pela direita e pela esquerda, que está na Constituição: ‘[...] repouso semanal remunerado, *preferencialmente* aos domingos’. (...). Todo mundo aprovou”.³⁷

Outra forma de superar divergências foi constitucionalizar determinado tema, relegando sua regulamentação para norma infraconstitucional, como recorda Mozart Vianna, que foi secretário-geral da Câmara dos Deputados por 24 anos: “Essa foi outra grande jogada. Então a Constituição foi promulgada com 369 dispositivos a serem implementados”.³⁸ O Centro de Documentação e Informação da Câmara indica um número maior. Seriam 380 dispositivos passíveis de regulamentação, dos quais 263 já foram regulamentados. Passadas três décadas desde a promulgação da Carta de 1988, 117 de seus preceitos ainda carecem de regulamentação.³⁹

1.6 A promulgação da Constituição

E assim, ao final de 20 meses de efervescência de ideias e ideais, a Assembleia Nacional Constituinte foi concluída e a Constituição foi promulgada. “Não é a Constituição perfeita”, como reconheceu Ulysses Guimarães na sessão do dia 05 de outubro de 1988: “ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada”.⁴⁰

36 SOUZA NETO; SARMENTO, 2014. p. 168.

37 CARVALHO, 2017, p. 211.

38 Ibid., p. 332.

39 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos>. Acesso em 30/01/2018.

40 Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escreven-dohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em 30/01/2018.

Até 14 de dezembro de 2017 já eram 99 as emendas constitucionais. Em tom de blague, o Ministro Marco Aurélio, do STF, conta que são tantas as alterações que um cidadão entrou na livraria para comprar um exemplar da Constituição e o vendedor respondeu: “Desculpe-me, mas não temos. Não trabalhamos com periódicos”.⁴¹

Embora o número de emendas seja expressivo, muitas delas foram necessárias para adaptar o texto constitucional aos tempos atuais, o que de modo algum deslustra o trabalho do Congresso constituinte. Talvez o segredo da perenidade da Carta de 1988, que agora completa 30 anos, seja justamente a sua mutabilidade e a sua capacidade de adaptação às novas realidades. Como assevera Egon Bockmann Moreira, “a Constituição que hoje temos, felizmente, não é a ‘Constituição de 1988’ ou a ‘CF/88’, mas sim a Constituição do Brasil – um belíssimo diploma que, para se manter vivo, necessita de permanente compreensão reflexiva”.⁴²

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS AVANÇOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Atualmente, paira na sociedade brasileira um grande mal-estar em relação às instituições públicas e suas lideranças, o que se atribui especialmente à corrupção, ao desemprego e à falta de saúde e segurança públicas adequadas. Segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, publicada em 2017 sob o título *O Dilema do Brasileiro: entre a descrença no presente e a esperança no futuro*, 51% dos brasileiros deixariam o país se tivessem oportunidade e 38% dizem que sua vida está pior hoje do que há cinco anos. Ainda assim, 53% acreditam que a vida irá melhorar nos próximos cinco anos e 83% manifestaram esperança no Brasil.⁴³

41 HAIDAR, Rodrigo. Para o ministro Marco Aurélio Mello, Constituição virou periódico. Último Segundo, 16 nov. 2009. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/para-o-ministro-marco-aurelio-mello-constituicao-virou-periodico/n1237612438159.html>>. Acesso em 30/01/2018.

42 MOREIRA, Egon Bockmann. Os 29 anos da Constituição que não é a de 1988. Gazeta do Povo, 10 out. 2017. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/os-29-anos-da-constituicao-que-nao-e-a-de-1988-dg3pxpk2482z6dferlmluhlrt>>. Acesso em 30/01/2018.

43 RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.). **O dilema do brasileiro: entre a descrença no presente e a esperança no futuro**. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017. [recurso eletrônico]. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2017/10/FGV_DAPP_dilema_WEB_PORT_2017-10_25_DV.pdf>. Acesso em 30/01/2018.

Talvez a crença na efetivação dos valores constitucionais seja uma das raízes deste otimismo. Afinal, o Brasil é um país jovem. Começamos verdadeiramente em 1808, com a vinda da família real.⁴⁴ Nossa democracia constitucional é ainda mais recente e coincide com o advento da *Carta* de 1988. Ao longo desses quase trinta anos, produzimos avanços notáveis no campo do Direito Administrativo, o que repercute diretamente na vida do cidadão, embora nem sempre se perceba.

O art. 1º, III, da Constituição colocou a dignidade da pessoa humana como *fundamento* do Estado brasileiro. Naturalmente, isso reflete no Direito Administrativo, que, assim como os demais ramos do Direito, necessariamente deve passar por um processo de constitucionalização e de revisão de todos os seus institutos. Se antes o Direito Administrativo era visto como “o Direito da Administração Pública”,⁴⁵ hoje também atua como um Direito dos cidadãos,⁴⁶ assumindo a *dupla função* de “organizar a *autoridade* do poder e defender a *liberdade* dos cidadãos”.⁴⁷

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que a centralidade da dignidade da pessoa humana altera “a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais”,⁴⁸ tais como a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ou aos regulamentos internos; a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo; a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado. Marçal Justen Filho sufraga este pensamento, asseverando que, hoje, “o núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis”.⁴⁹

44 Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 480.

45 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 281.

46 ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos: com as alterações da lei anticorrupção (Lei 12.846/2013)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

47 AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. vol. I. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 157.

48 BARROSO, op. cit., p. 399.

49 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 140.

2.1 A consagração do devido processo legal, com direito ao contraditório e à prova também em âmbito administrativo

Uma das grandes novidades positivadas na Constituição de 1988 foi a consagração do direito ao contraditório e da ampla defesa também no processo administrativo, e não apenas no processo judicial. “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” (CF, art. 5º, LV). O acréscimo se deu por sugestão do advogado Siqueira Castro e por iniciativa do Professor Sérgio Ferraz, que era assessor do relator da Comissão de Sistematização, Bernardo Cabral.⁵⁰

É frequente a Administração Pública adotar medidas unilaterais contrárias aos interesses dos cidadãos, sem a sua prévia oitiva. Ainda mais comum é o cerceamento do direito de defesa e o indeferimento de pedidos de produção de provas em processos administrativos, amparada na inexistência de previsão legal.

Quanto ao primeiro aspecto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “O vocábulo *litigante* há de ser compreendido em sentido lato, ou seja, a envolver *interesses contrapostos*. (...). O contraditório e a ampla defesa, assegurados constitucionalmente, não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar. O dispositivo constitucional não contempla especificidade.”⁵¹

Sobre a ausência de previsão legal como fundamento para o indeferimento de provas, o STF entende que “assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como *direta emanção da própria garantia constitucional* do ‘due process of law’ (CF, art. 5º, LIV) – *independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado* –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - Abrangência da cláusula constitucional do ‘due process of law’, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a

50 CARVALHO, 2017, p. 315.

51 STF, 2ª Turma, RE n° 199.773/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 30/4/99.

compõem, o direito à prova”.⁵²

E prossegue: “O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a perseguição administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa”.⁵³

2.2 O acesso à informação

Ainda no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, XXXIII, da Constituição consagrou que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Apesar disso, impera em muitos setores da Administração Pública a cultura do sigilo, do segredo, como se os assuntos do Estado só interessassem aos governantes e aos membros da repartição. E como se a busca de informações por parte do cidadão fosse uma intromissão indevida em temas que não lhe dizem respeito.

Há não muitos anos, antes da repercussão do escândalo dos *Diários Secretos*,⁵⁴ na Assembleia Legislativa do Paraná era necessário solicitar por escrito e fundamentadamente o acesso a atos legislativos que deveriam estar publicados em diário oficial disponível a todos e na internet.

Felizmente o art. 5º, XXXIII, foi regulamentado pela Lei nº 12.527/2011, estabeleceu a “publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção” (art. 3º, I). Como consequência, deve haver “divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações” (art. 3º, II). Apesar da clareza destas normas, a cultura

52 STF, 2ª Turma, RMS nº 28517 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 02/05/2014.

53 Idem.

54 Diários Secretos. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/especiais/diarios-secretos>>. Acesso em 31/01/2018.

do sigredo ainda resiste, a ponto de o BNDES ingressar no Supremo Tribunal Federal invocando o sigilo bancário para não prestar informações solicitadas pelo Tribunal de Contas da União sobre operações financeiras realizadas com recursos públicos. Em lúcido julgado, a 1ª Turma denegou a ordem considerando que:

“4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.

5. O sigredo como “alma do negócio” consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao sub *judice*, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas”.⁵⁵

Mas o principal avanço produzido pela Lei nº 12.527/2011 é que ela fixa procedimentos e prazos para a solicitação e o fornecimento das informações, estabelecendo, ainda, que a recusa injustificada do agente público pode configurar infração disciplinar e ato de improbidade administrativa (art. 32). A depender da gravidade da conduta, o servidor pode ser condenado à perda do cargo.

2.3 A proibição do nepotismo

A vedação ao nepotismo é outro avanço derivado da Constituição e, em especial, do art. 37, *caput*, que consagra a moralidade com um dos princípios reitores da Administração Pública. De acordo com a Súmula Vinculante nº 13, “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa

55 STF, 1ª Turma, MS nº 33340/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ. 03/08/2015.

jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Este verbete representa uma verdadeira *revolução silenciosa* nos costumes públicos. Não se descarta que, até a edição desta Súmula, possivelmente havia familiares competentes e honestos prestando bons serviços à Administração. Mas a proibição do nepotismo, como regra, restabelece o princípio da igualdade de oportunidades, como é próprio dos regimes republicanos, onde as escolhas devem decorrer do mérito pessoal e não das relações de afeto. O fim do nepotismo coíbe desvios, protecionismo, privilégios e enfraquece a cultura do patrimonialismo, na qual “o espaço público é tido, sem a menor cerimônia, como extensão do privado”.⁵⁶

2.4 O controle judicial de políticas públicas essenciais

Graças à força normativa dos preceitos constitucionais, o Poder Judiciário tem determinado a efetivação de garantias constitucionais em casos nos quais se constata omissão estatal prolongada. É o caso, por exemplo, do atendimento em creche das crianças até cinco anos de idade.

Além do art. 227 da Constituição consagrar, “com absoluta prioridade”, o direito à educação das crianças, o texto constitucional repete em duas outras oportunidades o direito à creche (art. 7º, XXV e 208, IV). Apesar disso, é frequente a omissão do Poder Executivo em efetivá-lo com o discurso de que não dispõe de recursos suficientes (“a reserva do possível”). O Supremo reagiu vigorosamente a este argumento, assentando que:

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a

razões de puro pragmatismo governamental.

(...)

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.⁵⁷

Esse mesmo controle judicial de políticas públicas tem sido exercitado na efetivação do direito à saúde,⁵⁸ implantação da defensoria pública⁵⁹ e aprimoramento do sistema penitenciário,⁶⁰ entre outros.

2.5 A pavimentação do caminho em direção a uma sociedade livre, justa e solidária

Além dos exemplos acima citados, que constituem passos importantes na construção de uma Administração pública transparente, que atue de modo impessoal, respeite os direitos do cidadão e efetive os direitos sociais, outras iniciativas recentes estão contribuindo para pavimentar o caminho em direção a uma sociedade justa, livre e solidária.

No campo dos direitos políticos, tem-se a lei da ficha limpa (Lei Complementar nº 135/2010), que regulamenta o art. 14, §9º, da Constituição e estabelece os casos de inelegibilidade, “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”. Outra novidade positiva é a Emenda Constitucional nº 97/2017, que vedou a celebração de coligações eleitorais nas eleições proporcionais (deputados e vereadores) e *cláusulas de barreiras* para partidos políticos. Com isso, espera-se que haja sensível diminuição dos

57 STF, 2ª Turma, ARE nº 639337 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 15/09/2011.

58 STF, 1ª Turma, ARE nº 701353 AgR/RN, rel. Min. Luiz Fux, DJ. 12/09/2016.

59 STF, 2ª Turma, AI nº 598212 ED/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 24/04/2014.

60 STF, Pleno, ADPF nº 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 19/02/2016.

partidos sem programas ou ideologia, que apenas existem para ter acesso ao fundo partidário e ceder seu tempo de rádio e televisão às grandes legendas, em troca de cargos no futuro governo.

Em prol da probidade na relação entre o Poder Público e o mercado, houve a declaração de inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas⁶¹ e a edição da Lei nº 12.846/2013, conhecida como *Lei Anticorrupção*, que incentiva as empresas a implantarem programas de integridade, prevenindo a prática de atos ilícitos. A corrupção é um mal tão grave que não pode ser combatido apenas pelos Estados, sobretudo quando, das 100 maiores economias do mundo, 69 são empresas e só 31 são países.⁶²

O zelo na aplicação dos recursos públicos é objeto da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000). A eficiência na gestão das empresas estatais, até então dominada por grupos políticos e econômicos, é o objetivo da Lei nº 13.303/2016, que regulamenta o art. 173, §1º, da Constituição e estabelece o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Este diploma veda a utilização das estatais para fins eleitorais e impõe critérios técnicos para a nomeação dos seus administradores, os quais não podem estar vinculados a partidos políticos.

Por fim, deve ser saudado o advento da Lei nº 13.140/2015, que possibilita a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. A judicialização desnecessária, além de impor custos ao erário, asfixia o Poder Judiciário e conduz à eternização dos litígios. Consoante o magistério de Juarez Freitas, “urge ter *predisposição à resolução administrativa dos conflitos*”. Transcendendo o “nefasto fluxo de atitudes adversariais, cumpre, pois, estimular uma gestão pacificadora e ética, atenta à raiz das disputas e capaz de negociação levada a cabo com celeridade e transparência”.⁶³

61 STF, Pleno, ADI nº 4650/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ. 24/02/2016.

62 GALINDO, Cristina. Quando as empresas são mais poderosas que os países. El País, 08 nov. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html>. Acesso em 31/01/2018.

63 FREITAS, 2016, p. 222.

3. UMA ESPERANÇA: A SUPERAÇÃO DA CRÔNICA INEFICIÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO

Ao contrário do que as linhas acima poderiam sugerir num exame apurado, nem tudo são flores. A primeira parte do presente artigo dedicou-se a demonstrar um pouco do contexto em que fora concebida a nossa Constituição e, a segunda, os avanços institucionais havidos desde a sua promulgação. O país caminha na direção certa. E como diz o poema *Mude*, de Edson Marques, “a direção é mais importante que a velocidade”.⁶⁴ Mas é preciso apurar o passo.

Para tanto, um problema que deve ser enfrentado com absoluta prioridade, sobretudo porque o país atravessa uma grave crise econômica e fiscal, é a crônica e histórica ineficiência do Estado brasileiro, que alcança, sem exceções, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Basta dizer que as perdas da Petrobrás por falhas de planejamento foram muito superiores às decorrentes da prática de crimes em larga escala.⁶⁵

O Governo Federal gasta com o pagamento de servidores cerca de 39% de sua receita.⁶⁶ Nos Estados esse percentual sobe para, em média, 59%.⁶⁷ Estatísticas do IBGE revelam que a remuneração dos agentes públicos é maior do que a dos profissionais de empresas privadas.⁶⁸ Apesar disso, a experiência demonstra que, não

64 MARQUES, Edson. *Mude*. Disponível em: <https://www.pensador.com/autor/edson_marques/>. Acesso em 10/04/2018.

65 LANNOY, Carlos de. Petrobras divulga balanço; perda com corrupção chega a R\$ 6 bilhões. *Jornal da Globo*, 23 abr. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/04/petrobras-publica-balanco-e-perdas-totais-chegam-r-508-bilhoes.html>. Acesso em 31/01/2018.

66 ALVES, Murilo Rodrigues. Governo gasta 39,2% de suas receitas no pagamento de servidores públicos. *O Estado de S.Paulo*, 26 mar. 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-gasta-39-2-de-suas-receitas-no-pagamento-de-servidores-publicos,10000023309>. Acesso em 31/01/2018.

67 FERNANDES, Adriana; TOMAZELL, Idiana. Gasto com pessoal consome 60% da receita dos estados. *O Estado de S.Paulo*, 17 ago. 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-com-pessoal-consome-60-da-receita-dos-estados,70001939477>>. Acesso em 31/01/2018.

68 MÉDIA salarial de servidores públicos a chega a ser dez vezes a do setor privado. *Época Negócios*, 27 nov. 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2016/11/media-salarial-de-servidores-publicos-chega-ser-dez-vezes-do-setor-privado.html>>. Acesso em 31/01/2018.

raro, há órgãos sem funcionários capazes de, por exemplo, elaborar um edital que atenda às exigências da lei de licitações. Parcerias Público-Privadas, arrendamentos portuários e licenças ambientais simplesmente não saem do papel porque não há servidores em condições de desenvolver os complexos projetos e estudos que incumbem à Administração, lembrando bem-humorado o vaticínio de Milton Friedman: “Se você incumbir o governo federal de cuidar do deserto do Saara, em cinco anos faltará areia”.⁶⁹

Na obra *A Quarta Revolução: a corrida global para reinventar o Estado*, os autores John Micklethwait e Adrian Woolridge, da centenária revista inglesa *The Economist*, examinam o passado e o presente de diversos países da América, da Europa e do Oriente. E concluem que uma das formas de consertar o *Leviatã* consiste na instituição de mecanismos de competição no serviço público e no preenchimento dos altos cargos com base no mérito. Para tanto, é fundamental que o Estado ofereça meios para a qualificação dos seus agentes.

Na China, os servidores públicos devem passar por três meses de treinamento a cada cinco anos. Os cursos da Academia Chinesa de Liderança Executiva são frequentados por mais de 10 mil pessoas por ano. “Os temas variam desde aqueles que são relativamente simples, como a maneira mais conveniente de demolir casas para viabilizar projetos de infraestrutura, até os mais complexos, como o desenvolvimento de sistemas de aposentadoria e pensões mais equitativos”.⁷⁰ Apesar das inaceitáveis violações ao princípio democrático, aos direitos humanos e ao meio ambiente, o capitalismo de estado chinês ostenta impressionantes índices de crescimento. E os exemplos não se resumem a este, tendo a meritocracia produzido bons resultados na Austrália, Cingapura, Finlândia, Inglaterra e Suécia.

Urge, pois, dar efetividade às diretrizes da Reforma Administrativa, iniciada com a Emenda Constitucional no 19/98, e que, vinte anos depois, não passam de proclamações otimistas. Primeiro, regulamentando o art. 37, V, da Constituição, com

69 FRIEDMAN, Milton. Apud: MICKLETHWAIT, John; WOOLRIDGE, Adrian. **A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado**. São Paulo: Penguin, 2015, p. 85.

70 MICKLETHWAIT, John; WOOLRIDGE, Adrian. **A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado**. São Paulo: Penguin, 2015, p. 11.

a definição clara das condições e percentuais mínimos de preenchimento dos cargos em comissão por servidores de carreira. Invariavelmente, tais cargos são destinados a cabos eleitorais. Deve-se, ainda, instituir escolas de governo para formação e aperfeiçoamento na carreira, sendo a participação em seus cursos requisito para a promoção, como determina o art. 39, §2º, da Constituição. E, por fim, é imperioso implementar a avaliação periódica a que alude o art. 41, §1º, III, do texto constitucional, de tal forma que o desempenho reiteradamente insatisfatório possa levar mesmo do servidor estável à demissão.

Não por acaso, os órgãos que minimamente têm observado tais preceitos (Judiciário, Ministério Público e Polícia Federal) são hoje os principais responsáveis pelo combate à corrupção e pelo aprimoramento da gestão pública.

Somente com a instituição de um regime meritocrático no serviço público, que incentive o aprimoramento dos servidores, avalie o desempenho, premiando a eficiência e sancionando a displicência, poderá ser invertida a equação atual, pela qual o Estado exige cada vez mais dos cidadãos por meio de impostos e obrigações, oferecendo cada vez menos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. vol. I. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ALVES, Murilo Rodrigues. Governo gasta 39,2% de suas receitas no pagamento de servidores públicos. O Estado de S. Paulo, 26 mar. 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-gasta-39-2-de-suasreceitas-no-pagamento-de-servidores-publicos,10000023309>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988**: o Estado a que chegamos. In: Temas de Direito Constitucional, Tomo IV, p. 3-60. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: Segredos da Constituinte**. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

DIÁRIOS SECRETOS. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/especiais/diarios-secretos/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

FERNANDES, Adriana; TOMAZELL, Idiana. Gasto com pessoal consome 60% da receita dos estados. O Estado de S. Paulo, 17 ago. 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-com-pessoal-consome-60-dareceita-dos-estados,70001939477>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GALINDO, Cristina. Quando as empresas são mais poderosas que os países. El País, 08 nov. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html>. Acesso em: 31 jan. 2018.

H AidAR, Rodrigo. Para o ministro Marco Aurélio Mello, Constituição virou periódico. Último Segundo, 16 nov. 2009. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/para-o-ministro-marco-aureliomelloconstituicao-virou-periodico/n1237612438159.html>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

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

LANNoy, Carlos de. Petrobras divulga balanço; perda com corrupção chega a R\$ 6 bilhões. Jornal da Globo, 23 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/04/petrobras-publica-balanco-e-perdas-totais-chegam-r-508-bilhoes.html>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

MÉDIA salarial de servidores públicos a chega a ser dez vezes a do setor privado. Época Negócios, 27 nov. 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2016/11/media-salarial-deservidores-publicos-chega-ser-dez-vezes-do-setor-privado.html>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

MICKLETHWAIT, John; WOOLRIDGE, Adrian. **A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado**. São Paulo: Penguin, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os 29 anos da Constituição que não é a de 1988. *Gazeta do Povo*, 10 out. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colonistas/egon-bockmann-moreira/os-29-anos-da-constituicao-que-nao-e-a-de-1988-dg3pxpk2482z6dferlmluhlrt>>. Acesso em 30 jan. 2018.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.). O dilema do brasileiro [recurso eletrônico]: entre a descrença no presente e a esperança no futuro. Rio de Janeiro : FGV, DAPP, 2017. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/wpcontent/uploads/2017/10/FGV_DAPP_dilema_WEB_PORT_2017-10-25_DV.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos: com as alterações da lei anticorrupção (Lei 12.846/2013)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COMO MUNICÍPIOS DE MENOR ORÇAMENTO PODEM ELIMINAR OS LIXÕES, TRANSFORMANDO RESÍDUOS SÓLIDOS ORGÂNICOS EM ENERGIA

JAIRO PABLO ALVES DE CARVALHO

Engenheiro eletricista, doutorando em Engenharia Mecânica e de Materiais na UTFPR, Curitiba-PR. E-mail: americavend@gmail.com; jairocarvalho@alunos.utfpr.edu.br

CAROLINE DA ROCHA FRANCO

Advogada, membro do IPDA. Mestre em Políticas Públicas pela UFPR e Doutoranda em Planejamento e Governança Pública pela UTFPR, Curitiba-PR. E-mail: carolufpr@gmail.com. Site:carolineadv.com

NILCÉIA PEREZ RIBEIRO

Administradora, Mestre em Governança e Sustentabilidade pelo ISAE. E-mail: ribeironilceia@yahoo.com.br

ANDERSON CATAPAN

Doutor em Administração pela PUC-PR e Pós-doutor em Gestão pela UFP, em Portugal. É professor do Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Governança Pública na UTFPR, Curitiba-PR. E-mail: catapan@utfpr.edu.br

MILTON BORSATO

Doutor em Engenharia de Produção pela UFSC, Doutor em Engenharia de Sistemas Avançados de Produção pelo MuroranIT e Pós-doutor em Engenharia de Produção no NIST - EUA. É professor do Programa de Pós-Graduação em Engenharia Mecânica e de Materiais na UTFPR, Curitiba-PR. E-mail: borsato@utfpr.edu.br



1. INTRODUÇÃO

Nos países em desenvolvimento, o lixo orgânico doméstico é comumente destinado a lixões – onde são depositados diretamente sobre o solo, sem nenhum tratamento.¹ Como consequência, ocorre a contaminação do ar e do solo e a

1 RAMOS, N. F. et al. Desenvolvimento de ferramenta para diagnóstico ambiental de lixões de resíduos sólidos urbanos no Brasil. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 22, n. 6, p. 1233–1241, dez. 2017; e MONTEIRO, J. *Manual de gerenciamento integrado de resíduos sólidos*. 2001.

proliferação de doenças.² O Brasil possui quase 3 mil lixões, distribuídos em 1600 cidades, os quais afetam a saúde de 95 milhões de pessoas.³ Na Lei 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), o governo brasileiro traçou a meta de acabar com os lixões até 2014 (art. 54). No entanto, esse objetivo não foi atingido – em 2015, 41,3% do lixo foi descartado de maneira inapropriada, em lixões ou aterros.⁴ Em 2014, o Senado Federal aprovou o PL nº 425, que prorroga os prazos para até 2021.⁵

De acordo com o art. 30, V da Constituição da República e com o art. 26 da Lei nº 12.305 de 2010, o serviço de limpeza pública urbana e manejo dos resíduos sólidos é responsabilidade dos municípios. Contudo, 90% deles possuem menos de 50.000 habitantes e não têm capacidade de gerar recursos para custear as soluções tecnológicas disponíveis para o tratamento dos resíduos, nem possuem acesso a financiamento em organizações de fomento.⁶

O Tribunal de Contas da União-TCU, no acórdão 2512/2016, ressaltou a importância dos consórcios intermunicipais como possível solução à questão nesses municípios com menor número de habitantes. No entanto, nessa decisão o TCU também observou a dificuldade na celebração e manutenção de consórcios, pois elas exigem um arranjo institucional complexo, requerendo uma eficiente articulação entre os entes federativos, o que explica o pequeno número de consórcios formados até hoje.

Em revisão estruturada da literatura realizada por Carvalho e outros, constatou-

-
- 2 OLIVEIRA, T.; OLIVEIRA, T. F. Exposição às substâncias cancerígenas no ambiente de trabalho: ameaça a saúde dos catadores de lixo do Brasil. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 7, n. 2, p. 139-143, 25 set. 2013; UNNIKISHNAN, S.; SINGH, A. Resources , Conservation and Recycling Energy recovery in solid waste management through CDM in India and other countries. **Resources, Conservation & Recycling**, v. 54, n. 10, p. 630–640, 2010.
 - 3 BLAST ELAINE. Brasil tem quase 3 mil lixões em 1.600 cidades, diz relatório | Natureza | G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/2018/09/14/brasil-tem-quase-3-mil-lixoes-em-1600-cidades-diz-relatorio.ghtml>>. Acesso em: 23 set. 2018
 - 4 GREICE, R. et al. **Municipal solid waste in Brazil: a review**. 2017.
 - 5 A matéria encontra-se em análise na Câmara dos Deputados, que atua como revisora. Tramita como PL 2289/2015, cujo último parecer foi proposto em 25/11/2015. Foi aprovado o regime de urgência em abril de 2019, porém nada mais foi tratado desde então.
 - 6 FERREIRA, A. Management of municipal solid waste in municipalities of Paraná. **Revista Capital Científico - Eletrônica**, v. 16, n. 2, 2018; ABRELPE. Panorama Dos Resíduos Sólidos No Brasil 2016. Disponível em: <www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

se que o estudo de soluções para a mitigação dos problemas relacionados com a destinação do lixo doméstico é uma tendência.⁷ Considerando o gerenciamento do lixo como modelo de negócio, as pesquisas atuais abordam questões relacionadas ao retorno sobre o investimento em tecnologias comerciais de transformação do lixo em combustível ou sua caracterização para permitir melhor segregação e reaproveitamento de partes não combustíveis. Todavia, as pesquisas não abordam a problemática da falta de capacidade dos municípios em custear o investimento inicial necessário para a implantação das tecnologias disponíveis.⁸

A tecnologia a ser utilizada depende da composição do lixo gerado por sua população.⁹ Em países pobres e em desenvolvimento, a maior parcela do lixo é orgânica. No Brasil, o lixo orgânico representa 51,4% do total.¹⁰ Neste caso, os estudos realizados apontam como soluções mais viáveis os aterros sanitários e o uso de biodigestores para a produção de biogás.¹¹

A produção do biogás é importante tecnologia do saneamento ambiental. Pela sua queima, converte-se o metano (CH₄) em gás carbônico (CO₂) e água, evitando-se assim o lançamento na atmosfera de um gás 21 (vinte e uma) vezes mais causador do efeito estufa que o CO₂. Consiste em fonte energética versátil, pois pode ser adaptada à demanda. Isso porque pode propiciar tanto energia elétrica quanto reduzir custos com o uso de lenha, GLP (Gás Liquefeito de Petróleo) ou eletricidade.¹²

O objetivo desta pesquisa é analisar a viabilidade técnica e financeira de cooperação entre o setor empresarial e municípios brasileiros com orçamento reduzido, a fim de se atingir os objetivos e metas da PNRS para os resíduos orgânicos. O modelo

7 CARVALHO, J.; BASTCHEN, G.; BORSATO, M. Methods for supporting the prospection of opportunities and the feasibility analysis of the reuse of waste: opportunities and trends- a literature review. (X. Xu, M. I. Dessouky, R. Y. Zhong, Eds.) 48th International Conference on Computers & Industrial Engineering 2018 (CIE48). Anais. Auckland, New Zealand: Curran Associates, Inc. (2019), 2018.

8 Idem.

9 BEYENE, H. D.; WERKNEH, A. A.; AMBAYE, T. G. Current updates on waste to energy (WtE) technologies: a review. **Reinforced Plastics**, v. 24, n. March, p. 1–11, 2018.

10 GREICE, 2017.

11 BEYENE.; WERKNEH.; AMBAYE, op. cit.

12 CATAPAN, Anderson; SOUZA, Alceu; CATAPAN, Dariane Cristina; HARZER, Jorge Harry. Use of Biodigesters for the Generation of Electric Energy from Equine Waste in Brazil: An Analysis of the Financial Viability with the Use of Monte Carlo Simulation. **Aust. J. Basic & Appl. Sci.**, 7(14): 436-441, 2013.

escolhido foi o sistema produto-serviço (PSS), que é um modelo de negócio no qual os produtos e serviços estão tão bem integrados que é impossível dissociá-los.¹³ Nele, o produto pode ser usado por apenas uma fração do seu custo de compra, e o provedor provê todos os serviços necessários para garantir a funcionalidade do produto durante todo o seu ciclo de vida, tais como treinamentos ao consumidor, reposição de peças, etc.

O PSS representa solução potencial para mitigar os problemas que inviabilizariam o uso de biodigestores pelos municípios com menos habitantes e recursos financeiros. A pergunta de pesquisa é: “há viabilidade de uma proposta de negócio para o gerenciamento do lixo orgânico doméstico produzido num pequeno município que traga vantagens financeiras para o município e para o provedor do serviço”?

Este trabalho é organizado como se segue: a seção 2 descreve i) o critério usado para a seleção da cidade cujo caso seria tão representativo quanto possível do cenário dos pequenos municípios brasileiros e ii) o projeto da proposta de PSS para locação de biodigestores. A Seção 3 trata da viabilidade financeira e das barreiras regulatórias encontradas para a implementação da proposta, além da sugestão de trabalhos futuros. Finalmente, a Seção 4 apresenta as conclusões, ressaltando as principais descobertas deste trabalho.

2. CRITÉRIOS DE ESCOLHA DO MUNICÍPIO PARADIGMA PARA A ANÁLISE

Considerando que o objetivo é propor uma solução PSS para auxiliar municípios brasileiros a cumprirem com os requerimentos da PNRS, era necessário selecionar um município que fosse representativo do maior número de casos possível. O Brasil possui 5.570 municípios, cuja área varia de 3,5 km² a 159.000 km². Seu PIB per capita varia de R\$ 3,3 mil a R\$ 513 mil.¹⁴ Com tal diversidade é impossível selecionar um município “tipo”, que represente todos os demais. Consequentemente, buscou-se

13 Para maiores detalhes do modelo PSS, com framework detalhado em etapas, vide o trabalho completo em: CARVALHO, Jairo; RIBEIRO Nilceia; FRANCO, Caroline; CATAPAN, Anderso; BORSATO, M. A product-service-system proposal for municipalities in developing countries with tight budget to convert the organic waste in energy to eliminate dumps. *Waste Management Journal* **106**, 2020. p. 99–109. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.wasman.2020.03.022>>.

14 IBGE, Produto Interno Bruto dos Municípios. 2015. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9088-produto-interno-bruto-dos-municipios.html?edicao=9089&t=sobre>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

um que pudesse representar uma parte significativa do todo.

No Brasil, o maior custo associado ao gerenciamento do lixo é decorrente do seu transporte, e 83,4% dos domicílios são atendidos por coleta direta.¹⁵ No caso da adoção de biodigestores como parte da solução PSS, o lixo orgânico seria consumido onde é produzido, evitando o transporte. Portanto, quanto maior for a área territorial e mais dispersos estiverem seus moradores, maiores são as chances do projeto ser viável. Em relação ao PIB, quanto maior ele for, mais dinheiro o município terá para pagar pelas despesas com o gerenciamento do lixo orgânico. Adicionalmente, se o município for pequeno, a tarefa de modelar a solução será mais simples, tornando a avaliação mais fácil de realizar.

Com base neste critério, foi escolhido o município de Porto Amazonas, no estado do Paraná. Seu PIB per capita é de R\$ 20,3 mil, abaixo da média nacional, de R\$ 29,3 mil.¹⁶ Sua densidade populacional, de 24,19 habitantes/km², é superior a de 52% dos municípios brasileiros (está na posição 2770, da menor para a maior). O município totaliza 4.755 habitantes. Sua área territorial, de 186,6 km², é inferior a de 78% dos municípios. Portanto, os resultados obtidos pela avaliação do cenário de Porto Amazonas seriam indicativos de viabilidade potencial para municípios com menor densidade populacional e maior área territorial.

2.1 Dados do paradigma - Porto Amazonas-PR

Para a presente pesquisa, foram realizadas entrevistas no período de 06 a 09 de agosto de 2019 com gestores do órgão responsável no município de Porto Amazonas, apoiadas por questionário estruturado. As informações obtidas foram comparadas com i) os dados disponíveis no Caderno Estatístico de Porto Amazonas, elaborado pelo Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico - Iparde;¹⁷ ii) os dispositivos da Lei Municipal 1050/2016, que regula o convênio para uso do aterro

15 IBGE ; IFC. Resíduos Sólidos de Curitiba. Disponível em: <<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/86723b0049e2748d8a64abe54d141794/LAC+Brochura+Residuos+Solidos+de+Curitiba.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

16 Idem.

17 IPARDES, 2019. **Caderno Estatístico do Município de Porto Amazonas**. [s.l: s.n.]. Acesso em: 30 jun. 2019.

sanitário da cidade vizinha de Palmeira-PR; e iii) com um estudo de impacto ambiental realizado para um projeto de transmissão de energia para a região, realizado por uma empresa de consultoria.¹⁸

Durante a entrevista, todos os desvios relativos aos dados foram esclarecidos. Porto Amazonas possui cerca de 1.380 domicílios ocupados. A administração provê o serviço de coleta do lixo orgânico, o qual cobre toda a área urbana e 70% da área rural. Os cidadãos que ocupam a área rural têm que carregar seu lixo orgânico e depositá-lo em lixeiras coletivas localizadas nas proximidades de suas casas. Os outros 30% das casas na área rural possuem o hábito de queimar o lixo ou lançá-lo em valas, o que é proibido.¹⁹ Porto Amazonas também realiza a coleta de lixo reciclável, mas possui outra equipe e outro centro de custo para esse gerenciamento.

A cidade possui 82 estabelecimentos empresariais, incluindo indústrias, empresas de serviços e a administração municipal. Juntas, elas empregam cerca de 960 pessoas. A área urbana é atendida por um serviço de coleta semanal, no qual 4 toneladas de lixo orgânico são coletadas diariamente e enviadas a um aterro sanitário localizado na cidade de Palmeira, a 70 km de distância do centro. O município de Porto Amazonas paga R\$ 9.108,00 mensais pela entrega do lixo no aterro de Palmeira, conforme registra o convênio anexo à lei municipal de Porto Amazonas 1050/2016²⁰ de 17/08/2016.

Três empregados realizam o serviço de coleta de lixo orgânico, sendo um motorista e dois coletores, com salários mensais de, respectivamente, R\$ 2.200,00 e R\$ 1.200,00. O caminhão de lixo consome uma média de 1 litro para cada 4,5 km percorridos. São consumidos 500 litros de diesel por mês, ao custo de R\$ 3,36 por litro. Os custos são detalhados na Tabela 1.

18 GEOCONSULTORES. Estudo de Impacto Ambiental Visando o Licenciamento Ambiental Prévio para a implantação da linha de transmissão 525 KV Ponta Grossa, Bateias C1 e C2 - CS e Ampliação da SE 525/230 kV. **Bateias**. Vol. II. [s.l.: s.n.].

19 BRASIL, Lei nº 12. 305 de 02 de agosto de 2010. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

20 PORTO AMAZONAS, Prefeitura do Município. Lei Municipal no 1050, de 17 de agosto de 2016.

Tabela 1 – Custo com sistema de gerenciamento atual, mensal

Custo atual prefeitura	
Convênio aterro	R\$ 9.108,00
Salário motorista + encargos	R\$ 4.994,00
Salário catadores + encargos	R\$ 5.448,00
Diesel	R\$ 1.680,00
Caminhão com compactador de lixo de 6m ³ custo de aquisição	R\$ 300.000,00
Depreciação econômica do caminhão - valor mensal:	R\$ 2.500,00
Total:	R\$23.730,00

Fonte: os autores.

Porto Amazonas não conta com uma Central de Atendimento à População. Entretanto, a equipe de gerenciamento é aberta a ideias inovadoras e os empregados frequentemente recebem cursos de treinamento, sendo que alguns deles agem, mais tarde, como mentores de treinamento interno. Os respondentes não reportaram registros de insatisfação com o sistema atual de gerenciamento. Os moradores estão aculturados ao modelo e têm um perfil conservador. A atividade econômica predominante é a agricultura. São cultivados soja, milho, trigo, batatas e frutas. Todas essas culturas requerem o uso de fertilizante, que é um subproduto dos biodigestores.

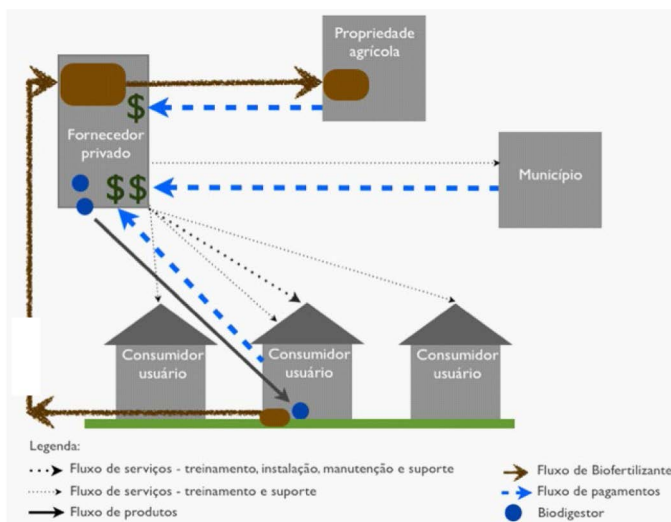
3. PSS: MODELO DE USO E PAGAMENTO

O modelo de negócio PSS para o caso consiste na locação de kits de biodigestores para o município. A administração do município será responsável pelo pagamento mensal do serviço de locação. Os biodigestores serão instalados nas casas dos usuários por meio de um contrato de comodato. O kit do produto inclui o biodigestor, o filtro de gás, um balão de acumulação, uma bomba de pressurização e um medidor de fluxo e consumo.

Como mostrado na Figura 2, o biogás produzido por um biodigestor será consumido na casa onde ele será instalado, e o consumo será cobrado pelo provedor do PSS. Os dois proprietários das casas adjacentes alimentarão aquele mesmo biodigestor, depositando seu lixo orgânico nele. Então, cada biodigestor processará o lixo

orgânico de três casas. Assim, a etapa de transporte do lixo orgânico por meio de caminhões será eliminada.

Figura 1 – Diagrama representativo do modelo PSS apresentado



Fonte: os autores.

Cada biodigestor é acompanhado de um filtro de H₂S. O filtro é instalado para evitar a corrosão dos fogões pelo gás, pois o H₂S é corrosivo. Ele também remove o mau cheiro característico do biogás, produzido pelo H₂S.²¹ A proposta inclui a conversão dos fogões para operarem com biogás, realizada por técnicos de um fornecedor privado.

As flechas pontilhadas pretas representam os fluxos de comunicação, incluindo o treinamento e o serviço. As flechas marrons representam o fluxo de biofertilizante. O provedor coletará o biofertilizante produzido por meio de um caminhão limpa fossa e o transportará para um tanque de armazenamento. Então ele será vendido para os fazendeiros localizados da região de Porto Amazonas.

O provedor fornecerá informações para os usuários sobre como alimentar os biodigestores, uma vez que os equipamentos não realizam o processamento de os-

21 AGEITEC, Agência Embrapa de Informação Tecnológica. Biogás. Disponível em : <<https://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/ agroenergia/arvore/CONT000fb123vn102wx5eo0sawqe3qf9d-0sy.html>>. Acesso em: 05.02.2020.

sos, plástico e outros materiais não orgânicos. Ele também realizará a manutenção dos biodigestores para remover materiais não processáveis e dará suporte técnico. O lixo não processado no biodigestor será coletado pelo serviço de coleta de lixo não orgânico, o qual é atualmente provido pelo município.

As flechas azuis na Figura 2 mostram as fontes de arrecadação do provedor. O município pagará para o provedor uma quantia de 10% a menos que aquela atualmente gasta no gerenciamento do lixo orgânico para a locação dos biodigestores. O provedor também venderá os biofertilizantes para os fazendeiros ao preço equivalente ao dos químicos fertilizantes, menos o custo do frete. O provedor irá ainda vender o gás produzido para as casas em que os biodigestores forem instalados, a um custo 40% inferior ao equivalente pago pelo GLP, para motivar os residentes a adotarem a tecnologia. Baixas temperaturas podem eventualmente estancar a produção de biogás, tornando o projeto inviável. Neste caso, foi verificado que o perfil anual de temperatura de Porto Amazonas é similar ao de Xanxerê-SC, outra cidade brasileira que tem algumas plantas de biogás funcionando há muitos anos.²² Então a produção de biogás nesta área é presumida como viável.

3.1 Análise de mercado – Biodigestor

Realizou-se pesquisa de mercado para que se identificassem os fornecedores de biodigestores, o produto e a empresa com o melhor perfil para compor a solução. Identificaram-se dois fabricantes nacionais e um importador de um fabricante estrangeiro. Por meio de entrevista, verificou-se que nenhum dos fornecedores possui serviços de suporte operacional ao usuário por técnicos de campo, nem está ciente dos problemas operacionais decorrentes da desinformação e/ou da falta de acompanhamento posterior do cliente, ambos identificados nas referências bibliográficas.

Assim, concluiu-se que considerar o fabricante como o provedor do PSS envolveria a transposição de barreiras culturais internas para mudar sua estratégia. Então, os autores decidiram considerar um cenário hipotético no qual uma terceira

22 SUINOCULTURA. Cresce o uso do biogás em Santa Catarina. Disponível em: <https://www.suinoculturaindustrial.com.br/imprensa/cresce-o-uso-do-biogas-em-santa-catarina/20030526-110403-0643>. Acesso: 05 Fev. 2020; CLIMATEMPO. Porto Amazonas - PR. Disponível em: <<https://www.climatempo.com.br/climatologia/4298/portoamazonas-pr>>. Acesso: 05 Fev. 2020; CLIMATEMPO. Xanxerê – SC. Disponível em: <<https://www.climatempo.com.br/climatologia/1447/xanxere-sc>>. Acesso: 05 Fev. 2020.

empresa compraria o produto mais adequado ao projeto e proveria a solução. Posto que os três produtos disponíveis no mercado são tecnicamente equivalentes, o critério para a seleção do melhor parceiro fornecedor foi o de preço de aquisição do kit do biodigestor. Nem todos ofereciam um kit completo. Então, o custo de aquisição dos itens não fornecidos por uma empresa foi adicionado ao preço do seu biodigestor para se obter um preço equalizado. A comparação entre eles é apresentada na Tabela 2. Com base neste critério, o produto do fabricante “A” foi selecionado.

Tabela 2 - Comparativo de preços do biodigestor

Fabricante	A	B	C
Capacidade do biodigestor	1m ³	1m ³	0,6m ³
Preço equalizado	R\$ 1.905,00	R\$ 2.691,00	R\$ 5.900,00

Fonte: os autores.

O critério de viabilidade para a administração de Porto Amazonas foi o de que o valor a ser pago deve ser menor do que o atualmente gasto com o gerenciamento do lixo sólido orgânico. Para os usuários finais, o critério para validação é que a proposta incentive a adotar a tecnologia por obter vantagem financeira n^o a economia no gasto com gás de cozinha. No Brasil, 98,4% das famílias utilizam o Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, para cozinhar.²³ A substituição do GLP pelo biogás depende de algumas adaptações técnicas do fogão, que foram contempladas na solução.

3.2 Viabilidade financeira do contrato

A análise de viabilidade verificará se, além de atender às necessidades dos consumidores, a proposta também é economicamente viável para o provedor.²⁴ O

23 SINDIGAS, 2019. Disponível em: <http://www.sindigas.org.br/novosite/wp-content/uploads/2019/02/Panorama-do-GLP_janeiro_2019.pdf>. Acesso em: 28 de ago. 2019

24 O critério de validação foi que a taxa interna de Retorno (TIR) do investimento deve ser maior que a taxa mínima de atratividade (TMA) determinada. A TMA foi fixada considerando um prêmio de risco de 0,27% aos mês sobre a maior taxa paga pelos fundos de renda fixa dos bancos, no Brasil, em Julho de 2019, a qual foi de 0,53% ao mês (CAIXA, 2019). Assim a TMA foi fixada em 0,6% ao mês, ou 9,6% ao ano. O Brasil tem taxas de juros altas, devido a sua economia relativamente instável.

investimento inicial necessário e as receitas e despesas que subsidiam o cálculo de viabilidade são mostrados na Tabela 3. O detalhamento com a origem dos valores descritos e a sua contabilidade podem ser obtidos no trabalho completo, publicado na Revista “Waste Management”, editora Elsevier, em abril de 2020.²⁵

Tabela 3 – Investimento inicial necessário – provedor PSS

Descrição	Quantidade / valor
Custo de infraestrutura	
Número de biodigestores para atender ao município	542
Custo biodigestor com acessórios	R\$ 2.265,00
Mão de obra - instalação, por equipamento	R\$ 100,00
Subtotal biodigestores - custo de equipamentos + instalação	R\$ 1.281.830,00
Caminhão limpa fossa ano 2012, revisado	R\$ 125.000,00
Tanque 500m3 (inclui custos com equipamentos, técnicos e aluguel de maquinário)	R\$ 14.607,00
TOTAL DE CUSTOS COM INFRAESTRUTURA	R\$ 1.421.437,00
Receitas mensais	
Aluguel de biodigestores	R\$ 21.375,00
Vendas de biogás	R\$ 11.382,00
Vendas de biofertilizante	R\$ 13.550,00
TOTAL DE RECEITAS MENSAIS	R\$ 46.307,00
Despesas Mensais	
Salários	R\$ 13.745,06
Despesas administrativas (eletricidade, água, telefone, internet, faturamento, combustível, etc.)	R\$ 1.200,00
TOTAL DE DESPESAS MENSAIS	R\$ 14.945,06

Fonte: os autores.

Porto Amazonas possui uma média de 3,28 pessoas por domicílio.²⁶

25 CARVALHO; RIBEIRO; FRANCO; CATAPAN; BORSATO, 2020.

26 IPARDES, 2019. Caderno Estatístico do Município de Porto Amazonas. [s.l: s.n.]. Acesso em: 30 jun. 2019.

Considerando a média brasileira de geração diária de 1,04 kg/habitante,²⁷ um biodigestor atenderia até 3 domicílios, baseado na sua capacidade de alimentação (10 quilogramas de lixo orgânico/dia). Assim, seriam necessárias 460 unidades para atender a todos os domicílios do município. Serão necessárias 82 unidades adicionais para atender aos estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços, totalizando 542 unidades (460 + 82).

A proposta assume que o provedor absorverá os empregados atualmente contratados pelo município para o serviço de coleta de lixo orgânico, pagando os mesmos salários. O preço do combustível e outras despesas administrativas foram considerados os mesmos do modelo atual. O provedor receberá R\$ 21.375,00 mensalmente. Este valor é equivalente a 10% a menos do que o custo atual de Porto Amazonas tem com o gerenciamento do lixo (R\$ 23.750,00 - Tabela 3).

Foi considerado um tempo de contrato de 6 anos, embora o fabricante informe que a vida útil prevista é de 10 anos. Considerou-se uma carência de 3 meses, no primeiro ano, relativa ao tempo para instalação e início de produção dos biodigestores. Para o fluxo de caixa acima, a taxa de retorno interna (TIR) calculada foi de 12,04%, a qual é superior à TMA (9,6%), indicando a viabilidade do projeto. O Payback Descontado é de 5,45 anos.

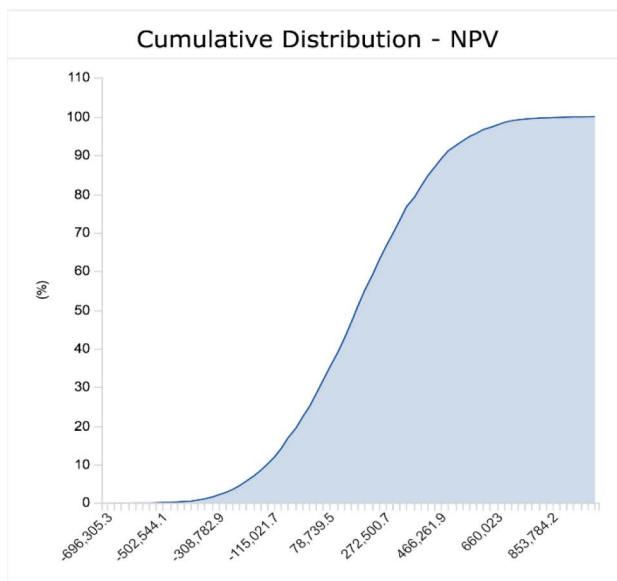
A produção de biogás pode alterar-se significativamente conforme a variação da composição do lixo, do tamanho das partículas componentes e da temperatura. Portanto, realizou-se a simulação de Monte Carlo,²⁸ considerando uma variação de até 25% para mais ou menos, para simular variações na produção de biogás (e consequentemente nas receitas). Ela também contemplou uma variação de +- 10% na despesa mensal e na receita. Assim, foi avaliado o impacto numa redução no preço da locação dos biodigestores de mais 10% (para 20%) sobre o valor atualmente gasto pela Prefeitura com o gerenciamento do resíduo sólido orgânico. A simulação foi feita

27 ABRELPE. Panorama Dos Resíduos Sólidos No Brasil 2016. Disponível em: <www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

28 A simulação de Monte Carlo é um modelo matemático probabilístico utilizado para embasar decisões e gerenciar riscos. Por meio de cálculos que estimam a chance de um evento futuro acontecer, são feitas diversas simulações para calcular probabilidade de acerto ou perda.

com 5.000 iterações. Os resultados são apresentados na Figura 2:

Figura 2 – Simulação de Monte Carlo – VPL – distribuição cumulativa de probabilidades



Fonte: os autores.

Os resultados mostraram que, pela implementação da proposta, a administração de Porto Amazonas poderia cumprir com a PNRS, atendendo a todos os cidadãos da área rural, e ainda economizar parte (10%) do seu orçamento atual. A simulação de Monte Carlo indicou 75% de probabilidade do provedor do PSS obter um retorno do seu investimento igual ou superior a da TMA estipulada (9,6% ao ano). Em outras palavras, há 75% de probabilidade de o projeto ser viável para o provedor, de acordo com o critério estabelecido. O gráfico da Figura 3 mostra que há 72% de probabilidade do resultado, no sexto ano, ficar entre 0 e R\$ 600 mil acima da TMA esperada (área azul após o 0 no eixo da abcissa).

Os resultados respondem a nossa questão de pesquisa, mostrando que há viabilidade financeira para o provedor privado ofertar a solução, e o negócio oferece um risco relativamente baixo para ele. Há também viabilidade financeira para a administração de Porto Amazonas, que reduziria seus custos atuais com o gerenciamento

do lixo orgânico e ainda cumpriria com a PNRS. Os resultados também são indicativos de viabilidade da solução PSS para os municípios brasileiros que apresentam cenários mais favoráveis (menor densidade populacional, maior área territorial e maior PIB per capita). Comparando-se com a cidade paradigma, 52% das cidades brasileiras têm menor densidade e 78% delas possuem maior área territorial.

A proposta também mitiga os problemas de falta de suporte adequado para a manutenção e o uso dos biodigestores, as quais foram apontadas pela literatura especializada como causadores de falha das soluções anteriores propostas.²⁹ O município de Porto Amazonas está localizado na parte sul (e mais fria) do Brasil. A maior parte das cidades brasileiras está localizada em áreas mais quentes, o que favorece a produção de biogás e também a viabilidade econômica. Entretanto, considerando que a viabilidade depende de outros fatores (orçamento disponível, cenário político, etc.), seria necessário avaliar cada caso antes de decidir-se pela sua implementação.

O governo brasileiro está apoiando o desenvolvimento da tecnologia do biogás por meio de um projeto conduzido em parceria com o governo alemão, denominado PROBIOGAS (GOMES, 2016). Através dos programas de informação, os fazendeiros estão gradualmente adotando a tecnologia e aceitando o uso dos biofertilizantes a partir do biogás em suas áreas de cultivo, o que favorece a implantação da proposta.³⁰

Entretanto, o real interesse de todos os fazendeiros em pagar e utilizar os biofertilizantes merece uma investigação mais aprofundada, o que poderia ser feito em

29 CLEMENS, H. et al. Africa Biogas Partnership Program: a review of clean cooking implementation through market development in East Africa. **Energy for Sustainable Development**, v. 46, p. 23–31, 2018; LWIZA, F. et al. Dis-adoption of Household Biogas technologies in Central Uganda. **Energy for Sustainable Development**, v. 37, p. 124–132, 2017; ORTIZ, W.; TERRAPON-PFA, J.; DIENST, C. Understanding the diffusion of domestic biogas technologies. Systematic conceptualisation of existing evidence from developing and emerging countries. v. 74, n. September 2016, p. 1287–1299, 2017.

30 Conforme demonstra a literatura: CIBIOGAS. Granja Haacke. Disponível em: <<https://cibiogas.org/portfolio-items/granja-haacke/>>. Acesso: 05 Feb. 2020; EMATER. Implantação do biodigestor em pequenas propriedades para produção de energia renovável, biofertilizante e no tratamento de dejetos da bovinocultura de leite. Disponível em: <http://www.emater.mg.gov.br/porta1.cgi?-flagweb=novosite_melhoracao_acoes_detalhes&id=349>. Acesso em: 05 Feb. 2020; EMBRAPA. Produtores rurais podem economizar energia produzindo biogás. disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/18736311/produtores-rurais-podem-economizar-em-energia-produzindo-biogas>>. Acesso em: 05 Feb. 2020.

trabalhos futuros. Outros fatores merecem investigação posterior, como a avaliação qualitativa do desejo dos proprietários das casas de hospedarem os biodigestores em suas casas, em troca do benefício de obterem 40% de redução nos custos com gás GLP, e a disposição dos políticos de mudar (ou cancelar) o contrato firmado para o uso do aterro de Palmeira.

Devido à crise que o Brasil tem enfrentado, muitas pessoas não mais puderam pagar pelo GLP. Então mudaram para a lenha, cuja queima gera fumaça, a qual irrita os olhos e danifica os pulmões.³¹ Se elas pudessem comprar o equivalente de GLP em biogás a um preço 40% inferior, sua qualidade de vida poderia melhorar.

4. PANORAMA REGULATÓRIO

O art. 6º, XXIV, da Lei nº 9.478/1997, define biocombustível como substância derivada de biomassa renovável, tal como biodiesel, etanol e outras substâncias estabelecidas em regulamento da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que pode ser empregada diretamente ou mediante alterações em motores a combustão interna ou para outro tipo de geração de energia, podendo substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil. O biometano oriundo de resíduos agrícolas e de aterros sanitários é considerado biocombustível. A sua produção e venda é regulada pelas Resoluções ANP nº 8 de 2015 (que estabelece a especificação do Biometano), nº 685 de 2017 e nº 734 de 2018 (que regulamenta o exercício da atividade de produção de biocombustíveis e a autorização de operação da instalação produtora de biocombustíveis).

Na Resolução ANP 685/2017 define-se o biometano como: “gás constituído essencialmente de metano, derivado da purificação do Biogás” (art. 2º, II). Nela a ANP também define o biogás como sendo o “gás bruto obtido da decomposição biológica de resíduos orgânicos” (art. 2º, I). Ou seja, em termos de processo, o biogás é anterior ao biometano.

31 BARBOSA, David. Um quinto das famílias brasileiras já usa lenha ou carvão para cozinhar. Caderno de Economia. Jornal O Globo online, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/um-terco-das-familias-brasileiras-ja-usa-lenha-ou-carvao-para-cozinhar-1-23682555>>. Acesso em: 04.07.2019.

Verifica-se que a ANP regula apenas a atividade de produção e venda de biometano. O biogás contém, além do metano, gases como o CO₂ e outros em menor proporção. Ela preconiza que o CO₂ deve ser removido do biogás e que somente o biometano seja vendido. No entanto, as tecnologias para filtragem do CO₂ são caras, e seu uso tornaria o modelo proposto inviável.³² Assim, como o biogás pode ser queimado diretamente, isso torna viável sua aplicação em fogões residenciais. Desse modo, a possibilidade de comercialização do biogás é importante para a viabilidade financeira do modelo.

Por isso, considerando que a cidade paradigma se encontra no estado do Paraná, Porto Amazonas tem acesso aos benefícios da Política Estadual do Biogás e Biometano aprovada pela lei estadual 19500/2018. Ela estipula a cadeia produtiva do biogás, do biometano e demais produtos e direitos derivados da decomposição de matéria orgânica (biodigestão), como o conjunto de atividades e empreendimentos ligados entre si por relações contratuais e que fazem parte de setores da economia que utilizam, produzem, geram, industrializam, distribuem, prestam serviços, transportam ou comercializam produtos e direitos derivados da biodigestão, inclusive de resíduos sólidos e efluentes. Referida disposição coincide com o modelo de negócio PSS proposto por esse estudo.

A política paranaense é mais avançada que a regulamentação da ANP, pois disciplina a produção e comercialização do biogás. A lei 19500/2018 especifica, em seu art. 2º, V, que o biogás é gás bruto obtido da decomposição biológica de produtos ou resíduos orgânicos. No seu art. 2º, X, possibilita que tanto a pessoa física quanto a jurídica possa produzir biogás a partir da decomposição de matéria orgânica e utilizá-lo diretamente ou comercializá-lo (art. 2º, X).

32 Uma planta de conversão e tratamento de biogás para produção de biometano, aplicável em aterros sanitários, considerada de pequena escala, demanda um investimento de 10 milhões de reais. Até o momento se tem ciência de soluções comerciais de pequena escala para atender biodigestores domésticos. (conforme BRASIL, Ministério de Minas e Energia. Nota técnica DEA 019/2018. Estudo sobre a Economicidade do Aproveitamento dos Resíduos Sólidos Urbanos em Aterro para Produção de Biometano. Agosto 2018. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-309/NT%20Biometano%20de%20Aterro%20vf%200192018.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019).

Aquela Lei determina ainda que as operações de produção e comercialização de biogás e de biometano submetem-se, caso necessário, à vistoria do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado do Paraná, que poderá estabelecer normas de segurança contra incêndios em regulamento próprio, segundo o potencial de risco. Isso aproxima e capilariza a fiscalização, que, além do âmbito federal (ANP), passa a também ser competência dos agentes estaduais. Com isso facilita-se a obtenção de registro, certificados de qualidade, entre outras documentações necessárias.

Por fim, a lei 19500/2018 inclui os empreendimentos e arranjos produtivos de biogás, biometano e demais produtos e direitos derivados da decomposição de matéria orgânica (biodigestão) como empresas de inovação tecnológica. Isso permite que o provedor PSS seja beneficiado com a concessão pelo Estado de incentivos fiscais, recursos financeiros, subvenção econômica, matérias ou infraestrutura, a serem ajustados em termos de regimes diferenciados de tributação, regimes especiais de transferência, cessão e utilização de créditos tributários, parceria, convênios ou contratos específicos, destinados a apoiar atividades de pesquisa e desenvolvimento no território paranaense. Isso, contudo, depende da regulamentação dessa Lei, que até o momento não foi feita pelo poder Executivo do Paraná.

Portanto, entende-se que a Política Estadual do Biogás e Biometano aprovada mediante a lei paranaense nº 19500/2018 se aplica ao estudo e permite o modelo PSS de negócio proposto. Salienta-se, no entanto, que até o momento não existe nos demais estados brasileiros uma norma que regulamente a venda do biogás. Nesse caso, incidem os regulamentos da ANP, que tratam do biometano. Em decorrência disso, há a necessidade de se trabalhar com o organismo regulatório para abrir o mercado nos demais estados, antes de se implementar o modelo, e evitar que a empresa lance uma oferta ilegal. Logo, antes da implementação real, o provedor do PSS deve apresentar sua proposta para a ANP e obter a aprovação. O que justifica esta mudança regulatória pela Agência Reguladora é não apenas o ganho ambiental, mas também os benefícios econômicos e sociais.

5. CONCLUSÃO

De acordo com a interpretação dos dados coletados, verifica-se que o projeto de negócio tratado neste estudo é potencialmente viável para ser implementado em municípios brasileiros com menor densidade populacional, maior área territorial e PIB per capita igual ou maior que o de Porto Amazonas, uma vez que apresenta um cenário mais favorável para sua viabilidade, assim como para municípios de outros países pobres e em desenvolvimento.

O presente trabalho demonstra que há viabilidade financeira do negócio baseado na locação de biodigestores para o gerenciamento do lixo orgânico doméstico, tanto para o município de Porto Amazonas, quanto para o provedor PSS. Com ele elimina-se a etapa de transporte do lixo orgânico por meio de caminhões e propicia-se redução de custo no gás para as casas que receberem os biodigestores.

Além disso, a solução proposta contribui para a implementação da PNRS, pois coaduna-se com o disposto no art. 8º, VI, daquela Política, o qual disciplina a cooperação técnica e financeira entre os setores públicos e privados para o desenvolvimento de novos produtos, processos e tecnologias de gestão que possibilitem o tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos.

Essa solução é tida ainda como exemplo de boa prática pelo Tribunal de Contas da União (TCU), e foi reconhecida como ecotécnica no Acórdão 2456/2016-TCU. Aquela corte de contas já identificou as dificuldades dos municípios com menos de 50.000 habitantes em atender às diretrizes da legislação sanitária. Entre elas, figura a dificuldade técnica e financeira de os municípios constituírem consórcios, eis que isso demanda arranjos institucionais complexos, notadamente em termos políticos.

A etapa de análise do macroambiente evidenciou também que a Política Estadual do Biogás e Biometano, aprovada mediante a lei paranaense nº 19500/2018, se aplica ao estudo e permite o modelo PSS de negócio proposto, visto que a cidade paradigma se localiza naquele estado. Salienta-se, no entanto, que até o momento não existe nos demais estados brasileiros uma norma que regulamente a venda do biogás. Assim, recomenda-se, devido às restrições particulares de cada município

ou estado, que a análise seja feita caso a caso. Sugere-se que isto seja realizado em trabalhos futuros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRELPE. Panorama Dos Resíduos Sólidos No Brasil 2016. Disponível em: <www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

BARBOSA, David. Um quinto das famílias brasileiras já usa lenha ou carvão para cozinhar. Caderno de Economia. Jornal O Globo online, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/um-quinto-das-familias-brasileiras-ja-usa-lenha-ou-carvao-para-cozinhar-1-23682555>>. Acesso em: 04.07.2019.

BEYENE, H. D.; WERKNEH, A. A.; AMBAYE, T. G. Current updates on waste to energy (WtE) technologies : a review. Reinforced Plastics, v. 24, n. March, p. 1–11, 2018.

BLAST ELAINE. Brasil tem quase 3 mil lixões em 1.600 cidades, diz relatório | Natureza | G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/2018/09/14/brasil-tem-quase-3-mil-lixoes-em-1600-cidades-diz-relatorio.ghtml>>. Acesso em: 23 set. 2018

BRASIL. Constituição (1988). Art. 30. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Lei nº 12. 305 de 02 de agosto de 2010. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Ministério do Meio Ambiente - MMA. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/politica-de-residuos-solidos>>. Acesso em: 23 set. 2018

CARVALHO, J.; BASTCHEN, G.; BORSATO, M. Methods for supporting the prospection of opportunities and the feasibility analysis of the reuse of waste: opportunities and trends- a literature review. (X. Xu, M. I. Dessouky, R. Y. Zhong, Eds.) 48th International Conference on Computers & Industrial Engineering 2018 (CIE48). Anais. Auckland, New Zealand: Curran Associates, Inc. (2019), 2018.

CATAPAN, Anderson; SOUZA, Alceu; CATAPAN, Dariane Cristina; HARZER, Jorge Harry. Use of Bio-digesters for the Generation of Electric Energy from Equine Waste in Brazil: An Analysis of the Financial Viability with the Use of Monte Carlo Simulation. **Aust. J. Basic & Appl. Sci.**, 7(14): 436-441, 2013.

CLEMENS, H. et al. Energy for Sustainable Development Africa Biogas Partnership Program: a review of clean cooking implementation through market development in East Africa. **Energy for Sustainable Development**, v. 46, p. 23–31, 2018.

FERREIRA, A. Management of municipal solid waste in municipalities of Paraná. **Revista Capital Científico - Eletrônica**, v. 16, n. 2, 2018.

GEOCONSULTORES. Estudo de Impacto Ambiental Visando o Licenciamento Ambiental Prévio para a implantação da linha de transmissão 525 KV Ponta Grossa, **Bateias C1 e C2 - CS e Ampliação da SE 525/230 kV. Bateias. Vol. II.** [s.l: s.n.].

GREICE, R. et al. **Municipal solid waste in Brazil: A review.** 2017.

IBGE, 2015. Produto Interno Bruto dos Municípios. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9088-produto-interno-bruto-dos-municipios.html?edicao=9089&t=sobre>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

IFC. Resíduos Sólidos de Curitiba. Disponível em: <<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/86723b0049e2748d8a64abe54d141794/LAC+Brochura+Residuos+Solidos+de+Curitiba.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

IPARDES, 2019. Caderno Estatístico do Município de Porto Amazonas. [s.l: s.n.]. Acesso em: 30 jun. 2019.

LWIZA, F. et al. Dis-adoption of Household Biogas technologies in Central Uganda. **Energy for Sustainable Development**, v. 37, p. 124–132, 2017.

MONT, O. Clarifying the concept of product–service system. *Journal of Cleaner Production*, v. 10, n. 3, p. 237–245, jun. 2002.

MONTEIRO, J. Manual de gerenciamento integrado de resíduos sólidos. 2001.

OLIVEIRA, T.; OLIVEIRA, T. F. Exposição às substâncias cancerígenas no ambiente de trabalho: ameaça a saúde dos catadores de lixo do Brasil. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 7, n. 2, p. Pág. 139-143, 25 set. 2013.

ORTIZ, W.; TERRAPON-PFA, J.; DIENST, C. Understanding the diffusion of domestic biogas technologies. Systematic conceptualisation of existing evidence from developing and emerging countries. v. 74, n. September 2016, p. 1287–1299, 2017.

PORTO AMAZONAS, Prefeitura do Município de. Lei Municipal no 1050, de 17 de agosto de 2016, 2016.

RAMOS, N. F. et al. Desenvolvimento de ferramenta para diagnóstico ambiental de lixões de resíduos sólidos urbanos no Brasil. **Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 22, n. 6, p. 1233–1241, dez. 2017.

SINDIGAS, 2019. Disponível em: <http://www.sindigas.org.br/novosite/wp-content/uploads/2019/02/Panorama-do-GLP_janeiro_2019.pdf>. Acesso em: 28 de ago. 2019.

UNNIKRISHNAN, S.; SINGH, A. Energy recovery in solid waste management through CDM in India and other countries. **Resources, Conservation & Recycling**, v. 54, n. 10, p. 630–640, 2010.

VISYOND. Disponível em: <<https://visyond.com/>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

POLÍTICA PÚBLICA COMO ESTRATÉGIA DE MOBILIDADE URBANA

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO

Pós-doc em Direito Político pela Universidade MACKENZIE/SP.
Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR.
Professor de Direito Administrativo na ESTÁCIO, UNIBRASIL e ESMAFE/PR.



1. INTRODUÇÃO

Honrado pela oportunidade de participar, em Curitiba/PR, do 10º Painel do XX CONGRESSO PARANAENSE DE DIREITO ADMINISTRATIVO, entre os dias 27 e 30 de agosto de 2019, uma realização do IPDA – Instituto Paranaense de Direito Administrativo, escrevo este artigo sobre ‘política pública como estratégia de mobilidade urbana’, por gentil convite da Coordenação Geral desta obra, representada pelos Professores Edgar Guimarães, Vivian Cristina Lima Lopez Valle e Adriana da Costa Ricardo Schier.

2. POLÍTICA PÚBLICA COMO ESTRATÉGIA

A palavra estratégia vem do grego *strategos* e significa literalmente “general”. Na literatura sobre Administração, porém, seu significado extrapola o conceito simplista de base militar. Compilando uma série de conceitos a respeito, Valdete Noveli RHODEN coloca que a estratégia pode ser considerada como um conjunto de regras de tomada de decisão para a orientação do comportamento de uma organização e que envolve padrões, processos e metas. Nesse contexto, a estratégia tem sete características específicas e seu conceito é abstrato:

- 1) as estratégias nem sempre resultam em ações imediatas, assim, 2) a estratégia deve gerar projetos estratégicos por meio de um processo de busca; 3) a estratégia é desnecessária quando historicamente a dinâmica organizacional a leva aonde ela quer ir (objetivo); 4) a estratégia baseia-se em informações agregadas, incompletas e incertas

sobre as alternativas disponíveis; 5) o uso apropriado da estratégia exige “feedback estratégico”, ou seja, tanto a escolha quanto o resultado da decisão devem gerar o mínimo ou nenhuma dúvida; 6) os objetivos são os fins e a estratégia é o meio para se atingir os fins; e 7) as estratégias e os objetivos são intercambiáveis, ou seja, há uma relação hierárquica: os elementos da estratégia num nível gerencial mais elevado transformam-se em objetivos em níveis mais baixos.¹

Uma decisão estratégica é um processo complexo e dinâmico de relações entre fatores econômicos, financeiros, tecnológicos, administrativos, políticos, sociológicos, culturais e psicológicos que influenciam a escolha do caminho a seguir para alcançar uma ou mais metas da empresa. Esses fatores são expressões da razão, dos sentimentos e emoções, com espaço possível para a intuição.² Nesse ambiente, pode-se dizer que são formas de se pensar em estratégia:

1) estratégia enquanto plano – também chamada de estratégia pretendida. É a definição que percebe a estratégia enquanto uma direção, um guia ou um curso de ação para o futuro. É considerada uma definição clássica, lato sensu. 2) estratégia enquanto padrão – também chamada de estratégia realizada, denota uma consistência de comportamento no tempo, ou seja, algo que já vem sendo feito e que, possivelmente, vem dando resultados positivos e está incorporado ao comportamento. 3) estratégia enquanto posição – enfatiza o posicionamento. É a busca pelo nicho em que se encontra. Geralmente, diz respeito a uma posição que lhe dê condições para se sustentar e se defender. 4) estratégia enquanto perspectiva – diz respeito às pretensões, do que gostaria de ser e como visualiza as situações. Geralmente, relacionada a sua ideologia e percepções internas/externas. 5) estratégia enquanto truque – destaca as manobras específicas para enganar o concorrente ou oponente. Geralmente, relacionada a jogos ou situações de embate, como guerra.³

-
- 1 RHODEN, Valdete Noveli. Estratégia enquanto prática e os lapsos conceituais. **REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 254-255, set./dez. 2010.
 - 2 LEITÃO, Sergio Proença. A decisão estratégica: um teste conceitual. **RAP – Revista Brasileira de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 4, p. 839, jul./ago. 2003.
 - 3 OLIVEIRA, Edi Carlos de; TATTO, Luiz. Uma leitura sobre a percepção de autores em relação aos conceitos de estratégia. **REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 60-62, jan./abr. 2012.

Pode uma política pública ser meramente simbólica, sem qualquer eficácia para solucionar o problema ao qual se propôs resolver, tendo em vista apenas dar satisfação à sociedade?⁴ A natureza do processo de escolha estatal, por vezes eminentemente política, não permite a aplicação exclusiva da lógica de meios e resultados, porém, esta constatação não elide a valorização da adoção de estratégias eficientes de parte do administrador público, inclusive quando da escolha da estrutura que será escolhida com vistas aos resultados pretendidos.⁵

Para definição das ações estatais voltadas à concretização dos direitos fundamentais, mostra-se importante que se avalie os efeitos de tais ações, a fim de escolher as que produzam resultados mais consentâneos com o escopo da máxima efetivação dos direitos fundamentais. Para adequada avaliação de tais efeitos, vislumbra-se importante a interdisciplinaridade na análise das ações estatais, em especial das suas instituições jurídicas, permitindo que a Ciência jurídica dialogue com áreas de conhecimento inseridas diretamente no âmbito social, tais como a Sociologia, a Antropologia, a História, a Filosofia e a Economia, a fim de entender melhor a realidade perante a qual serão aplicadas as leis, decisões judiciais e demais atuações estatais.⁶

Em outras palavras, a viabilidade de estratégias de desenvolvimento se vincula à construção de um projeto nacional, sem que necessariamente isso signifique nacionalismo, em seu sentido clássico. Na realidade, *nacional* se refere, em primeiro lugar, a um projeto que conte com o consenso de atores representativos; e, por outro lado, que renuncie às políticas impostas por organismos multilaterais ou países centrais e formule caminhos de desenvolvimento mais condizentes com sua própria realidade.⁷

4 EMERIQUE, Lilian Balmant. Considerações sobre a orientação das políticas públicas de combate à pobreza na perspectiva de direitos humanos. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 201, jan./jun. 2013.

5 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SCHWANKA, Cristiane. Eficiência e gestão: do agir ao controle na atividade interventiva econômica estatal. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 54-65, fev. 2013.

6 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 312-313, jan./jun. 2012.

7 BOSCHI, Renato Raul; DINIZ, Eli. Brasil. Uma nova estratégia de desenvolvimento? In: BRESSER-PEIREIRA, Luiz Carlos. **O que esperar do Brasil?** Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 7.

É possível compreender como políticas públicas as ações que nascem do contexto social,⁸ mas que passam pela esfera estatal como uma decisão de atuação pública numa realidade social, quer seja para fazer investimentos ou para uma mera regulamentação administrativa. Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil.⁹

Numa tentativa de leitura próxima do Direito, política pública, para Maria Paula Dallari BUCCI, é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, que visa coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹⁰ Para Felipe de Melo FONTE, políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública.¹¹

Nesse ambiente, é possível compreender como políticas públicas as ações que nascem do contexto social, mas que passam pela esfera estatal como uma decisão de atuação pública numa realidade social, quer seja para fazer investimentos ou para uma mera regulamentação administrativa. Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil.¹²

Apesar de abordagens diferentes, as definições de políticas públicas assumem, em geral, uma visão holística do tema, uma perspectiva de que o todo é mais importante do que a soma das partes e que indivíduos, instituições, interações, ideo-

8 DYE, Thomas R. **Understanding public policy**. 14 ed. Boston: Pearson, 2014, p. 43.

9 BONETI, Lindomar Wessler. **Políticas públicas por dentro**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 74.

10 BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 225-260.

11 FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

12 BONETI, op. cit., p. 17-18.

logia e interesses contam, mesmo que existam diferenças sobre a importância relativa destes fatores.¹³

A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz. A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes. A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras. A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados. A política pública, embora tenha impactos no curto prazo, é uma política de longo prazo. A política pública envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação.¹⁴

Aqui, uma ressalva importante: apesar de a política pública envolver o cidadão comum na cumplicidade da manutenção do sistema e/ou do grupo governante, nem sempre assegura que a atuação do Estado na realidade social vai se dar apenas de forma a satisfazer uma carência sentida por todos os segmentos sociais, mas também para satisfazer interesses de grupos sociais diversos.¹⁵ Isso acontece porque não é somente o Estado e suas instituições que influenciam as decisões sobre políticas públicas. Em sociedades democráticas, nas palavras de Celina SOUZA, grupos de interesses organizados, que representam tanto a sociedade como o mercado, também exercem poder de influência, de veto ou de apoio. Em outras palavras, as políticas públicas são condicionadas às interrelações entre Economia, sociedade e política.¹⁶ Daí a importância da compreensão de funcionamento dos arranjos institucionais.

O método de institucionalização oferece vantagens antes não encontradas em outras estratégias de desenvolvimento, anteriores ao contexto do início do século XXI. A superioridade de uma estratégia baseada na indução de mudanças sociais por meio

13 SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 25, jul./dez. 2006.

14 *Ibid.*, p. 36.

15 BONETI, 2011, p. 52

16 SOUZA, Celina Maria de. Apresentação. Estado e políticas públicas: de que estamos falando? **RECP – Revista Eletrônica de Ciência Política**, Curitiba, v. 4, n. 1-2, p. 9-10, 2013.

de organizações, sobre aquela baseada em mudanças induzidas por indivíduos, pode ser assim explicada:

1) as organizações podem mobilizar recursos humanos, físicos e tecnológicos que lhes permitem alcançar, da maneira mais racional possível, objetivos comumente aceitos; 2) existência de uma organização proporciona uma base estável para a interiorização de participantes internos e externos, dos valores e atitudes necessários à consecução dos objetivos visados; 3) as organizações possuem maior capacidade para superar forças negativas internas e externas por meio de mecanismos adaptadores e controladores que lhes permitem continuar a operar de maneira íntegra e influente no meio ambiente.¹⁷

O traço a destacar no arranjo institucional é seu caráter sistemático, de ordem, que atua, em grande medida, à coesão proporcionada basicamente pelos instrumentos jurídicos. No ambiente caótico da multiplicidade de normas e estruturas, o arranjo institucional se configura como ordem definida que permite visualizar seus contornos, distinguindo-o do ambiente de normas e decisões circundante. E o caráter sistemático das políticas públicas é o que possibilita enfrentar a fragmentação ou desarticulação da ação governamental, evoluindo no sentido do desenvolvimento.¹⁸

Esses arranjos, geralmente, são classificados entre: complexos e promotores: 1) os arranjos institucionais complexos, ao somarem atores aos momentos de formulação e avaliação das políticas, permitem compreensões mais abrangentes da realidade, o que significa, do ponto de vista do provimento dos serviços, uma maior capacidade de leitura de mercado. Entretanto, como exposto acima, a permanência de entraves no campo da implementação e da operação dos serviços, reduzindo a eficiência das ações públicas, atua como fator que restringe o alcance dessa ampliação dos serviços. Os novos arranjos institucionais não são, por si só, suficientes para ampliar o alcance das políticas públicas, de forma a atender às demandas reprimidas

17 PINTO, Aluizio Loureiro. A institucionalização organizacional como estratégia de desenvolvimento. **RAP – Revista Brasileira de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 21, jan./jun. 1969.

18 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250-251.

em um ritmo acelerado;¹⁹ 2) os arranjos institucionais promotores de alta capacidade política podem induzir revisões, mudanças e a introdução de novidades (novos objetivos, processos e instrumentos) não previstas no desenho original das políticas. Por sua vez, os controles burocráticos não se apresentaram como obstáculo para a implementação de políticas públicas.²⁰

La definición de la estrategia estatal legítima es el resultado de la movilización de ciertos actotes, públicos y privados, con intereses contradictorios. Las políticas públicas son el resultado de estas movilizaciones; por eso la evaluación de las políticas públicas se constituye en una puerta de entrada para la comprensión del Estado y de sus relaciones con la sociedad.²¹

Em outras palavras, mais do que uma decisão política, a implementação de uma política pública exige uma multiplicidade de ações estrategicamente selecionadas. Logo, quando seu alcance é definido pelo caráter imperativo de que ela é dotada, ou revestida, levando em conta as contradições que permeiam a dinâmica entre o planejamento e a sua execução, evidencia-se um dilema de fundo que é a ausência de foco ou do estabelecimento de opções e hierarquias entre as muitas políticas setoriais que são acolhidas sob o discurso do desenvolvimento.²² Para atingir objetivos complexos e, simultaneamente, para lidar com os problemas de escassez de recursos das mais diversas ordens, o Estado, assim como o indivíduo, é obrigado a agir de modo racional e estratégico, fazendo considerações sobre o futuro.²³ E, para isso, levanta-se

19 LOTTA, Gabriela Spanghero; VAZ, José Carlos. Arranjos institucionais de políticas públicas: aprendizados a partir de casos de arranjos institucionais complexos no Brasil. **RSP – Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 66, p. 190, 2015.

20 GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho. Análise comparativa: arranjos de implementação e resultados de políticas públicas. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho. (Org.). **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2014, p. 374.

21 DEUBEL, André Noel Roth. **Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación**. Bogotá: Aurora, 2002. p. 25.

22 ROCHA NETO, João Mendes da; BORGES, Djalma Freire. As assimetrias entre as políticas setoriais e a política de planejamento regional no Brasil. **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1645-1646, dez. 2011.

23 MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 10, jul./set. 2011.

como meio estratégico o canal das políticas públicas.

O conceito de políticas públicas é variável. Historicamente explicado pela inexistência de distinção entre os conceitos de *politics* e *policy* em países de língua latina como Brasil, Itália, Espanha e França, que tratam ambos por uma só denominação: política. *Politics* se refere ao exercício e manutenção de poder sobre o homem, que é frequentemente um processo conflituoso, enquanto *policy* tem uma dimensão mais concreta, orientada para ação e decisão, com a imposição de objetivos e metas. Em português, a expressão *política pública* está relacionado a essa segunda concepção de *política*, já que versa sobre o conteúdo das decisões políticas e sobre o processo de construção e atuação dessas decisões.²⁴

Definições de políticas públicas que concentraram o foco no papel dos governos deixam de lado o seu aspecto conflituoso e os limites que cercam as decisões desses governos. Deixam também de fora possibilidades de cooperação que podem ocorrer entre os governos e outras instituições e grupos sociais.²⁵

As políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir prioridades vinculantes da Constituição, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.²⁶ Política pública deve ter a abordagem multicêntrica. E, nesse ambiente, política pública vai além da perspectiva de políticas governamentais, na medida em que o governo, com sua estrutura administrativa, não é a única instituição a servir à comunidade política, isto é, a promover políticas públicas.²⁷

24 SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 1-2.

25 SOUZA, 2006, p. 25.

26 FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Sequência**, Florianópolis, n. 70, p. 123-124, jun. 2015.

27 HEIDEMANN, Francisco Gabriel. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. HEIDEMANN, Francisco Gabriel; SALM, José Francisco. (Org.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. 3. ed. Brasília: UnB, 2014, p. 31.

Não se pode descurar que é por meio de políticas públicas coletivas que a Constituição brasileira pretende que sejam realizados e garantidos os direitos fundamentais sociais. Por óbvio, são direitos que dizem respeito a toda a sociedade, considerada em sua forma coletiva e não apenas de garantias de direitos individuais, e por isso a necessidade de políticas macro para sua realização, dando-se conta das necessidades do povo, bem como da capacidade do Estado.²⁸

Propósito “original”: melhorar a qualidade das decisões e garantir a maximização da consecução dos objetivos definidos pelas políticas e programas. Das ‘condições mínimas de satisfação’ às ‘condições máximas de satisfação’. O sucesso de uma política pública relaciona-se ao grau de conhecimento que se detém sobre o seu objeto, o que tende a maximizar a viabilidade de implantação de programa de ação governamental, ao mesmo tempo em que sua eficácia está vinculada ao grau de articulação de seus atores (poderes e agentes públicos).²⁹ A mudança de paradigmas é clara nas políticas públicas implementadas pelos governos dos últimos 15 anos, transparecendo um esforço constante em conciliar os valores próprios de vetores ideológicos opostos.³⁰

3. MOBILIDADE URBANA E POLÍTICA PÚBLICA NO DIREITO À CIDADE

A arte e a coragem na Administração Pública Municipal (que conectam o direito das cidades, o futuro da mobilidade urbana e as tendências para o saneamento público) partem da premissa de que as políticas públicas e os processos de desenvolvimento têm aspectos bastante dinâmicos em suas trajetórias históricas. Cada sociedade reconhece – ou tenta reconhecer – seus problemas, propondo soluções de acordo com suas capacidades. Isso significa dizer que tais processos constituem, em cada sociedade, políticas com maior ou menor abrangência e com características

28 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 72, jun. 2012.

29 SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 66, jul. 2012.

30 PAMPLONA, Danielle Anne; STRAPASSON, Karoline. A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil. *RBPP – Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 49, jul./dez. 2014.

próprias, estando, na maior parte do tempo, em construção ou em reforma.³¹

O conhecimento da melhor escolha da sociedade é o valor fundamental para o processo de desenvolvimento. A teoria da escolha social tem de ser revivida, mas sob um enfoque absolutamente novo. Trata-se de propugnar por um absoluto relativismo dos resultados econômicos e levar adiante uma tentativa de descoberta dos valores próprios da sociedade que possibilitem seu conhecimento e transformação.³²

Considerando-se o Direito à Cidade, o Brasil tem o privilégio de possuir, ao mesmo tempo, três poderosas frentes de expansão, três “motores” do desenvolvimento, um conjunto que poucos países do mundo possuem: 1) um amplo mercado interno de consumo de massa – que será tanto mais amplo quanto melhor vier a ser a distribuição da renda – e também uma estrutura produtiva potencialmente capaz de vir a realizar localmente boa parte da produção em larga escala correspondente, nos setores primários, industriais e de serviços, sem prejuízo de ampliar as exportações; 2) uma forte demanda nacional e mundial por seus abundantes recursos naturais; e, 3) perspectivas favoráveis quanto à demanda estatal e privada por investimentos em infraestrutura (econômica e social).³³

O que se vem de dizer aplica-se ao caso de políticas públicas de consumo ético que se queiram realizar por meio de normas legais de estímulo a esse consumo. A análise econômica convida a considerar a influência das normas sociais sobre os consumidores a fim de chegar a previsões mais seguras acerca do efeito de decisões legislativas destinadas à promoção do consumo ético, mas também faz pensar em estratégias para lograr tal resultado de maneira indireta, mediante a “manipulação” das referidas normas.³⁴

31 CASTRO, Jorge Abrahão de; OLIVEIRA, Márcio Gimene de. Políticas públicas e desenvolvimento. In: MADEIRA, Lúgia Mori. (Org.). **Avaliação de políticas públicas**. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014, p. 22.

32 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento: novos temas**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 19-20.

33 BIELSCHOWSKY, Ricardo Alberto. Estratégia de desenvolvimento e as três frentes de expansão no Brasil: um desenho conceitual. **Texto para Discussão**, Rio de Janeiro, IPEA, v. 1828, p. 7, jul. 2013.

34 ZANITELLI, Leandro Martins. Direito e consumo ético: uma comparação entre a análise econômica das normas sociais e a teoria do comportamento planejado. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 27-61, jul./dez. 2010.

A maior parte desses conceitos está associada à permanência da própria empresa, atrelando a *sustentabilidade* ao atendimento dos interesses dos acionistas, às estratégias para o aumento do número de clientes e serviços, ao bom relacionamento com os *stakeholders*, à redução dos riscos, ou ao aumento da rentabilidade da organização. Mesmo quando foram percebidas preocupações mais coletivistas, não houve clareza sobre como tais posicionamentos poderiam trazer benefícios para todas as formas de vida de maneira sustentável. Além disso, em nenhum dos casos houve esclarecimento sobre como os impactos da organização sobre o ambiente como um todo (incluindo o social) poderiam ser mantidos ao longo do tempo, sem prejudicar outras espécies ou grupos sociais.³⁵

Em outras palavras, seria dizer: a proposta do diagnóstico socioambiental, além de garantir aderência às normas do ordenamento jurídico vigente, alavanca estratégias que permitem aprimorar a qualidade de produtos, incrementar a competitividade, satisfazer o consumidor, bem como atender às expectativas de uma ‘sociedade exigente’.³⁶ Nesse sentido, concorda Vanice Regina Lírio do VALLE, para quem o conceito de *sustentabilidade* – com sua raiz verdadeiramente moral – transcende os limites da atuação estatal, e se vê cogitado pelo mercado, que já externa, há algum tempo, preocupações com a responsabilidade socioambiental das empresas.³⁷

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De toda forma, o reconhecimento de que a *sustentabilidade* de uma ação estatal, pautada pelo Direito à Cidade, é de contemplar uma eficiência não estática, que tem em conta que as condições originais da decisão, como *default*, não se mantêm, e que essa oscilação é de ser considerada para a formulação em si de um juízo de valor

35 SILVA, Sabrina Soares da; REIS, Ricardo Pereira; AMÂNCIO, Robson. Conceitos atribuídos à sustentabilidade em organizações de diferentes setores. *RCA – Revista de Ciências da Administração*, Florianópolis, v. 16, n. 40, p. 90-103, dez. 2014.

36 MORAIS, Dulce Teresinha Barros Mendes de; OLIVEIRA, Maria Neuza da Silva; MATIAS-PEREIRA, José; BARBOSA, Washington Luís Batista. O papel do Direito no contexto do desenvolvimento sustentável: uma avaliação qualitativa de programas corporativos de responsabilidade socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, p. 147, 2012.

37 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 131, jul./set. 2011.

quanto à efetiva qualificação daquela ação como verdadeiramente eficiente.³⁸

Como o ambiente é dinâmico, incerto e instável, novas situações surgem a cada momento. Ações estratégicas são empreendidas com a finalidade de retornar e/ou recompor o rumo traçado, independentemente das dificuldades que possam surgir no percurso. Dessa forma, as ações estratégicas são adaptativas, respondendo às contingências ambientais à medida que elas ocorram, visando, com isso, o alcance ou manutenção dos objetivos. O ponto a ser buscado é o equilíbrio, ou seja, a busca da manutenção da estabilidade com o reconhecimento da necessidade de mudanças, quando necessário.^{39 40}

A estratégia sendo entendida como uma prática social evidencia as microatividades (processos) realizadas pelos indivíduos, que, em constante interação e envolvidos em complexas relações de poder e significados compartilhados na organização, permitem que ela tenha resultados (conteúdo) – desejados ou não. Em outras palavras, a concepção fundamental da estratégia como prática social repousa no entendimento de interação; para tanto, compreende-se a estratégia como um processo constante, no mesmo sentido que se entende a organização como um processo em constante construção social.⁴¹ O processo de mudança estratégica pode ser concebido como um processo de aprendizado em que a organização está continuamente reavaliando sua relação com o ambiente externo, de forma a encontrar uma posição de equilíbrio.⁴²

Quanto a testar teorias, é preciso desenvolver estudos sobre estratégias de políticas mais adequadas um ou outro instrumento. Isso também significa verificar

38 VALLE, 2011, p. 134.

39 OLIVEIRA, Edi Carlos de; TATTO, Luiz. Uma leitura sobre a percepção de autores em relação aos conceitos de estratégia. **REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 66, jan./abr. 2012.

40 MINTZBERG, Henry. A criação artesanal da estratégia in: MONTGOMERY, Cynthia; PORTER, Michael. (Org.) **Estratégia: a busca da vantagem competitiva**. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 419-440.

41 CANHADA, Diego Iturriet Dias, RESE, Natália. Contribuições da “estratégia como prática” ao pensamento em estratégia. **REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 285, set./dez. 2009.

42 GOHR, Cláudia Fabiana; SANTOS, Luciano Costa. Contexto, conteúdo e processo da mudança estratégica em uma empresa estatal do setor elétrico brasileiro. **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1676, nov./dez. 2011.

variáveis dentro de cada instrumento governamental, de forma a testar sobre um ser mais eficiente que outro, mais eficaz ou mais efetivo. A escolha de instrumentos, em vez de técnica, é uma escolha política, pois dá aos atores a vantagem de determinar como políticas públicas serão implementadas. A literatura sobre implementação sugere que há alto grau discricionário na fase de implementação. A escolha do instrumento dá forma aos programas públicos.⁴³ O que está em discussão não é simplesmente a forma mais eficiente de resolver um problema público em particular, mas também a influência relativa que vários interesses envolvidos terão na evolução do programa. A escolha também é influenciada por normas culturais e ideologias dominantes, pois afetam as atitudes perante o Estado.⁴⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 72, jun. 2012.

BIELSCHOWSKY, Ricardo Alberto. Estratégia de desenvolvimento e as três frentes de expansão no Brasil: um desenho conceitual. **Texto para Discussão**, Rio de Janeiro, IPEA, v. 1828, p. 7, jul. 2013.

BONETI, Lindomar Wessler. **Políticas públicas por dentro**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2011.

BOSCHI, Renato Raul; DINIZ, Eli. Brasil. Uma nova estratégia de desenvolvimento? In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O que esperar do Brasil?** Rio de Janeiro: FGV, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

43 JAIONE MONDRAGÓN, Miren. La evaluación de los programas públicos: objeto, contenido y aplicación de diferentes instrumentos para la evaluación. In: BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael. (Org.). **La evaluación de la acción y de las políticas públicas**. Madrid: Díaz de Santos, 2002, p. 3-12.

44 OLLAIK, Leila Giandoni; MEDEIROS, Janann Joslin. Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil. **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1953-1954, dez. 2011.

CANHADA, Diego Iturriet Dias, RESE, Natália. Contribuições da “estratégia como prática” ao pensamento em estratégia. **REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 285, set./dez. 2009.

CASTRO, Jorge Abrahão de; OLIVEIRA, Márcio Gimene de. Políticas públicas e desenvolvimento. In: MADEIRA, Lígia Mori. (Org.). **Avaliação de políticas públicas**. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014.

DEUBEL, André Noel Roth. **Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación**. Bogotá: Aurora, 2002.

DYE, Thomas R. **Understanding public policy**. 14 ed. Boston: Pearson, 2014.

EMERIQUE, Lilian Balmant. Considerações sobre a orientação das políticas públicas de combate à pobreza na perspectiva de direitos humanos. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 201, jan./jun. 2013.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Sequência**, Florianópolis, n. 70, p. 123-124, jun. 2015.

GOHR, Cláudia Fabiana; SANTOS, Luciano Costa. Contexto, conteúdo e processo da mudança estratégica em uma empresa estatal do setor elétrico brasileiro. **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1676, nov./dez. 2011.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho. Análise comparativa: arranjos de implementação e resultados de políticas públicas. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho. (Org.). **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2014. p. 374.

HEIDEMANN, Francisco Gabriel. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco Gabriel; SALM, José Francisco. (Org.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. 3. ed. Brasília: UnB, 2014. p. 31.

JAIONE MONDRAGÓN, Miren. La evaluación de los programas públicos: objeto, contenido y aplicación de diferentes instrumentos para la evaluación. In: BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael. (Org.). **La evaluación de la acción y de las políticas públicas**. Madrid: Díaz de Santos, 2002, p. 3-12.

LEITÃO, Sergio Proença. A decisão estratégica: um teste conceitual. **RAP – Revista Brasileira de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 4, p. 839, jul./ago. 2003.

LOTTA, Gabriela Spanghero; VAZ, José Carlos. Arranjos institucionais de políticas públicas: aprendizados a partir de casos de arranjos institucionais complexos no Brasil. **RSP – Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 66, p. 190, 2015.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 10, jul./set. 2011.

MINTZBERG, Henry. A criação artesanal da estratégia in: MONTGOMERY, Cynthia; PORTER, Michael. (Org.) **Estratégia: a busca da vantagem competitiva**. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 419-440.

MORAIS, Dulce Teresinha Barros Mendes de; OLIVEIRA, Maria Neuza da Silva; MATIAS-PEREIRA, José; BARBOSA, Washington Luís Batista. O papel do Direito no contexto do desenvolvimento sustentável: uma avaliação qualitativa de programas corporativos de responsabilidade socioambiental. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, p. 147, 2012.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Multiculturalismo e (novos) direitos entre Democracia e Constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 40, n. 2, p. 112-132, jul./dez. 2016.

_____. **Políticas públicas e regulação socioambiental**. Governança, estratégias e escolhas públicas: energia e desenvolvimento em pauta. Curitiba: Íthala, 2017.

OLIVEIRA, Edi Carlos de; TATTO, Luiz. Uma leitura sobre a percepção de autores em relação aos conceitos de estratégia. **REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 60-62, jan./abr. 2012.

OLLAIK, Leila Giandoni; MEDEIROS, Janann Joslin. Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil. **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1953-1954, dez. 2011.

PAMPLONA, Danielle Anne; STRAPASSON, Karoline. A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil. **RBPP – Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 49, jul./dez. 2014.

PINTO, Aluizio Loureiro. A institucionalização organizacional como estratégia de desenvolvimento. **RAP – Revista Brasileira de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 21, jan./jun. 1969.

RHODEN, Valdete Noveli. Estratégia enquanto prática e os lapsos conceituais. **REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 254-255, set./dez. 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 312-313, jan./jun. 2012.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SCHWANKA, Cristiane. Eficiência e gestão: do agir ao controle na atividade interventiva econômica estatal. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 54-65, fev. 2013.

ROCHA NETO, João Mendes da; BORGES, Djalma Freire. As assimetrias entre as políticas setoriais e a política de planejamento regional no Brasil. **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1645-1646, dez. 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento: novos temas**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. **Sequência**, Florianópolis, n. 64, p. 66, jul. 2012.

SILVA, Sabrina Soares da; REIS, Ricardo Pereira; AMÂNCIO, Robson. Conceitos atribuídos à sustentabilidade em organizações de diferentes setores. **RCA – Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, v. 16, n. 40, p. 90-103, dez. 2014.

SOUZA, Celina Maria de. Apresentação. Estado e políticas públicas: de que estamos falando? **RECP – Revista Eletrônica de Ciência Política**, Curitiba, v. 4, n. 1-2, p. 9-10, 2013.

_____. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 25, jul./dez. 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 131, jul./set. 2011.

ZANITELLI, Leandro Martins. Direito e consumo ético: uma comparação entre a análise econômica das normas sociais e a teoria do comportamento planejado. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 27-61, jul./dez. 2010.

LEI 14.039/2020 E A INEXIGIBILIDADE PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JOSÉ ROBERTO TIOSSI JUNIOR

Advogado. Mestre em Direito pela UniCESUMAR.
Fundador do Portal Licitações Municipais.



A contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública é tema polêmico, eivado de controvérsias, seja em relação a possibilidade de terceirização, seja pela forma de contratação.

Diante de tal conflito, imprescindível a utilização da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no tocante às alterações inseridas pela Lei 13.655, de 25 de Abril de 2018, que confere racionalidade e proporcionalidade na análise do caso concreto, interditando interpretações quiméricas ou descontextualizadas e afastando julgamentos com base em valores jurídicos abstratos, visto que a extensão continental do território nacional contribui para diferenças abissais entre as estruturas e o funcionamento de cada órgão público, aliado à pluralidade de normas que disciplinam matérias em comum, formando um cenário caótico, eivado de dúvidas, insegurança e letargia jurídica.

Importante destacar que o objetivo do presente ensaio não é defender ou afastar a necessidade de criação de procuradoria jurídica própria e/ou a realização de concurso público nos termos no art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988, porém é necessário frisar que, no âmbito municipal, esfera na qual ocorre um elevado número de terceirizações de serviços jurídicos, grande parte dos municípios brasileiros carecem de estrutura jurídica adequada. Muitos sequer possuem em sua estrutura orgânica cargo ou emprego público de procurador jurídico.

A própria Constituição Federal de 1988 é omissa em seus artigos 131 e 132 quanto à Procuradoria Municipal, tratando apenas da Advocacia Pública da União, Estados e Distrito Federal.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência que desobriga os municípios a criarem órgãos da Advocacia Pública, em razão da ausência de previsão na Constituição Federal da figura da advocacia pública municipal, nos termos do recurso extraordinário nº 225.777, Pleno, redator do acórdão ministro Dias Toffoli, publicado no Diário da Justiça de 29 de agosto de 2011; recurso extraordinário nº 690.765, relator ministro Ricardo Lewandowski, com decisão veiculada no Diário da Justiça de 12 de agosto de 2014; agravo regimental no recurso extraordinário nº 893.694, Segunda Turma, relator ministro Celso de Mello, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de novembro de 2016.

Por certo, o interesse público é a chancela para que ocorra a terceirização dos serviços jurídicos, que pode coexistir de forma harmônica com os servidores efetivos, por prestarem serviços complementares e convergentes, independente da causa, cabendo inclusive nas seguintes hipóteses: 1) elaboração de norma legislativa que cria o cargo ou emprego público; 2) prazo para finalização de um concurso público para procurador jurídico; 3) demandas incompatíveis com a estrutura da procuradoria jurídica, em razão da inadequação da prestação de serviços pelos integrantes do Poder Público, seja em relação ao tamanho da equipe ou à expertise do corpo jurídico; 4) inexistência de quadro próprio de procuradores.

Ocorre que existe uma impossibilidade técnica e ética de contratar advogados através de processo licitatório convencional, por configurar um escancarado método para aviltar a advocacia, transformando-a em um serviço banal, corriqueiro e até mesmo medíocre, onde o menor preço é o principal critério para a contratação.

O Estatuto da OAB e o Código de Ética trazem em inúmeros artigos a preocupação com o aviltamento de honorários, além de vedarem a captação de clientela e a mercantilização da profissão.

Pois bem, licitar não significa garantir a probidade administrativa em absoluto. Existem casos em que a probidade administrativa só é alcançada com a contratação direta, sob pena de configurar improbidade administrativa a instauração indevida de processo licitatório.

Convém lembrar que diante de interpretações extremadas que tratam o instituto licitatório sempre como regra, a contratação de serviços jurídicos por parte da Administração Pública vem sendo alvo de intenso debate.

A Constituição Federal não deixa dúvidas ao dispor que a licitação é regra apenas nos casos em que for possível assegurar igualdade de condições entre os concorrentes, ou seja, nas demais situações em que for inviável a fixação de parâmetros isonômicos, a licitação deixa de ser regra e vira exceção, abrindo espaço para as contratações diretas disciplinadas por lei.

Esse mito criado sobre a obrigatoriedade de licitar ocasiona grave instabilidade jurídica, deixando o gestor público refém de um controle desmoderado e compulsivo, desencadeado quase sempre por um resultado interpretativo opaco.

No campo prático, o que se observa é que, em algumas situações, o gestor público, para evitar um questionamento futuro sobre a contratação direta, acaba optando por simular um processo licitatório, “direcionando” a licitação sob o pretexto de atender a lei, como se a simples instauração de um procedimento licitatório, por si só, fosse suficiente para presumir a lisura da contratação. Tudo isso, muitas vezes, pelo fato do questionamento se limitar ao enquadramento legal da contratação.

Efetuar uma contratação de serviço técnico especializado de natureza jurídica mediante fixação em edital de cláusulas sintéticas e postiças capazes de figurarem como legítimas e isonômicas não garante a contratação mais vantajosa, além de atentar contra o ordenamento jurídico e violar o princípio constitucional da impessoalidade e da moralidade administrativa.

A licitação será exigível nos casos em que for possível assegurar condições de igualdade entre os concorrentes e inexigível nos casos em que a isonomia não puder ser garantida.

Para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza jurídica que dependem da intelectualidade do contratado, a inexigibilidade é a única forma cabível, segura e eficiente para a contratação mais vantajosa, sendo obrigatório o afastamento da licitação.

Em outras palavras, a licitação só será aceitável nos casos em que a paridade entre os licitantes puder ser definida, comparada e julgada por critérios objetivos, ao passo que a subjetividade em qualquer um desses parâmetros conduzirá a inexigibilidade de licitação.

Nas contratações em que houver inviabilidade real para definir, comparar e julgar o serviço por critérios objetivos, a inexigibilidade torna-se regra, não cabendo margem de discricionariedade ao agente público para instaurar licitação, pois o tratamento isonômico jamais será garantido.

Nota-se que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais, devendo os mesmos conviverem harmonicamente e de forma ponderada, ao passo que eficiência e legalidade não dependem exclusivamente de contratações por meio de licitação. Nos casos que se enquadrarem nas hipóteses de inexigibilidade, a eficiência e legalidade só será alcançada com o afastamento da licitação, sob pena de violação aos princípios e normas legais.

Acerca da contratação direta de serviços jurídicos, a Lei 8.666/93 dispõe em seu art. 25, inciso II, que é inexigível a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Acontece que a singularidade se encontra no cerne dos problemas enfrentados pela Administração Pública nas contratações de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação em razão de sua imprecisa definição. O termo “natureza singular”, previsto na Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), já foi excluído da Lei 13.303/16 (Lei das Estatais), demonstrando um avanço legislativo sem precedentes. Da mesma forma, o texto-base do PL 1.292/95, que trata da Nova Lei de Licitações e que já foi aprovado pela Câmara dos Deputados, também excluiu a terminologia natureza singular de sua redação.

Por possuir um conceito relativo, muitos chegam a confundir singularidade com unicidade, dando a entender que, para fins de contratação pública, o termo singular equivaleria a único, não podendo existir outros profissionais ou bancas de advogados para prestarem o serviço.

A existência de uma pluralidade de especialistas não impede a contratação direta do advogado através da inexigibilidade, visto que a inviabilidade de competição pode ser absoluta ou relativa. A hipótese prevista no inciso I do art. 25 da Lei 8.666/93 revela uma inviabilidade absoluta, graças a exclusividade do contratado, por ser único em determinado mercado. Já a inviabilidade prevista no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93 é relativa, pois neste caso não é a exclusividade do profissional ou empresa que valida a contratação direta, mas sim a carência de critérios objetivos para definir, comparar e julgar objetivamente, por se tratar de serviço técnico especializado, que demanda atividade personalíssima e predominantemente intelectual, com similaridade em relação à inviabilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/93 para contratação de profissionais do setor artístico.

Além do flagrante equívoco hermenêutico que considera serviço de natureza singular como único, existe também o entendimento que singularidade deve ser um serviço inédito, complexo, sobrenatural e até incomum.

Na verdade, tal terminologia se refere ao serviço que não pode ser definido, comparado e julgado objetivamente. No Acórdão 2.762/2011, Plenário, o TCU revela que não é a complexidade da demanda que determina a singularidade, ao passo que no Acórdão 2.832/2014, também do Plenário, o TCU deixa claro que singular é o objeto que impede que a Administração escolha o prestador do serviço a partir de critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Já no Acórdão AC01 – 1214/2018, Primeira Câmara, o TCE/MS julgou regular a contratação por inexigibilidade de escritório de advocacia para serviços de assessoramento e consultoria jurídica em uma prefeitura.¹

O serviço advocatício tem na singularidade a sua essência, por possuir natureza personalíssima e intelectual, decorrente de conhecimentos individuais que foram absorvidos pelo profissional ao longo de sua vida. A formação acadêmica, a produção

1 “A singularidade dos serviços prestados pelo escritório contratado está fundamentada na capacitação profissional dos seus advogados, sendo inviável escolher o melhor profissional para prestar serviços de natureza intelectual por meio de licitação, notadamente porque tal mensuração não se funda em critérios objetivos”. TCE/MS - Acórdão AC01 - 1214/2018, Primeira Câmara.

científica, docência, as experiências anteriores, os aspectos culturais, econômicos, éticos e morais da sociedade na qual está inserido torna cada profissional único, com habilidades e capacidades técnicas diferenciadas para lidar com as demandas jurídicas que lhe são apresentadas.

Por certo, visando eliminar qualquer controvérsia, o legislador resolveu produzir uma presunção absoluta acerca do enquadramento do serviço jurídico como de natureza singular, por meio da Lei 14.039, de 17 de Agosto de 2020, que atualizou a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), inserindo o art. 3-A, ao dispor que os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Significa dizer que, em todos os casos em que houver necessidade de contratar um advogado, o afastamento da licitação será obrigatório, independente da existência de complexidade na matéria, visto se tratar de serviço de natureza singular.

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, inexistente qualquer possibilidade de dividir os serviços advocatícios em dois grupos formados pelo serviço complexo ou inédito e pelo serviço comum, trivial ou rotineiro, sendo todos enquadrados como serviços técnicos especializados, por possuírem natureza singular, personalíssima e intelectual.

Essa ideia de serviço inédito e incomum remonta ao texto original da Súmula no 39 do TCU, que durante a vigência do Decreto-lei nº 200/67 balizava as contratações diretas por inexigibilidade de licitação. Tal Súmula, atualizada em junho de 2011, tratou de acrescentar o termo “técnico” na palavra “serviço”, de modo a formar a expressão “serviço técnico”, além de substituir o “serviço inédito ou incomum” por “serviço de natureza singular”.

Importante ressaltar que nem todo advogado encontra-se apto para ser contratado diretamente pelo Poder Público, mas tão somente o notório especialista. Dessa forma, a notória especialização não é a causa da inexigibilidade, mas condição para selecionar o advogado ou banca que inspiram mais confiança na execução do serviço técnico especializado.

A ciência jurídica é ampla e inesgotável, com diversas áreas de atuação. A multiplicidade de normas, aliada à constante evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, exige que o profissional se especialize em determinado ramo do direito e mantenha-se atualizado, para que consiga atuar com dinamismo e propriedade diante dos problemas da contemporaneidade.

O advogado ou sua banca precisa reunir um conjunto de elementos que garantam que a sua escolha é a mais adequada para atender o interesse público de forma eficiente. Vale destacar que a notória especialização do profissional deve estar intimamente vinculada com as características do objeto, não podendo, por exemplo, um profissional notoriamente especializado em direito previdenciário ser contratado de forma direta para prestar um serviço de natureza tributária.

Os serviços advocatícios não se limitam aos serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, previstos no inciso V do artigo 13 da Lei 8.666/93, podendo também ser encontrado nos incisos II e III com a elaboração de pareceres e na realização de consultorias ou assessorias, além das demais situações em que a natureza intelectual não puder ser definida, julgada e comparada objetivamente.

O advogado sempre prestará serviço técnico especializado, visto que a advocacia é privativa dos bacharéis em direito inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Por conseguinte, outro importante elemento para cancelar a contratação direta de advogado é a confiança, decorrente da terminologia “inferir” que está prevista tanto no parágrafo único do art. 3º- A da Lei 13.039/20, quanto no §1º do Art. 25 da Lei 8.666/93, ou seja, a notória especialidade gera confiança.

A notória especialização do advogado ou de sua banca será o critério para transmitir a confiança ao gestor público, de modo que este possa inferir que o trabalho do profissional escolhido é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A legislação exige a presença de um notório especialista que inspire confiança na execução do serviço, não podendo ser contratado qualquer profissional. O advogado deve empenhar-se nas causas confiadas ao seu patrocínio, se aprimorando no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal. O novo Código de Ética e Disciplina da OAB traz em seu art. 10 a confiança recíproca como o elemento base para a relação entre advogado e cliente.

Diferentemente da licitação que tem na impessoalidade sua premissa básica e obrigatória em todos os certames, como garantia de uma competitividade saudável e legal, dada a existência de potencial número de interessados, a inexigibilidade é conduzida pela pessoalidade, dadas as características próprias e individuais de cada contratado.

A Administração Pública não tem o poder de definir, comparar e julgar objetivamente os casos em que a subjetividade for congênita. Nestas situações, enquadradas como inexigibilidade de licitação, o direito de contratar diretamente dá lugar ao dever, não restando outra alternativa ao gestor público além do afastamento da licitação.

O Conselho Federal da OAB editou em 17.09.2012 a Súmula 04/2012/COP atestando a inviabilidade de competição entre advogados em uma licitação. O Supremo Tribunal Federal (STF, HC nº 86.198-9, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29.06.2007) também reconheceu a legalidade na inexigibilidade de licitação para contratação de serviços jurídicos, ressaltando, dentre os inúmeros aspectos, a incompatibilidade de disputa em um certame com as limitações éticas e legais da profissão.

Acontece que diante de um excesso no ajuizamento de ações de improbidade administrativa, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público emitiu recomendação² aos Membros do Ministério Público no tocante à contratação de advogados por inexigibilidade de licitação.

2 RECOMENDAÇÃO Nº 36, DE 14 DE JUNHO DE 2016. Art. 1º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação. Brasília-DF, 14 de junho de 2016. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público.

Dentre os fundamentos que justificaram a Recomendação, o Conselho Nacional do Ministério Público considerou que os serviços de assessoria jurídica são fundados na relação de confiança, sendo lícito ao administrador, movido pelo interesse público, utilizar de sua discricionariedade para a escolha do melhor profissional. A natureza intelectual, inerente dos conhecimentos individuais e capacitação profissional, torna inviável escolher o melhor profissional através de licitação, por não existir parâmetros objetivos.

Em outra oportunidade sobre contratação de advogado, o Supremo Tribunal Federal³ se posicionou, afirmando ser impossível contratar trabalho intelectual com base no preço mais baixo, considerando ainda que o contratado tem por missão defender interesses do Estado.

As complexas necessidades da hodiernidade exigem que alguns dogmas sejam superados e analisados com uma boa dose de moderação, atentando-se principalmente ao conteúdo e a indisponibilidade do interesse público sobre o privado, de modo que a classe dos advogados possa ser respeitada por tudo aquilo que representa para o Brasil, eliminando qualquer possibilidade de violação as prerrogativas profissionais, visto que o advogado trabalha em defesa da ordem jurídica do Estado democrático de direito, sendo indispensável para a administração da justiça.

Por fim, reforçamos que a natureza singular do serviço jurídico prevista no Art. 3º-A da Lei 14.039/20 é de presunção absoluta. Neste caso, ampliar o sentido da norma para além do contido em sua letra,⁴ é contrariar a *mens legis* e retroagir todo o avanço legislativo, dinamismo e segurança jurídica que as contratações públicas exigem, em especial as diretas realizadas por advogados mediante inexigibilidade de licitação.

3 Acrescenta-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser auferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa pública. (STF. Recurso em Habeas Corpus no 72.830, 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso, Julg. 24.10.1995).

4 BRASIL. Lei 14.039 de 17 de Agosto de 2020. Artigo 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 14.039 de 17 de Agosto de 2020. Artigo 3º-A.

BRASÍLIA-DF, RECOMENDAÇÃO Nº 36, DE 14 DE JUNHO DE 2016. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público.

TCE/MS - Acórdão AC01 - 1214/2018 Primeira Câmara.

STF. Recurso em Habeas Corpus no 72.830, 2a Turma. Rel. Min. Carlos Velloso, Julg. 24.10.1995.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE NOTÓRIO ESPECIALISTA. SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO

JULIETA MENDES LOPES VARESCHINI

Vice Presidente do Grupo JML. Advogada, consultora e palestrante na área de licitações e contratos. Mestre em Direito Público. Autora de artigos e livros jurídicos.



A inexigibilidade requer a demonstração da inviabilidade de competição, a qual decorre da ausência de competitividade e/ou de julgamento objetivo. Nas precisas lições de Marçal Justen Filho, a inexigibilidade de licitação decorre: “3.1. ausência de alternativas; 3.2. ausência de mercado concorrencial; 3.3. ausência de objetividade na seleção do objeto; 3.4. ausência de definição objetiva da prestação a ser executada”.¹

Muito se discute acerca do correto enquadramento em inexigibilidade de licitação, principalmente em relação à hipótese contemplada do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com

1 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 484-485.

suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (grifou-se)

Especificamente na hipótese contemplada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, o que justificativa a inexigibilidade é a ausência de julgamento objetivo na seleção do profissional. Porém, é forçoso reconhecer que não é qualquer objeto que justifica a contratação de notório especialista.

Infere-se que a hipótese contemplada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, requer a demonstração de três pressupostos, consoante reconheceu o TCU na Súmula 252/2010: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: **serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado**”. (grifou-se)

O serviço será técnico quando exigir a aplicação do conhecimento teórico e da habilidade pessoal, reunindo dois aspectos, a saber:

O primeiro é a transposição para a vida prática de um conhecimento teórico, de modo a gerar uma utilidade efetiva e concreta. Os serviços ditos ‘técnicos’ caracterizam-se por envolverem a aplicação de rigorosa metodologia ou formal procedimento para atingir determinado fim. A técnica pressupõe a operacionalização do conhecimento científico, permitindo aplicações práticas para uma teoria. Por meio de um serviço técnico, obtém-se alteração no universo circundante e se atinge um resultado preordenado que se colimava.

Bem por isso, o desenvolvimento de uma pesquisa científica não se enquadra usualmente na categoria de um serviço técnico. Tal deriva da ausência de prestabilidade de uma pesquisa a gerar alterações concretas no mundo. Mas diversa seria a situação se houvesse a contratação para fabricação de uma vacina destinada a prevenir doenças. A produção da vacina resulta da aplicação do conhecimento teórico, científico, traduzindo-se numa utilidade prática, concreta e definida.

A segunda característica do serviço técnico reside na exigência de uma habilidade individual, numa capacitação peculiar, relacionada com potenciais personalíssimos. Promove-se uma espécie de ‘transformação’ do conhecimento teórico em prático, o que envolve um processo intermediado pela capacidade humana. Daí se segue que toda atividade técnica reflete a personalidade e a habilidade humanas.²

Mas, consoante se infere do art. 13, da Lei 8.666/93, não basta que o serviço seja técnico, é indispensável que ele seja também profissional e especializado. O serviço é profissional quando é inerente a uma profissão, ou seja, possui um objeto próprio e sua execução é feita a partir de regras inconfundíveis, que os distinguem de outras atuações humanas, exigindo uma habilitação específica para sua prestação. Pode referir-se tanto a profissões regulamentadas por lei como não.³ A especialização, por seu turno, tem relação com a capacitação para o exercício de uma atividade com características e habilidades que não são usuais a qualquer profissional. A especialização agrega ao profissional uma capacitação superior a usualmente identificada no mercado. “O especialista é aquele prestador de serviço técnico profissional que dispõe de uma capacidade diferenciada, permitindo-lhe solucionar problemas e dificuldades complexas”.⁴

Em apertada síntese, na esteira de Marçal Justen Filho, “o conceito legal é composto pela soma de todas essas características. Trata-se de um serviço técnico. Mas, além de técnico, é profissional. E, além de profissional, é especializado. Não basta uma habilitação genérica para o desempenho de serviços dotados dessa complexidade. Por exemplo, a inscrição no órgão de classe habilita ao desempenho da profissão regulamentada. Porém, a atividade do inscrito no órgão de classe, por si só, não se caracteriza como serviço técnico profissional especializado”.⁵

Ainda que os três pressupostos sejam necessários para o enquadramento em inexigibilidade de licitação, o que efetivamente justifica a inviabilidade de competição,

2 JUSTEN FILHO, 2014, p. 234-235.

3 Ibid., p. 235.

4 Idem.

5 Ibid., p. 236.

pela ausência de critérios objetivos, é a singularidade do objeto. Com efeito, o simples fato de o serviço ser técnico profissional especializado ou mesmo ser o profissional detentor de notória especialização não conduzem à inexigibilidade.

A singularidade tem relação com a complexidade do objeto, com seu caráter incomum, que destoa e se distingue dos serviços corriqueiros, conforme se extrai da farta jurisprudência do TCU:

“Boletim de Jurisprudência 104/2015

Acórdão 2616/2015 Plenário (Solicitação do Congresso Nacional, Relator Ministro Benjamin Zymler)

Indexação

Licitação. Inexigibilidade de licitação. Singularidade do objeto.

Enunciado

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art.25, inciso II, da Lei 8.666/93. **A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.**

Boletim de Jurisprudência 16/2013

Acórdão 7840/2013 Primeira Câmara

Indexação

Contratação Direta. Pedido de Reexame. Singularidade do objeto.

Enunciado

O conceito de singularidade de que trata o art.25, inciso II, da Lei 8.666/93 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, **mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado”.**

(...)

Informativo de Licitações e Contratos 10/2010

Acórdão

Acórdão nº 658/2010-Plenário, TC-021.717/2007-5, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 31.03.2010

Colegiado

Plenário

Enunciado

Inexigibilidade de licitação: 1 - Singularidade do objeto e seu caráter incomum

Texto

Denúncia formulada ao TCU apontou suposta irregularidade no âmbito do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea), envolvendo a contratação de serviços de consultoria e de treinamento por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93. Para a unidade técnica, as razões de justificativa do presidente do Confea sobre a contratação de pessoa física para “prestar consultoria com o objetivo de assessorar a organização e elaboração de edital de licitação para a contratação de empresa especializada para a organização do evento WEC-2008 (Congresso Mundial de Engenheiros)” e para “ministrar curso de capacitação de pessoal no âmbito de concepção e operacionalização da Resolução nº 1.010/2005” deveriam ser acolhidas. No primeiro caso, entendeu a unidade técnica que “o objeto contratado se reveste de singularidade, visto o caráter incomum do evento de cunho internacional, que [...] envolveria diversos aspectos que, de fato, exigiriam um planejamento pormenorizado, com vistas a um resultado exitoso”. Tratava-se, ainda, de “serviço técnico especializado, previsto no art. 13 da Lei de Licitações, prestado por profissional notoriamente especializado”, estando presentes, portanto, todos os requisitos do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93. No segundo caso, quanto à prestação de serviços de capacitação sobre a Resolução nº 1.010/2005, “que dispõe sobre a regulamentação da atribuição de títulos profissionais, atividades, competências e caracterização no âmbito de atuação dos profissionais inseridos no Sistema Confea/CREA, para efeito de fiscalização do exercício profissional”, a unidade técnica também

concluiu que as justificativas apresentadas mereceriam prosperar. “Primeiramente, trata-se de serviço técnico enumerado no art. 13, inciso VI, daquele normativo. Em segundo lugar, tem natureza singular, considerando o ineditismo e as especificidades da recém-aprovada Resolução nº 1.010/2005, cuja complexidade suscitou diversas discussões e questionamentos, antes, durante e após sua aprovação. Por fim, resta patente a notória especialização do profissional contratado, que teria participado, como consultor, das diversas etapas de sua elaboração, detendo profundo conhecimento da matéria.” Acompanhando a unidade instrutiva, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher os argumentos do responsável. Acórdão nº 658/2010-Plenário, TC-021.717/2007-5, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 31.03.2010”.

Assim, é possível que o serviço seja técnico profissional especializado, dentre os elencados no art. 13, porém, sem complexidade e, portanto, não justifica a contratação de notório especialista. Qualquer profissional da área, que atenda às condições impostas pela Entidade, assegurada a qualificação mínima, pode executá-lo. Da mesma forma, não é crível contratar um notório especialista que, comumente pratica valores superiores à média de mercado, para objeto que não seja revestido de complexidade.

Por isso que o ponto chave para justificar a inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, II, da Lei 8.666/93, é a singularidade do objeto, pois é a complexidade e o caráter incomum do serviço que respaldam a busca pelo melhor profissional existente no mercado. E como a escolha parte do grau de confiança depositado no profissional, conforme já reconheceu o TCU na Súmula 264,⁶ é nesse ponto que reside a ausência de parâmetros objetivos e, portanto, a licitação resta inviável.

Sobre o tema, Luiz Cláudio de Azevedo Chaves fez detalhado estudo que, pela relevância, pede-se vênia para colacionar:

6 “SÚMULA Nº 264

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993”. (grifou-se)

“É de se reconhecer que um dos conceitos jurídicos mais complexos dentre todos os institutos presentes no arcabouço normativo das contratações governamentais é, justamente, o de singularidade para fins de caracterização da inviabilidade de competição. Isto porque a lei não deixa nenhum traço objetivo que possibilite sua identificação. Muito embora haja na doutrina diversas propostas de conceituação desse instituto, formuladas pela pena de renomados juristas, ainda não há entre eles uma uniformidade que esgote o tema. E o que se verifica, ao se tentar acomodar tais conceitos aos casos práticos do dia a dia é que tais proposições terminam por não encerrar um norte objetivo para o aplicador da norma, abrindo um perigoso espaço de discricionariedade onde a vinculação é absolutamente imprescindível.

À guisa de exemplo, veja-se a doutrina de Marçal Justen Filho[5], que entende que a singularidade «caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional ‘especializado’. **Envolvem casos que demandam mais do que especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)**”. Já o eminente jurista, Carlos Pinto Coelho Motta[6], citando Régis Fernandes de Oliveira, concorda com este último no sentido de que a singularidade «implica em característica própria de trabalho, que o distingue dos demais.» Por sua vez, Jessé Torres Pereira Júnior[7] acerca do conceito de singularidade, traz escólio a partir de julgado do TCE/RJ que afirma que «não se considera de natureza singular aquilo que pode ser executado por numerosos profissionais ou empresas. Petrônio Braz[8], conclui que a expressão (singularidade) «traz sentido especial, com peculiaridades que permitem distinguir a coisa, não podendo a expressão ser entendida literalmente.» Para não estender demais, finaliza-se com a definição de Jacoby Fernandes[9], que aponta que «singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador.» O eminente jurista prossegue a lição oferecendo alguns exemplos de como, em sua arguta visão, se identificaria em um serviço o elemento da singularidade. Vale a transcrição:

“Por exemplo, é um serviço singular, a aplicação de revestimento em tinta com base em poliuretano, na parte externa de um reator nuclear,

devido às irradiações desse objeto; enquanto pintar é uma atividade comum, as características do objeto que vai receber a tinta exigem uma forma de aplicação de produto que não ocorre nos demais; apagar incêndio é uma atividade que pode ser executada por qualquer bombeiro, mas debelar um incêndio em um poço de petróleo apresenta-se como singular; a demolição é uma atividade comum, mas a necessidade de que seja efetuada por técnica de implosão pode torná-la singular”[10]

Não se nega que quando o serviço se mostra peculiar, especial ou inusitado; que quando o objeto em si possui características intrínsecas que o diferencie dos demais, o mesmo possa ser considerado singular. Mas, parece que dizer isso, apenas isso, se torna insuficiente para se chegar a uma conclusão definitiva sobre o conceito de singularidade que possibilite, nos casuísmos da rotina diária das entidades do Poder Público, a identificação da presença deste requisito. **Pergunta-se: o que é inusitado ou peculiar? Qual atributo específico se exige que o serviço apresente para que nele se reconheça, com precisão, que o mesmo é singular? Que “característica própria de trabalho” distinga um serviço de outro para os fins de nele reconhecer a inviabilidade de comparação objetiva entre as várias possíveis propostas? Inusitado, especial ou peculiar são conceitos abertos e, por isso mesmo, não oferecem resposta objetiva para essas indagações.**

Em que pese o reconhecido talento científico do autor suso citado, parece que os exemplos acima também não se encaixam com o necessário conforto no conceito de singularidade, pois, todos, partem da premissa de que singular é algo incomum. Serviços realizados em reatores nucleares, muito embora pouco usuais (principalmente no Brasil, onde só há duas usinas nucleares em operação), seguem métodos e padrões técnicos documentados e rigorosamente observados, porém, executados padronizadamente pelos respectivos especialistas. O mesmo se diz do combate a incêndio em poço de petróleo e a demolição pela técnica de implosão. Estes também são serviços, altamente especializados, é claro, mas que seguem padrões de execução conhecidos dos respectivos especialistas.

Não se deve confundir singularidade com exclusividade, ineditis-

mo, complexidade ou mesmo raridade. Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por ausência de concorrentes e a contratação seria capitulada na cabeça do art. 25 da L. 8.666/93, e não em seu inciso II. O fato de o objeto ser prestado por poucos profissionais ou empresas não impede que estes disputem o objeto. O serviço de concessão de canal para transmissão de dados (link de internet) é prestado, em muitas regiões por duas ou três operadoras e nem por isso são singulares, sendo normalmente licitados por todos os órgãos e entidades da Administração Pública. Ao mesmo tempo, o fato de haver inúmeros possíveis executores não é excludente da hipótese de singularidade, pois essa não é uma condição (objetiva) estipulada na norma legal regedora da espécie. E nem tampouco a complexidade induz a singularidade, pois casos haverá que o serviço, apesar de não complexo, mantém guardada uma certa característica que lhe tornará singular, conforme se verá mais adiante.

A despeito de haver opiniões em sentido contrário, outro conceito que se reputa impróprio é a de que a singularidade pode decorrer da notória especialização de seu executor. Para essa corrente doutrinária[11], a notória especialização envolveria uma singularidade subjetiva. Todavia, se imaginarmos que a inviabilidade pode decorrer da pessoa do contratado, teríamos que admitir a ideia de que um mesmo objeto seria, a um só tempo, singular e não singular, conforme a pessoa que o executar. Ora, o serviço é ou não é singular. Um projeto arquitetônico para casas populares, não pode ser classificado como singular apenas porque sua contratação recaiu em um internacionalmente premiado escritório de arquitetura. O projeto, em si, continuaria usual. Jacoby Fernandes[12], de forma bastante lúcida, salienta que o processo de contratação de obras e serviços inicia-se, necessariamente, pela definição do objeto, o que envolve a elaboração do projeto básico e/ou executivo, e não pela escolha do executor. Acrescenta que “quando os órgãos de controle iniciam a análise pelas características do objeto, percebe-se quão supérfluas foram as características que tornaram tão singular o objeto, a ponto de inviabilizar a competição.”

Como se demonstrou acima, os conceitos existentes na doutrina pátria, muito embora totalmente corretos, não esgotam a matéria, deixando larga margem de subjetivismo para o aplicador da norma. Após muita reflexão sobre essa questão e análise dos inúmeros precedentes

e casuísmos existentes na rotina diária das repartições públicas, percebe-se que há um elemento comum que está presente em todos os serviços singulares, qual seja, o da imprevisibilidade ou incerteza do resultado da execução. Pode-se considerar que o serviço é singular quando seu resultado não é previsível ou incerto; quando o contratante, apesar de apontar as características do que pretende contratar, não tem como saber antecipadamente o que irá receber em mãos como resultado da execução; é o serviço cujo resultado pode variar de executor para executor (e por isso não é previsível).

Cumprido deixar desde já consignado que não se está falando da variabilidade da forma de execução, mas do resultado dela. Um sistema informatizado pode ser construído a partir de diversas metodologias de produção (formas de execução), mas o resultado será o mesmo e é previsível. Se o contratante quer um sistema que possibilite administrar o estoque e a logística de distribuição de materiais do almoxarifado, com a possibilidade de gerar relatórios gerenciais de demanda, de fluxo, de atendimento entre outros, o resultado será exatamente esse quem quer que o execute, muito embora, a arquitetura do sistema possa ser elaborada de modo variado de acordo com a metodologia empregada pelos diversos especialistas disponíveis no mercado. O serviço não seria singular, porquanto previsível seu resultado. Veja-se outro exemplo.

Imagine que um órgão pretenda contratar um projeto arquitetônico (art. 13, I da L. 8.666/93), definindo as características que a edificação deverá apresentar, tais como: espaço para biblioteca que acomode 20.000 exemplares; um departamento de saúde com capacidade para atendimento ambulatorial simultâneo para até 10 pacientes bem como um leito de unidade de terapia semi-intensiva; vaga coberta para no mínimo 200 automóveis; que o prédio possua sistema de captação de energia solar para conversão em energia elétrica e reaproveitamento de águas pluviais e de re-uso. O resultado que será apresentado já é sabido mesmo antes de iniciada a execução, independentemente de quem ou quantos escritórios de arquitetura venham a elaborar o projeto. Cada projeto contará com aquelas características solicitadas e, ainda que se diferenciem aqui e ali (tipo de fachada, materiais de acabamento etc) estará possibilitado ao órgão contratante antecipar o resultado. Logo o resultado é perfeitamente previsível, e, portanto, viável seria a licitação.

Mas, se o contratante solicitasse o mesmo projeto, porém, além daquelas características, exigisse que o mesmo, uma vez executado, fosse capaz de transformar o prédio em um novo símbolo, uma marca que tornará a cidade reconhecida internacionalmente. Se a principal intenção fosse essa, os vários possíveis executores apresentariam seus respectivos projetos atendendo a essa exigência cada qual a partir da sua particular leitura, e o contratante não teria como conhecer antecipadamente o resultado. No serviço singular o resultado é, pois, imprevisível, ou seja, o contratante faz o pedido, mas não sabe exatamente o que irá receber como resultado da execução. No primeiro caso, a forma arquitetônica era desimportante; neste, é o elemento primordial.

A contratação de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal é um excelente exemplo para a confirmação da tese ora proposta, tendo em vista já citado entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União. [13] Apesar de os fundamentos daquele decisum terem estreita relação com os conceitos doutrinários já anteriormente citados, ao se examinar com o olhar ora defendido, se perceberá que a hipótese se enquadra perfeitamente à proposição aqui encaminhada. E para esse exame, bastará que se faça uma análise sobre o que compõe o resultado da execução do serviço treinamento de pessoal para identificar se o mesmo é previsível ou imprevisível.

Nos serviços de treinamento, o resultado que se busca alcançar, ou seja, aquilo que se perfaz com a execução é o aprendizado, sendo que dois são os fatores que podem ser determinantes para seu alcance: a metodologia; ou, a intervenção direta do docente. As características do projeto do treinamento, isto é, os objetivos gerais e específicos, público alvo, metodologia e o conteúdo programático e recursos instrucionais, constituem características técnicas do objeto para que o resultado do serviço seja alcançado.

A execução do serviço de treinamento se materializa, sem dúvida, com a aula que o docente ministra. É por meio desta ação que o profissional, fazendo uso da metodologia didático-pedagógica, utilizando os recursos instrucionais já definidos e aplicando o conteúdo programático estabelecido, executa o objeto com o fito de possibilitar o alcance do resultado pretendido. Se o resultado, para ser alcançado, depender essencialmente da intervenção direta e personalíssima do docente, por

óbvio, que o resultado da execução será imprevisível. Afinal de contas, cada professor possui sua técnica própria, sua forma de lidar com grupos, sua empatia e capacidade didática. Fará suas exposições com base não só em seus conhecimentos técnicos, mas também a partir das suas experiências pessoais, seu ritmo e timbre de voz. Aliás, o próprio professor poderá executar o serviço de forma distinta a cada aula proferida, ainda que do mesmo tema, provocado, por exemplo, por uma mudança de visão e conceitos. Quer dizer, as aulas sempre serão diferentes, seja na condução, seja nas conclusões, seja na forma de exposição. Tudo isso faz com que seja absolutamente impossível ao contratante desse serviço prever o resultado que irá receber ao cabo da execução, isto é, que nível de aprendizado será possível captar. Nestes casos, não se poderá admitir que, quem quer que seja o executor, desde que aplicando os recursos didáticos pre-definidos, vá obter os mesmos resultados. Não há como negar, diante desse contexto, a singularidade desse específico objeto.

O mesmo não ocorre com os treinamentos cujo resultado se alcança primordialmente a partir do emprego da metodologia e/ou material didático a ser aplicado. Nesses, a intervenção do professor passa a ser acessória, não sendo determinante na obtenção dos resultados esperados. A metodologia, sim, é que seria o principal elemento responsável pelo alcance desses resultados, o que induz a percepção de que, seguindo a metodologia e utilizando os materiais didáticos pré-definidos, o resultado será sempre previsível, não se alterando substancialmente mesmo quando executado por profissionais ou empresas distintas. Cite-se os cursos de datilografia ou digitação. Nestes, o instrutor é um condutor da metodologia. Sua intervenção é mínima e se resume a verificar se o aluno está executando os exercícios de forma correta. Se positivo, o instrutor o autorizará a passar para o próximo exercício, e assim sucessivamente até que o mesmo esteja completamente treinado. Qualquer instrutor treinado na metodologia atrairá resultados muito aproximados entre os alunos, portanto, perfeitamente previsíveis.[14]

Diante do acima exposto, é correto afirmar que, sempre que a intervenção pessoal do instrutor for o elemento determinante para o alcance dos resultados pretendidos, revelada estará a natureza singular do serviço, pois o nível do aprendizado não será previsível. Em contrapartida, caso o método supere a intervenção do mestre para esse desiderato, o

treinamento será licitável, porquanto o resultado será basicamente o mesmo quem quer que o execute (desde que detentor das habilidades específicas na metodologia). Para afastar de vez a confusão que ainda possa existir em relação ao conceito de singularidade, abordemos dois exemplos: Curso de Atualização em Língua Portuguesa e o Curso de LIBRAS.

Em nossa vida acadêmica já tivemos professores muito habilidosos, que, com uma didática excepcional, nos faziam entender mais facilmente a matéria; e outros, a despeito de serem detentores de elevado conhecimento e domínio da matéria, não eram tão capazes de transmitir adequadamente o conteúdo. No caso, não seria gramática o principal fio condutor do resultado, mas a intervenção pessoal do professor de língua portuguesa. Apesar de se tratar de um treinamento de matéria de nível médio (o que significa não ser de alta complexidade), para o qual há no mercado inúmeros professores habilitados, ainda sim o mesmo guarda a característica de singularidade.

Nos cursos de LIBRAS, a linguagem de sinais, o instrutor não apenas adentra o aluno nas formas que as mãos devem assumir para sinalizar cada letra do alfabeto ou sílabas ou expressões; vai muito mais além. O curso envolve também o aluno saber interpretar o ritmo com que os sinais são executados, a expressão facial e corporal do portador da deficiência auditiva, e outros trejeitos que compõem o universo do idioma de sinais. Logicamente que cada instrutor apresenta esse conteúdo de forma personalíssima, e, por isso, não previsível e impossível de comparação objetiva entre os vários possíveis executores”.⁷ (grifou-se)

É possível que um serviço técnico profissional especializado seja contratado por meio de licitação (se o objeto não comportar singularidade) ou por inexigibilidade (quando presentes os três requisitos a que alude o art. 25, II, da Lei 8.666/93). O enquadramento, portanto, deve ser feito à luz das especificidades do caso concreto, jamais em abstrato. Justamente por isso há julgados do TCU reconhecendo a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços jurídicos, assim como por meio de licitação. Não sendo o serviço portador de complexidade/incomum, a regra é a licitação.

Cabe uma análise do objeto e das práticas do mercado específico pelo setor técnico competente a fim de eleger o melhor procedimento. E existindo possibilidade de fixação de critérios objetivos para comparação e seleção de propostas, porque o objeto não é incomum, esvazia-se eventual justificativa para a contratação direta por inexigibilidade, na medida em que essa hipótese exige, para sua regular utilização, a demonstração fática de inviabilidade de competição, seja em razão da ausência de pluralidade de sujeitos aptos a atender a demanda da entidade ou quando, ainda que existente mais de uma alternativa, a comparação objetiva entre as propostas é inviável.

Sobre o tema também disserta Marçal Justen Filho: “ocorre que a singularidade do objeto nada mais reflete do que a singularidade do próprio interesse estatal a ser atendido. Ou seja, um certo objeto não pode ser substituído por outro, para fins de contratação administrativa, por ser ele o único adequado a atender a necessidade estatal ou as necessidades coletivas”.⁸

Recentemente, a Lei 14.039/2020 alterou, dentre outras normas, o Estatuto da Advocacia, inserindo o art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

A Lei 14.039/2020 não inovou na ordem jurídica com nova possibilidade de contratação por inexigibilidade, na verdade, o objetivo da norma, ao que nos parece, foi o de apenas traçar o entendimento de que, por si só, os serviços advocatícios são

singulares, o que não exime a Administração das cautelas que já existiam antes da lei, como o dever de motivar o ato, e, quando diante de um objeto complexo, eleger o particular a partir de sua notória especialização.

Ou seja, o enquadramento legal para contratação de notório especialista continua a ser o inciso II, do art. 25, da Lei 8.666/93. O que a norma citada fez foi respaldar ainda mais a contratação desses serviços por inexigibilidade, por considerá-los singulares.

Mas, em nosso entender, a norma deve ser interpretada com razoabilidade e em conjunto com as recomendações dos órgãos de controle, porquanto nem todo serviço jurídico justifica a contratação de um notório especialista. Ao contrário, algumas demandas são padronizadas e comuns.

Neste sentido, é o entendimento de Ana Carolina Coura Vicente Machado, que analisou os reflexos da Lei 14.039/2020, dentro dos limites da Lei 8.666/93, quando da contratação direta de serviços prestados por advogados e contadores, vejamos:

Mas será que tal reconhecimento legal da natureza singular dos serviços prestados por advogados e contadores é a saída para justificar/autorizar contratações diretas de modo automático e afastar o risco de ações de improbidade? Será que a partir de agora o administrador está isento do dever de motivar seus atos para justificar a contratação pautada em inexigibilidade de licitação? Será que os Tribunais de Contas e órgãos jurisdicionais aceitarão o quesito “confiança” como justificativa única e suficiente para comprovar a inviabilidade de competição no caso concreto exigido pela Lei 8.666 para as situações de inexigibilidade de licitação?

A resposta, em nosso sentir, é negativa para todas essas questões.

Primeiro porque a motivação é da essência do ato administrativo e, conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, “implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.”[2]

No mesmo sentido, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

Na Constituição Federal, a exigência de motivação consta expressamente apenas para as decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público (arts. 93 e 129, § 4o, com a redação dada pela Emenda Constitucional no 45/04), não havendo menção a ela no artigo 37, que trata da Administração Pública, provavelmente pelo fato de ela já ser amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Na Constituição Paulista, o artigo 111 inclui expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública.”

Segundo, porque a própria Lei de Licitações exige, para a regularidade da inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, II, que haja a demonstração da inviabilidade de competição para a contratação de serviço técnico profissional, de natureza singular, o qual demanda sua regular execução por notório especialista, assim entendido como aquele que, no campo de sua atuação, é o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado.

Da mesma forma, exige o art. 26 que as situações de dispensa e inexigibilidade devem ser necessariamente justificadas, devendo o processo ser instruído, inclusive, com a razão da escolha do fornecedor ou executante.⁹

Em face do exposto, conclui-se que o enquadramento na hipótese prevista no art. 25, inciso II, requer a demonstração de três requisitos: a) serviço técnico profissional especializado; b) natureza singular; c) notória especialização do profissional e

9 MACHADO, Ana Carolina Coura Vicente. Reflexões sobre a Lei 14.039/2020 e a contratação direta de serviços prestados por advogados e profissionais de contabilidade. Disponível em: <<https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=ccbf96f20452053e3c829c85a331ca31>>. Acesso em: 05.09.2020.

que referido enquadramento deve ser feito sempre à luz do caso concreto, jamais em abstrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO, Ana Carolina Coura Vicente. Reflexões sobre a Lei 14.039/2020 e a contratação direta de serviços prestados por advogados e profissionais de contabilidade. Disponível em: <<https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=ccb96f20452053e3c829c85a331ca31>>. Acesso em: 05.09.2020.

RJML nº. 38, março de 2016, seção doutrina, p. 04.

APLICABILIDADE (OU NÃO) DO DECRETO FEDERAL Nº 9.412/2018 AOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS: CONFLITO ENTRE NORMA GERAL E ESPECIAL

LEONARDO MATHEUS MUNHOZ MATOSKI

Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (2019).

LUCIANO ELIAS REIS

Advogado. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR. Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili - Espanha. Presidente da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração - Ordem dos Advogados do Brasil (PR) de 2013-2018. Diretor-Adjunto Acadêmico do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA. Pesquisador Líder do Grupo “Compras Públicas Inovadoras” (CNPq). Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos.



1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que os valores-limites para definição de cada modalidade dentro da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos influenciam veemente a forma de contratação da Administração Pública. Tais montantes, além de definirem o valor máximo para utilização de cada modalidade, paralelamente definem a possibilidade de dispensa ou não da licitação em função do valor.

Esse ensaio tem por objeto a análise da aplicabilidade do Decreto nº 9.412/2018, que foi editado pelo ex-presidente Michel Temer e atualizou os valores-limites dispostos no art. 23, I e II, da Lei nº 8.666/93, os quais se encontravam estagnados há 20 anos. Para tanto, destrinchar-se-á a redação atual da Lei nº 8.666/1993, destacando os principais artigos vinculados ao tema, quais sejam: o art. 23 e 24 incisos I e II e o art. 120.

Imperioso ainda alvitrar que examinar o presente tema perpassa por revisar conceitos complexos como norma geral e especial, bem como as divisões de competências legislativas prescritas pela Constituição Federal. A dificuldade e diversidade na

interpretação do tema em foco é perceptível na prática, quando se observa decisões de Cortes de Contas e do Poder Judiciário. Por tais razões, o interesse e a relevância do tema se fazem presentes.

2. NORMAS GERAIS E ESPECIAIS E O DECRETO Nº 9.412/2018

Como mencionado anteriormente, o Ex-Presidente da República, Michel Temer, editou o Decreto Federal nº 9.412 de 18 de junho de 2018. Ele alterou os valores-limites para as modalidades de licitação na Lei nº 8.666/1993, cujos montantes estavam estagnados há 20 anos.

Os valores-limites estão dispostos no art. 23, em seus incisos I e II, e as possibilidades de dispensa estão expressas no artigo seguinte. Segundo Joel Menezes Niebuhr os valores máximos alterados para as modalidades dispostas no art. 23 alteram, por via reflexa, os limites máximos para a dispensa de licitação dos incisos I e II do art. 24, haja vista que os limites de dispensa são definidos em razão do percentual de 10% sobre os limites previstos na modalidade convite (alínea a, incisos I e II, do art. 23).¹ De imediato, em razão do prazo da estagnação e a inflação ocorrida no referido interstício, já se percebe que o ato governamental normativo se mostrou pertinente.

Segundo Rodrigo Valgas dos Santos, as atualizações históricas dos valores-limites da Lei de Licitações e Contratos Administrativos se tratam de uma obrigatoriedade e não mera faculdade, isto porque, as perdas inflacionárias no país em cada período são constantes e a ausência de acompanhamento correspondente ante o real valor monetário levaria ao total esvaziamento no conteúdo normativo, principalmente no que diz respeito a dispensa por pequeno valor.²

1 NIEBUHR, Joel Menezes. Reflexões sobre os novos limites para as modalidades e para a dispensa de licitação. **Zênite**. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/reflexoes-sobre-os-novos-limites-para-as-modalidades-e-para-a-dispensa-de-licitacao/>>. Acesso em: 28 fev. 2019. Impende pontuar que a Medida Provisória nº 961 aumentou os limites de dispensa em função do valor e foi convertida esse ponto na Lei Federal nº 14.065/2020, entretanto é eficaz tão somente até o período final do estado de calamidade reconhecido no Decreto Legislativo nº 06/2020.

2 SANTOS, Rodrigo Valgas. Problemas Decorrentes da Ausência de Atualização dos Limites de Dispensa Previstos no Art. 24 I e II da Lei 8666/93. **Direito e Estado Colonistas**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/rodrigo-valgas-dos-santos/problemas-decorrentes-da-ausencia-de-atualizacao-dos-limites-de-dispensa-previstos-no-art-24-i-e-ii-da-lei-8666-93>> Acesso em 15 mar. 2019.

Apesar disso, a extensão e aplicabilidade do Decreto nº 9.412/2018 é controversa diante da doutrina e jurisprudência, tanto pelo ponto de vista da natureza da norma e da sua competência legislativa, fatores cruciais para alcançar conclusões quanto ao tema.

Rafael Carvalho expressa que “o ponto central do debate reside na qualificação dos incisos I e II do art. 23 da Lei de Licitações como normas gerais (ou nacionais), aplicáveis a todos os entes da Federação, ou normas específicas (federais), cujo âmbito de incidência restringe-se à esfera federal.”³

Joel de Menezes Niebuhr diz ser clara, ao analisar o art. 22, inciso XXVII da CF, a consideração de que a União dispõe de competência para editar normas gerais em torno da licitação pública e contratos administrativos, o que, em contraponto, pressupõe invariavelmente a competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, para legislar sobre normas não qualificadas como gerais, ou seja, normas especiais.⁴ Neste alinhado, conclui Celso Antônio Bandeira de Mello:

A competência para legislar sobre licitação (e contratos administrativos) assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política, isto é: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Entretanto, compete à União editar “normas gerais” sobre o assunto, conforme prescreve o art. 22, XXVII, da Constituição. Com efeito, o tema é estritamente de Direito Administrativo, dizendo, pois, com um campo de competência próprio das várias pessoas referidas, pelo quê cada qual legislará para si própria em sua esfera específica.⁵

Assim, quando a União criar uma norma geral essa terá caráter nacional, todos os entes devem observá-la, em contrapartida, quando a União legislar sobre norma específica essa terá caráter federal, devendo a lei ser aplicada somente à própria

3 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Concorrência, Tomada de Preços e Convite: Os novos valores do Decreto nº 9.412/2018 e seus Reflexos Sistêmicos. **GenJurídico**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/08/10/concorrenca-tomada-de-precos-e-convite-os-novos-valores-do-e-seus-reflexos-sistemicos/>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

4 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 40.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 535.

União (denominada lei federal). À União compete legislar sobre normas gerais e especiais, ficando os demais entes atrelados a essa competência, com a liberdade de legislar sobre normas específicas.

O conceito de norma geral não é preciso, visto que se trata de um conceito jurídico indeterminado que possui uma zona cinzenta e precisa ser avaliado de acordo com o caso concreto. Diante da doutrina pode-se observar as mais diversas interpretações sobre o tema. Para Marçal Justen Filho, a norma geral busca assegurar, por um lado, a manutenção da competência legislativa da União, sem suprir, por outro lado, o poder de cada ente federativo para dispor sobre determinados ângulos da mesma matéria. Nasce um conjunto uniforme de regras acerca dos temas essenciais e fundamentais do instituto. Desta feita, entende-se que as pessoas federativas individualmente só poderão legislar sobre normas que não infrinjam esse 'conjunto uniforme de regras'.⁶

As normas gerais vinculam preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores às leis que irão sucedê-las. Sendo assim, constituem preceitos aplicáveis uniformemente em todo país, por deterem aspectos que repercutem com neutralidade e indiferença em qualquer região ou localidade que sejam aplicadas.⁷

Entretanto, a fórmula constitucional impõe enorme dificuldade ao buscar identificar na prática o que são normas gerais e por consequência quais são as normas especiais, inexistindo uma distinção formal explícita na redação que indique cada qual.⁸ Via de consequência, o intérprete e o legislador poderão entender algo como normal geral ou normal especial a partir de sua inteligência.

Outrossim, a própria Suprema Corte abriu precedentes para essa discricionariedade/subjectividade do intérprete no momento de identificar o que é norma geral e

6 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 15-17.

7 MELLO, 2013, p. 539-540.

8 JUSTEN FILHO, Op. cit., p. 15-17.

especial na Lei nº 8.666/93, conforme demonstra trecho do voto de Joaquim Barbosa na ADI 3059-MC:⁹

A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. Da generalidade da norma às particularidades de cada ente da Federação, pode-se afirmar que a Constituição deixa aberta a porta da discricionariedade. Contudo, em tema de licitação, como já decidiu esta Corte, a discricionariedade existe para preservar um interesse público fundamental: a possibilidade de efetiva, real e isonômica competição. É a busca pela competição que justifica certa liberdade do legislador e do administrador.

Inclusive, no dia 15/03/2019, o tema se tornou matéria de Repercussão Geral através do RE nº 1.188.352. O Recurso discute uma possível inconstitucionalidade na Lei nº 5.345/2014 do Distrito Federal, de autoria do Poder Executivo, que inverteu fases de habilitação e de proposta no procedimento das modalidades da Lei Geral de Licitações.¹⁰ Destaca-se trecho do relatório do Ministro Luiz Fux justificando os motivos para consideração da Repercussão Geral do tema:¹¹

(...)a imposição constitucional de existência de um núcleo comum e uniforme de normas deve ser sopesada com a noção de laboratório da democracia (laboratory of democracy). É desejável que os entes federativos gozem de certa liberdade para regular assuntos de forma distinta, não apenas porque cada um deles apresenta peculiaridades locais que justificam adaptações da legislação federal, mas também porque o uso de diferentes estratégias regulatórias permite comparações e aprimoramentos quanto à efetividade de cada uma delas.

(...)

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3059. Relator: Min. Ayres Britto. 2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=13196>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1188352. Relator: Min. Luiz Fux. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5628502>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

11 Idem.

Em síntese, a encampação de interpretações extremas do conceito de norma geral – seja para torná-la excessivamente ampla, seja para restringi-la em demasia – pode desencadear desequilíbrios indesejáveis no pacto federativo.

Desta feita, se justifica o caráter híbrido dado à Lei nº 8.666/93, de um lado apresentando normas gerais, cuja competência de legislar é exclusiva da União, devendo ser respeitadas por todos os entes federativos, do outro, normas especiais, que podem ser legisladas individualmente por cada ente de acordo com suas peculiaridades. Ressalvadas tais considerações, percebe-se que a problemática surge no momento de apontar, dentro da Lei, em qual disciplina (geral ou especial) cada norma se encaixa ante o texto enunciativo.

Marçal Justen Filho considera que em algumas situações é possível afirmar com certeza essa natureza. Dentre às normas em que há certeza de generalidade mencionadas pelo autor, destacam-se 03 (três), por estarem diretamente ligadas ao tema em questão: 1) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; 2) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação; 3) modalidades de licitação.¹²

Jessé Torres Pereira Júnior entende de forma semelhante, ao considerar que o art. 22, seus incisos e parágrafos, detém caráter de norma geral, por se tratarem de dispositivos essenciais à definição dos meios pelos quais optou a Administração por licitar, concluindo que, as modalidades implementam dever geral de licitar, o que implica em preceito constitucional.¹³

Verifica-se que a compreensão sobre a natureza jurídica das normas definidoras das modalidades nos termos do artigo 22 é remansosa. Agora reside a pergunta se o artigo 23, I e II, também ser considerado norma geral?

Em que pese não ser seu entendimento, Joel de Menezes Niebuhr considera

12 JUSTEN FILHO, 2008, p. 17.

13 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 273.

que desde a entrada em vigor da Lei nº 8.666/93 prevalece tanto na Administração Pública (salvo algumas exceções), quanto na doutrina, a definição de que os limites das modalidades e da dispensa de licitação desenham sim normas gerais, sendo a competência para alterá-los exclusiva do Presidente da República, vide art. 120. Tal autor advoga, em que pese as modalidades serem sim normas gerais, os limites de valores não podem ser assim considerados, isto porque, a definição do limite para contratar depende muito da peculiaridade de cada ente federativo.¹⁴

Marçal Justen Filho pensa de modo similar. Para ele, Municípios, Estados e o Distrito Federal podem fixar seus valores, contanto que respeitado o teto federal dado para cada modalidade, ou seja, buscando respeitar a norma geral, não podem os entes federativos estipularem montantes que ultrapassem os limites impostos pelo Decreto nº 9.412/2018, entretanto, estão livres para reduzi-los.¹⁵

Semelhante é o entendimento de Rafael Carvalho, expõe-se:¹⁶

Em nossa opinião, os valores fixados para as modalidades de licitação, com a atualização do Decreto 9.412/2018, devem ser observados pelos demais entes da federação que podem, contudo, editar suas próprias normas jurídicas para estipulação de valores inferiores, adequados às suas realidades federativas.

Valgas tem entendimento diverso em virtude das premissas. Assim como a doutrina majoritária, reconhece o caráter de norma geral das modalidades licitatórias, no entanto, os valores compreendidos em cada uma das modalidades, não só podem, como devem ser alterados pelos demais entes federados, independente do teto, sob pena de desnaturação da federação. Justifica que a alteração dos valores realizada pelos demais federados, não se trata de competência realizada livremente, mas

14 NIEBUHR, 2019.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. Marçal Justen Filho fala sobre o Decreto 9.412. **Sollicita**. Disponível em: <https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=13691&n=mar%C3%A7al-justen-filho-fala-sobre-o-decreto-9.412>. Acesso em: 02 jul. 2019.

16 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Concorrência, Tomada de Preços e Convite: Os novos valores do Decreto nº 9.412/2018 e seus Reflexos Sistêmicos. **GenJurídico**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/08/10/concorrenca-tomada-de-precos-e-convite-os-novos-valores-do-e-seus-reflexos-sistemicos/>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

sim, trata-se de mera atualização baseada nos parâmetros fixados pela própria União, restando por respeitada a norma geral.¹⁷

Pelo exposto, nota-se divergência doutrinária quanto à identificação do que é norma geral e especial para a prescrição das modalidades e mensuração dos seus limites caracterizadores.

3. A PROBLEMÁTICA DO LIMITE DE ACORDO COM OS TRIBUNAIS E SEUS ASPECTOS OPERACIONAIS

A divergência em questão vai além da doutrina. É demonstrada na prática muito antes de publicado o Decreto nº 9.412/2018. A priori, o entendimento majoritário por parte dos órgãos de controle no Brasil tem sido pela consideração da natureza de norma geral dos artigos 23 e 120, cabendo exclusivamente à União realizar as atualizações dos valores para cada modalidade.

Essa diretriz pode ser observada na Resolução de Consulta do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins – TCE/TO, nº 803/2014, que interpelado pela Prefeitura Municipal de Palmas sobre a possibilidade de municípios atualizarem os valores-limites, proferiu a seguinte resposta:¹⁸

a) não é possível Estados, Distrito Federal e Municípios legislarem de forma suplementar, seja por meio de lei ou decreto, objetivando atualizar os valores das modalidades de licitação, constantes do art. 23 da Lei n. 8.666/93, vez que tal dispositivo trata-se de norma geral, cuja a competência para legislar sobre matéria dessa natureza, é privativa da União;

17 SANTOS, Rodrigo Valgas. Problemas Decorrentes da Ausência de Atualização dos Limites de Dispensa Previstos no Art. 24 I e II da Lei 8666/93. **Direito e Estado Colunistas**. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-valgas-dos-santos/problemas-decorrentes-da-ausencia-de-atualizacao-dos-limites-de-dispensa-previstos-no-art-24-i-e-ii-da-lei-8666-93>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

18 TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Resolução de Consulta nº 803/2014. Disponível em: <<https://www.tce.to.gov.br/sitetce/sessoes/resultados-de-consultas/category/172-2014>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Foi semelhante o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – TCE/RO, em resposta à Resolução de Consulta nº 016/2016, proferida ao Município de Cujubim/RO:¹⁹

Objetivando evitar a criação de disparidades entre os valores definidos pela União (de modo constitucional e legal), e outras quantias eventualmente elegidas para as modalidades licitatórias nos municípios e no Estado de Rondônia, inclusive, com afetação direta sobre os percentuais para Dispensa de Licitação (art. 24, I e II, e § 2º, da Lei nº 8.666/9311); e,

(...)

Por fim, em defesa do interesse público na preservação do erário, apresenta-se resposta a vertente Consulta no sentido da vedação aos municípios e/ou do Estado de Rondônia em legislar para atualizar os valores das modalidades de licitação, constantes do art. 23, I e II, da Lei nº 8.666/93.

Apesar disso, convém ponderar um julgado paradigma do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Tudo se iniciou no Tribunal de Contas Estadual do Mato Grosso, através do Pedido de Consulta realizado pelo então Prefeito do Município de Campo de Júlio, Dirceu Martins (doravante Consulente), no dia 25/06/2014. Na oportunidade foram realizados dois questionamentos à Corte de Contas: o primeiro sobre a legalidade do Poder Executivo Municipal, mediante lei ou decreto, com base nos índices monetários, atualizar os valores das modalidades licitatórias constantes na Lei nº 8.666/93. O segundo sobre a legalidade dos municípios legislar sobre normas específicas na Lei nº 8.666/93.²⁰

Feitos os questionamentos, de início o Relator Antônio Joaquim, a Consultoria Técnica (através de parecer técnico) e o Ministério Público de Contas, por unanimidade, consideraram ilegal que leis municipais atualizassem os montantes do art. 23,

19 RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Resolução de Consulta nº 016/2016. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/Consulta-016-2016.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

20 MATO GROSSO. Tribunal de Contas Estadual do Mato Grosso. Resolução de Consulta nº 17/2014. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00047355/017-%202014%20-%2012.174-6-2014.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

competindo à União legislar sobre a matéria por se tratar de norma geral.

Entretanto, no dia 14/08/2014, em sessão extraordinária, o Conselheiro Substituto Luiz Carlos Pereira pediu vista dos autos para revisão do mérito. Após análise, no dia 09/09/2014, proferiu seu voto a respeito do tema. Pois bem, diferentemente de todos os entendimentos até então exauridos sobre o assunto no TCE/MT, o Conselheiro, em seu voto, considerou legal a possibilidade de Leis Municipais atualizarem os valores do art. 23, pelos motivos que serão expostos a seguir.

De início, frisou o Conselheiro que houve omissão dos demais votantes ao analisarem parte do questionamento da Consulente, isto porque se limitaram ao art. 23, ignorando a relevância em analisar conjuntamente o art. 120, em especial, na parte que discorre quanto aos índices de correção monetária.²¹

Para o dito Conselheiro, é inegável que o art. 120 trata-se de norma geral, desta forma, somente a União poderá criar indexadores de preço em âmbito nacional e assim definir quais serão as variações periódicas de valor em relação à moeda (IGP-M, INCP), como já foi feito em outras oportunidades (vide Leis 9.648/1998 e 8.883/94). Porém, a questão atinente à competência para promover/executar esta atualização/revisão compete ao Poder Executivo de todos os entes. O art. 120 ao expressar “Poder Executivo Federal”, demonstra paralelamente que o art. 23, responsável por fixar tais valores, detém caráter específico à União, razão pela qual é norma específica/federal e não geral/nacional.

Desta feita, aludiu o Conselheiro: “Noutra senda porém, a norma que fixa valores das modalidades licitatórias consubstanciam normas federais, de específica aplicação no âmbito da União, tanto que serão pelo Executivo Federal atualizadas.”²² Ou seja, essa exclusividade ao Executivo Federal, não se enquadra ao conceito de norma geral, sendo sensato considerar que todos os entes não só podem, como devem atualizar os valores do art. 23.

21 MATO GROSSO. Tribunal de Contas Estadual do Mato Grosso. Resolução de Consulta nº 17/2014. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00047355/017-%202014%20-%2012.174-6-2014.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

22 Idem.

Após fundamentação, concluiu o Conselheiro ser plenamente legal os municípios atualizarem os valores-limites de cada modalidade em parâmetros razoáveis às suas peculiaridades, porém, com a ressalva de que a disciplina deve ser realizada por meio de lei (e não decreto), à luz do que dispõe o art. 5º, inciso II,²³ o art. 37, caput, e o art. 84, incisos IV e VI da CF/88.²⁴

Dada controvérsia diante do tema, no dia 09/09/2014, os autos foram remetidos para o Tribunal Pleno da Corte Estadual de Contas, que em julgamento presencial decidiu por manter a decisão (até então minoritária) do Conselheiro Luiz Carlos Pereira. Dentre os dispositivos expostos na resolução final da consulta, destacam-se:²⁵

- d) O artigo 23 da Lei de Licitações é norma específica, editada pela União com vistas a fixar os valores a que tão somente seus órgãos e entidades se sujeitam para escolha das modalidades licitatórias, sendo juridicamente possível a outros entes da federação, a exemplo dos Municípios, estabelecerem novos valores para a definição das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993.
- g) O valor a ser fixado pelos demais entes, a título de limite máximo para fixação das modalidades licitatórias do artigo 22 da Lei nº 8.666/1993, à luz da regra constitucional da licitação e do princípio da razoabilidade, jamais poderá servir de burla à regra constitucional de submissão das aquisições e alienações ao próprio processo licitatório.
- h) O artigo 120 da Lei nº 8.666/1993 é norma geral, editada pela União, tão somente na parte em que prescreve o indexador de reajuste dos valores fixados na referida lei, e a periodicidade do reajuste.

No dia 18/09/2014, a Resolução foi publicada no Diário Oficial e nos autos de

23 II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

24 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

25 MATO GROSSO. op. cit.

consulta não houve mais movimentações, restando por arquivado no dia 10/10/2014.

Ocorre que, embasados por essa decisão, diversos municípios mato-grossenses passaram a estipular seus próprios valores para as modalidades. No entanto, o Procurador Geral do Estado, informado com a decisão do TCE/MT e a repercussão por ela gerada, ingressou perante ao TJ/MT com Ação Direta de Inconstitucionalidade em desfavor de 14 (quatorze) leis criadas por municípios sobre o tema, alegando que o artigo art. 193²⁶ da Constituição Estadual do Mato Grosso estaria sendo violado.²⁷

O caso, por sua repercussão e por envolver a análise de inconstitucionalidade, foi remetido para o julgamento do Tribunal Pleno e a decisão sobre o assunto à luz do art. 58 do CPC, por força da conexão material, se realizou em um único julgamento.

O Tribunal Pleno tinha como Presidente o Desembargador Rui Ramos Ribeiro e como Relator do tema o Desembargador Sebastião de Moraes Filho. Do julgamento, em primeiro momento, participaram 23 (vinte e três) Desembargadores, destes, 09 (nove) votaram pela procedência da ADI, ou seja, consideraram inconstitucional municípios legislares sobre os valores e 14 (quatorze) votaram pela improcedência da ADI, ou seja, consideraram constitucional municípios legislares sobre os valores.

Dentre todos os votos, o presente estudo destacará 02 (dois) considerados principais de cada lado que divergiu durante a decisão. Um será o voto vencido (em primeiro momento) do relator, Desembargador Sebastião de Moraes. O outro, será o voto vencedor do Desembargador Paulo Cunha.

Inicia-se pelo voto do Relator, que considerou além de violado o artigo da Constituição Estadual, também o art. 30, inciso II da CF/88. Destacou que a natureza de norma geral do art. 23 da Lei nº 8.666/93 é de clareza solar, na medida que este visa preservar o prescrito no art. 37 da CF/88, especialmente quanto aos princípios

26 Art. 193. Cabe à Câmara Municipal, com sanção do Prefeito legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, e instituir os tributos de competência do Município, nos termos definidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

27 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 460/2016. Relator: Des. Sebastião de Moraes. 2016. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=4bff9d67-1a79-458b-a35f-dd495a7b842d>> Acesso em: 15 jun. 2019.

da legalidade e moralidade. Sendo assim, a competência é privativa da União para legislar sobre tais valores, assegurando-se desta forma um regime único e uniforme em todo território nacional.

Outrossim, sustentou que analisando individualmente cada uma das leis feitas pelos municípios (supostamente inconstitucionais), se deparou com valores diversos, aplicados de formas completamente distintas, fato que ensejaria enorme insegurança jurídica no Estado. Ademais, afirmou que a própria Lei nº 8.666/93 através do art. 120 é incisiva em demonstrar ao intérprete que legislar sobre o art. 23, é competência exclusiva da União. Por fim, concluiu que os valores previstos devem sim ser entendidos como normas gerais, respeitando dessa forma os artigos 37 da CF/88 e 193 da CE/MT, sendo garantida a segurança jurídica no ordenamento. Votou pela inconstitucionalidade formal das leis municipais que versavam sobre o assunto, dando efeito *ex-nunc* para decisão.

De outro lado, diferente foi a interpretação do Desembargador Paulo Cunha. Para o Magistrado, impedir que Municípios legislem sobre a matéria em questão é evidente afronta ao princípio federativo (art. 18 CF). Reconheceu, assim como a doutrina majoritária, ser tarefa difícil distinguir diante da sistemática da Lei nº 8.666/93 as normas gerais das normas não gerais, na medida que a lei em nenhum momento é clara nas definições. Para o Desembargador é inegável o caráter geral do art. 23. Já o art. 120 deve ser analisado em duas partes: a primeira, ao delegar ao Poder Executivo da União o reajuste dos valores, reconhece a incidência exclusiva à Administração Pública Federal (norma especial), logo, em respeito ao princípio federativo, não só podem, como devem os demais entes atualizarem os valores. Já a segunda parte, deve ser considerada norma geral em respeito ao art. 22, VI da CF, por se tratar de índices monetários (entendimento semelhante ao do TCE).

Neste raciocínio, exigiu a norma geral que as modalidades de licitação fossem determinadas em função de um teto máximo (art. 23, I e II), no entanto, não exigiu que os valores desse teto máximo fossem corrigidos monetariamente para todos os entes federados, tampouco que a correção anti-inflacionária fosse idêntica entre eles (1ª parte do art. 120). Ou seja, quando um município atualiza os valores, não infringe

normas gerais, pura e simplesmente está atualizando os valores com o indexador que solicita a norma geral (2ª parte do art. 120). Desta forma, a atualização por outros entes não se procede de forma aleatória, mas sim, em estrito respeito ao art. 120, o qual estabelece como obrigatório para toda nação (2ª parte) o emprego do IGPM como índice de correção monetária.

Nesta linha complementou:

Note-se, uma coisa é norma municipal que determina a modalidade de licitação, tendo em vista o valor estimado da contratação - o que é vedado. Outra coisa é a norma municipal que apenas atualiza monetariamente o valor estimado da contratação. Esta última, em verdade, não cria algo novo, mas apenas recompõem o quantum originário previsto na Lei nº 8.666/93 (alterado pela Lei nº 9.648/98).

Sendo assim, julgou constitucional as leis criadas pelos municípios e por consequência improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral do Estado. Como mencionado anteriormente, esta foi a decisão da maioria do Tribunal Pleno (14x9), sendo este o voto paradigma. A decisão foi publicada no dia 22/06/2017.

Ocorre que após publicada a decisão, no dia 04/07/2017, a Procuradoria Geral do Estado ingressou com embargos de declaração, em que discutiu a questão do quórum do Tribunal Pleno, tendo em vista que a decisão não foi absoluta, na medida que 07 (sete) desembargadores não votaram na oportunidade.

Desta feita, após quase 02 (dois) anos da oposição, os embargos declaratórios foram acolhidos, decidindo o Relator por dar continuidade à decisão para colher os votos faltantes, que a depender, poderiam modificar o julgamento. Frise-se que os embargos foram julgados em janeiro de 2019, sendo assim, já se encontrava em vigência o Decreto nº 9.412/18, fato considerado pelo Relator como não suficiente para a perda superveniente do objeto.

Dos 07 (sete) votos faltantes, 02 (dois) desembargadores não votaram, sendo 05 (cinco) recolhidos, os quais optaram pela procedência da ADI. Além destes, mais

03 (três) desembargadores retificaram seus votos anteriormente realizados no julgamento de 2017. Não obstante, a decisão que havia sido anteriormente pela Improcedência da ADI (9x14), após o acolhimento dos Embargos, recolhimento e retificação dos votos, passou a ser procedente (17x11), devendo todos os municípios revogarem as leis sobre o tema, sendo mantido o efeito *ex-nunc* à decisão.

Nesse período (resposta da Resolução do TCE em 2014 até o Acórdão do Tribunal Pleno do TJ publicado em março de 2019), os municípios mato-grossenses legislaram sobre o tema, alguns prevendo valores maiores que o Decreto nº 9.412/18, como por exemplo a Lei Ordinária de Santa Rita do Trivelato nº 494/2014.²⁸ Outros prevendo valores menores, como por exemplo, a Lei Ordinária nº 1.745/2015 do Município Campo Novo do Parecis.²⁹

Reitera-se que os casos acima ocorreram antes da publicação do Decreto nº 9.412/2018, devido ao esvaziamento da norma em comparação aos valores do mercado. Agora, passam-se a ilustrar as dúvidas e controvérsias ocorridas após sua publicação.

De início, expõe-se a demanda nº 163.564 do Tribunal de Contas do Paraná, que interpelado sobre o tema, emitiu em primeiro momento através da Coordenadoria-Geral de Fiscalização, a seguinte resposta:³⁰

Prezado Sr. Décio, A princípio, os valores dos limites de modalidades de licitação atualizados pelo Decreto Federal nº 9.412/2018 aplicam-se exclusivamente para União (Governo Federal) (...)

Vale ressaltar que o TCE/PR utilizou como paradigma, para considerar a aplicabilidade exclusiva à União, o Acórdão do TJ/MT, anteriormente analisado no presente trabalho:

28 SANTA RITA DO TRIVELATO. Lei nº 494/2014 de 28 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://trivelato.netleis.com.br/View/?k=lei&r=495>>. Acesso em: 10 out. 2019.

29 CAMPO NOVO DO PARECIS. Lei nº 1.745/2015 de 24 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.camponovodoparecis.mt.gov.br/fotos_downloads/6475.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019

30 PARANÁ. Tribunal de Contas Estadual do Paraná. Número Identificador da Demanda: 163564. Disponível em <<http://www1.tce.pr.gov.br/busca/instrucoes-normativas/7/1409/?por=demandas>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

(...) Por segundo, reporta-se não ter sido encontrada jurisprudência sobre o tema no âmbito desta E Corte de Contas. Todavia, verifica-se posicionamento adotado pelo TCE/MT e pelo TJ/MT pela possibilidade de atualização dos valores do art. 23 da Lei nº 8.666/1993, desde que haja autorização em lei específica municipal (...)

Entretanto, alguns dias depois se retratou através da nota técnica nº 1/2018 – CGF/TCE-PR, considerando a aplicação do Decreto para toda Administração Pública:³¹

A Coordenadoria-Geral de Fiscalização - CGF do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em observância ao art. 151-A, IX, do Regimento Interno do TCE-PR, entende que as disposições do artigo 23 da Lei 8.666/93 são vinculantes para todas as esferas da Federação, e que os valores fixados pelo Decreto Federal nº 9.412, de 18 de junho de 2018, se aplicam, desde a sua entrada em vigência (19/07/2018), a toda Administração Pública municipal e estadual (...)

O tema foi objeto de consulta também no Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia – TCM/BA, realizada pelo Município de Barra do Rocha da seguinte forma: “O município que utiliza a Lei 8.666/93 (que corresponde a grande maioria dos municípios do Brasil), pode utilizar os novos valores nos processos de licitações e dispensas efetivadas a partir de agora?”.

Em resposta, o TCM/BA expressou o seguinte entendimento:³²

Tem-se, pois, que a União, no exercício da sua competência privativa, editou a Lei nº 8.666/1993 (norma geral), que, no seu artigo 120, facultou ao Poder Executivo Federal a revisão dos valores nela fixados. Tais fatos conduzem à conclusão de que as disposições contidas no Decreto nº 9.412/2018 também estão inseridas no conceito de “normas gerais”, sendo aplicáveis no âmbito municipal.

31 PARANÁ. Tribunal de Contas Estadual do Paraná. Nota Técnica nº 1/2018 – CGF/TCE-PR. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/nota-tecnica-posicionamento-do-tce-pr-sobre-novos-valores-da-lei-de-licitacoes/6248/N>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

32 BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Parecer nº 01946-18. Disponível em: <<http://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/10446e18.odt.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Pelo exposto, observa-se que a incerteza quanto à natureza normativa dos valores-limites não se apresenta apenas diante das considerações doutrinárias, se evidencia também nos entendimentos dos Tribunais pelo país, inclusive, muito antes da publicação do Decreto nº 9.412/2018.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto, o Decreto Federal nº 9.412/2018 atualizou os valores-limites dispostos no art. 23, incisos I e II da Lei nº 8.666/1993, respeitando as ordens do art. 120. Como a Lei Geral de Licitações possui normas de natureza jurídica de caráter híbrido, ou seja, de natureza geral e especial, eis que surge a problemática sobre a constitucionalidade ou não do Decreto para os demais entes, além da União.

Por isso, quanto às divergências da norma e da competência, dois raciocínios poderiam ser deduzidos:

- (i) De um lado, os artigos podem ser considerados híbridos, devendo a composição dos valores-limites ser tratada como norma especial, podendo Municípios, Estados e Distrito Federal atualizarem seus valores de acordo com suas peculiaridades, respeitando a autonomia competente pela qual dispõem.
- (ii) De outro lado, buscando evitar uma possível insegurança jurídica nacional, pode-se considerar exclusiva a natureza de norma geral dos artigos, evitando assim, como bem mencionou o Desembargador Sebastião de Moraes, do TJ/MT, uma verdadeira ‘torre de Babel’, na medida que, ‘o que é concorrência pública em um município, poderá ocorrer que no vizinho será tomada de preços’.

Ao compreender as conceituações de norma geral e especial e os critérios de competência legislativa constitucional (mundo do ‘dever ser’), assim como a prática (mundo do ‘ser’), essas atualizações de forma esparsa geram enorme insegurança jurídica, como ficou evidenciado nas legislações dos municípios mato-grossenses. Para evitar possíveis conflitos de decisões judiciais, o ideal seria que os valores fossem atualizados anualmente pelo Executivo Federal, ou ao menos, caminhassem junto aos

padrões de mercado, uma vez que assim elidiria o interesse na presente discussão por meio de leis municipais ou estaduais com limites díspares ao federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Parecer nº 01946-18. Disponível em: <<http://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/10446e18.odt.pdf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3059. Relator: Min. Ayres Britto. 2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=13196>>.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. Relatora: Min. Carmem Lúcia. 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2416537>>.

_____. Recurso Extraordinário nº 1188352. Relator: Min. Luiz Fux. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5628502>>.

CARVALHO FILHO, José do Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ª. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. Marçal Justen Filho fala sobre o Decreto 9.412. **Sollicita**. Disponível em: <https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=13691&n=mar%C3%A7al-justen-filho-fala-sobre-o-decreto-9.412>.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 460/2016. Relator: Des. Sebastião de Moraes. 2016. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=4bff9d67-1a79-458b-a35f-dd495a7b842d>>.

_____. Tribunal de Contas Estadual do Mato Grosso. Resolução de Consulta nº 17/2014. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00047355/017-%202014%20-%2012.174-6-2014.pdf>>.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Direito Municipal Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 1ª ed. Curitiba: Zênite, 2008.

_____. Reflexões sobre os novos limites para as modalidades e para a dispensa de licitação. **Zênite**. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/reflexoes-sobre-os-novos-limites-para-as-modalidades-e-para-a-dispensa-de-licitacao/>>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Concorrência, Tomada de Preços e Convite: Os novos valores do Decreto nº 9.412/2018 e seus Reflexos Sistêmicos. **GenJurídico**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/08/10/concorrenca-tomada-de-precos-e-convite-os-novos-valores-do-e-seus-reflexos-sistemicos/>>.

_____. **Licitações e Contratos Administrativos**: Teoria e Prática. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

PARANÁ. Tribunal de Contas Estadual do Paraná. Nota Técnica nº 1/2018 – CGF/TCE-PR. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/nota-tecnica-posicionamento-do-tce-pr-sobre-novos-valores-da-lei-de-licitacoes/6248/N>>.

_____. Número Identificador da Demanda: 163564. Disponível em <<http://www1.tce.pr.gov.br/busca/instrucoes-normativas/7/1409/?por=demandas>>.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Resolução de Consulta nº 016/2016. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/Consulta-016-2016.pdf>>.

SANTOS, Rodrigo Valgas. Problemas Decorrentes da Ausência de Atualização dos Limites de Dispensa Previstos no Art. 24 I e II da Lei 8666/93. **Direito e Estado Colonistas**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/rodrigo-valgas-dos-santos/problemas-decorrentes-da-ausencia-de-atualizacao-dos-limites-de-dispensa-previstos-no-art-24-i-e-ii-da-lei-8666-93>>.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Resolução de Consulta nº 803/2014. Disponível em: <<https://www.tce.to.gov.br/sitetce/sessoes/resultados-de-consultas/category/172-2014>>.

VALIATI, Thiago Priess. **Segurança Jurídica e Infraestrutura**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

NEOLIBERALISMO, NOVAS TECNOLOGIAS E A ATUAÇÃO DO ESTADO

LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo. Advogado.

JOÃO GUILHERME WALSKI DE ALMEIDA

Bacharel e mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.



1. BREVES LINHAS SOBRE O CONTEXTO NEOLIBERAL

Após a devastadora crise econômica iniciada em 2008, muitos acreditaram que o neoliberalismo, sistema econômico dominante desde a década de 1990, estava com seus dias contados. Na Europa, o ex-presidente da França, Nicolas Sarkozy, afirmou publicamente que o *laissez-faire* havia acabado, e Joseph Stiglitz, então economista chefe do Banco Mundial, concluiu pela derrocada do ideário neoliberal.¹ Enquanto isso, a América Latina vivia uma certa primavera, com a inédita ascensão ao poder de lideranças progressistas de esquerda e de centro-esquerda, que prometiam governos focados na dignidade humana e na inclusão de minorias no processo político.²

O fim do neoliberalismo implicaria, por sua vez, no retorno a um modelo de Estado fortalecido e nos quais os mercados seriam controlados. Contudo, essa expectativa não se concretizou. A ideologia neoliberal encontra-se fortalecida e o papel do Estado, mesmo com a recente crise econômica, que, ao invés de orientar um novo curso econômico para a humanidade, arraigou o modelo neoliberal, sobretudo a partir da imposição de severas medidas de austeridade e da submissão dos estados à concorrência dos mercados financeiros.

1 PECK, Jamie; THEODORE, Nik; BRENNER, Neil. Mal-estar no pós-neoliberalismo. **Novos estud.** - CE-BRAP, São Paulo, n. 92, p. 59-78, Mar. 2012.

2 DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007, p. 9.

Segundo Dardot e Laval, o neoliberalismo é uma ideologia e uma política econômica. Mas antes disso, é uma racionalidade, que estrutura tanto a ação dos governantes, como a conduta dos governados. Para os autores, a racionalidade neoliberal tem como característica principal “a generalização da concorrência como norma de conduta e da empresa como modelo de subjetivação”.³ Consiste, portanto, num conjunto de práticas, discursos e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens, que segue sobretudo o princípio universal da concorrência. O neoliberalismo atua, portanto, como uma razão governamental, centrado na atividade e não apenas nas instituições.

Para definir o neoliberalismo é possível a utilização, portanto, da noção *foucaultiana* de “governamentalidade”. Segundo o teórico francês, a governamentalidade consiste “no conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas” que tornam possíveis o exercício de uma forma complexa e específica de poder, cujo alvo principal é “a população, tem por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança”. A “governamentalidade” é, segundo Michel Foucault, “a linha de força” que conduz o que podemos chamar de “governo” sobre todos os outros, desenvolvido a partir das ideias de soberania e disciplina.⁴

O neoliberalismo visa, portanto, a partir de sua governamentalidade, desenvolver um autogoverno do indivíduo, ou seja, a produção de uma relação deste consigo mesmo. Ou seja, o governo neoliberal, é governo que busca guiar a conduta dos homens, levando em conta a liberdade como condição de possibilidade. Não se governa mais contra a liberdade. Tampouco se governa a despeito da liberdade. O governo atua *pela* liberdade, ou seja, age ativamente “no espaço de liberdade dado aos indivíduos para que estes venham a conformar-se por si mesmos a certas normas.”⁵

A abordagem do neoliberalismo sob este prisma modifica a compreensão

3 DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A nova razão do mundo**: Ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 15.

4 FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 143.

5 DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17.

usual acerca do tema. Parte-se, pois, do pressuposto de que o Estado não se retira simplesmente diante do mercado. Pelo contrário, foi a partir dos Estados que a economia se universalizou e onde a lógica da concorrência e o modelo de empresa ganharam espaço. O mercado não atua sozinho, pois está sempre amparado pelo Estado.

De maneira verticalizada, portanto, o presente texto busca analisar a transformação neoliberal do papel do Estado em relação às novas tecnologias, nos quais os aparatos citados acima atuam para deslegitimar a produção de conhecimento e de progresso científico no seio estatal, de modo a tratá-lo como sinônimo de atraso, enquanto cabe à iniciativa privada a disrupção e a criação de alternativas “modernas”, que passam a ser vistas como essenciais pelo corpo social.

Nesse sentido, emblemático é o caso da inserção no Brasil da prestação de serviços de transporte individual de passageiros, cuja mediação se dá por plataformas digitais pertencentes a empresas privadas. Um dos fatores de sucesso para que essas *startups* adentrem com sucesso nesse setor econômico, até então explorado apenas por permissionários de serviço público (taxistas), foi a introdução de novas tecnologias suportadas por um cativante discurso de inovação, no qual o Estado e a forma de realização das suas respectivas atividades administrativas são relegados ao paradigma do atraso tecnológico e, conseqüentemente, da má prestação.

2. O PROCESSO DE INTRODUÇÃO NO BRASIL DE SERVIÇOS PRESTADOS POR EMPRESAS PRIVADAS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL REMUNERADO DE PASSAGEIROS – O CASO UBER

Em que pese o notório descontentamento histórico dos seus respectivos usuários, o que gerou e ainda gera inúmeras histórias e estórias pitorescas, o serviço de táxi no Brasil se apresentou como uma atividade sólida e livre de abalos até pouco tempo atrás. Inúmeros taxistas tinham no transporte individual de passageiros seu “ganha-pão” exclusivo, iniciando suas atividades ainda jovem e chegando a se aposentarem sem nunca terem mudado de profissão. Taxista sempre teve *status* de profissão razoavelmente remunerada e estável, já que o número de “concorrentes” pouco variava e a demanda de passageiros sempre ocorreu, em maior ou menor grau conforme a época do ano, o aquecimento da economia ou se o mês foi chuvoso.

Na verdade, o debate sobre o táxi se restringia, quando muito, a possíveis imoralidades em relação ao aluguel de permissões por taxistas a outros particulares ou, ainda, se os táxis efetivamente atendiam de forma adequada a todos os usuários, em especial aos usuários de regiões distantes do centro das cidades, havendo também as clássicas reclamações em relação às condições de higiene dos veículos, escolha de trajetos duvidosos em relação à distância e ao tratamento pouco simpático dispensado pelos taxistas aos usuários. Mas não havia, de qualquer sorte, questionamentos acerca da legitimidade exclusiva dos táxis em realizar o transporte remunerado individual de passageiros, ou seja, não havia qualquer discurso eloquente sobre uma possível modificação ou até extinção do regime de prestação do serviço de táxis, muito menos em relação a uma possível abertura para a exploração livre pelo mercado.

Porém, há uma radical mudança nesse quadro a partir de 2014, ano em que a empresa Uber começa a operar no mercado e em algumas cidades no Brasil, oferecendo, a princípio, o serviço de “carona” compartilhada e remunerada, sustentando sua plataforma de operações em uma grande novidade tecnológica. Atentos ao desenvolvimento e proliferação dos *smartphones* e dos aplicativos que possibilitam sua utilização plena, a Uber⁶ instrumentalizou sua inserção no mercado e comercialização de seus serviços justamente em um aplicativo, cujo objetivo era proporcionar ao usuário encontrar com facilidade um “carro” para transportá-lo, bem como flexibilizar a forma de ganho de dinheiro pelos seus respectivos “parceiros”.

Introduzindo suas operações inicialmente nas principais metrópoles brasileiras (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília), a Uber logrou, com a rapidez própria com que se proliferam as novidades tecnológicas nestes tempos, atingir 22 milhões de usuários, conforme dados da própria empresa,⁷ bem como se espalhou por cerca de mais de 500 (quinhentas) cidades em todo o território nacional. A reboque da propaganda em âmbito internacional e do êxtase dos jovens de classe média brasileira que visita as capitais cosmopolitas no mundo, a Uber em pouco tempo

6 Rotineiramente, percebe-se a referência ao Uber a partir do artigo masculino “o”. A utilização do artigo feminino “a” no curso do presente texto é proposital, com o sentido de referência à empresa Uber e não apenas ao aplicativo tecnológico desenvolvido pela mesma empresa.

7 Disponível em <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em 15.07.2020.

achou o seu nicho necessário para adentrar no cenário brasileiro, suportada pelo discurso atrativo e jovial da novidade tecnológica que vem do “exterior” e que, por óbvio, é muito superior, em qualidade e eficiência, em relação ao produto nacional, no caso, o velho e desatualizado táxi.

Aquele nicho ideal, portanto, era uma classe média jovem e de meia idade que está totalmente conectada à rede digital, ávida por novidades tecnológicas e pela inovação constante em si, quer dizer, vive-se um momento de intenso consumo não apenas do produto enquanto matéria, mas também da própria necessidade de algo que seja novo e que supere o produto anterior. De repente, uma parcela da classe média de quatro grandes metrópoles brasileiras via a oportunidade de consumir uma atividade que até então não lhe atraía ou não lhe fazia falta, até porque o carro individual sempre foi uma opção de relativo acesso e o táxi não atendia seus interesses em razão da forma de prestação e do preço, é dizer, fruto de uma conjunção de fatores que pintou o produto oferecido pela Uber como algo jovem, prático, tecnológico, “*descolado*” e barato, esse serviço se consolidou como algo legitimamente instituído pelo mercado, como se tal ramo econômico estivesse efetivamente à disposição da livre iniciativa.

Após três anos da sua implantação, é fato que a Uber atinge um público muito mais abrangente em termos de classe social e idade, chegando, inclusive, nas periferias das grandes capitais e em pessoas não necessariamente dependentes das redes digitais, mas que possuem alguma habilidade com as novas tecnologias e *smartphones*. Ou seja, os serviços oferecidos atingiram um público para além do jovem “*antenido*” de classe média, atingindo uma parcela que pesa diariamente na balança o que cabe melhor no seu curto orçamento doméstico, o que significa que há uma migração, ainda que tímida, de usuários do transporte coletivo para o serviço de transporte individual. Além disso, boa parte dos usuários rotineiros dos serviços de táxi igualmente passaram a utilizar os serviços ofertados pela Uber, atraídos pelas facilidades de pagamento (cartão de crédito em especial), preços menores e, não menos importante, melhor tratamento aos passageiros.

Entrando como um novo jogador, com cartas altas, em um jogo que há muito não tinha novidades, a Uber levou desestabilidade a um ramo de atividade até então

considerado extremamente fechado e estável, já que foi de rompanete que os taxistas se depararam com a dura realidade de que teriam de competir num ambiente efetivamente de mercado, em que a lei da oferta e da procura é a norma fundamental. Sem opções à vista e com negativa repercussão em seus ganhos, instaurou-se o clima de guerra entre taxistas e “parceiros” da Uber, chegando ao ponto de graves agressões físicas e sabotagens de um lado e de outro, com o claro objetivo de manutenção do espaço ou conquista de uma nova oportunidade, conforme o lado.

Aliada ao delicado momento econômico do país, em que as taxas de desemprego sobem e a informalidade se eleva, a quantidade de motoristas que se alinham à Uber subiu vertiginosamente, em proporção ao número de corridas e usuários, o que levou os taxistas a reorganizar e atualizar a forma de prestação de seus serviços. A criação de aplicativos próprios, desconto no valor da tarifa e melhor adequação nas condições dos veículos foram algumas das providências tomadas pelos taxistas em todo Brasil, claramente com o objetivo de equalizar as diferenças em relação aos serviços prestados por meio da Uber, o que demonstra o acirramento dos embates por essa fatia de mercado.

Todavia, para além do diálogo sobre a qualidade ou não dos serviços ofertados pela Uber em relação aos táxis, sem qualquer diálogo direto ou indireto com a sociedade brasileira e, principalmente, com o Estado, a empresa Uber simplesmente passou a oferecer seus serviços de transporte remunerado individual de passageiros por meio de seus motoristas parceiros, como bem frisa em denominá-los, com clara intenção de demonstrar que se estava apenas explorando uma brecha do mercado ainda não explorada por outras empresas. Inobstante a aura de vanguarda que permeia a curta e profícua história de inserção da Uber em território brasileiro, tal qual espalhada pelo mundo, mostra-se necessária uma abordagem a partir das consequências concretas em relação à própria lógica dos serviços públicos no Brasil e tensa relação entre Estado e mercado. É dizer, por trás de toda o embate e debate acerca de quem tem legitimidade para prestar o serviço de transporte individual de passageiros nas cidades brasileiras está escondido algo ainda mais complexo e importante, que são as novas maneiras do mercado adentrar em áreas de interesse econômico que não estavam à sua disposição, pois estavam, em tese, sob a exclusiva tutela do poder estatal.

A forma como a Uber se inseriu no mercado brasileiro e expandiu suas atividades pode ser tomada como sintoma da atual forma de embate entre competências e maneiras de prestação de serviços pelo Estado e o interesse do mercado em relação a essas atividades e ao campo econômico que pode ser explorado.

3. O DEBATE TEÓRICO SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL REMUNERADO DE PASSAGEIROS NO BRASIL

Não é o foco central deste estudo verificar se os serviços ofertados pela Uber e empresas similares são prestados de forma legítima por serem de livre iniciativa ou se afrontam o regime jurídico dos serviços públicos, pois se trataria de esfera própria de atuação prestativa estatal. A finalidade, por fim, é de identificar a modificação na forma como o mercado adentra em atividades até então prestadas ou exploradas apenas pelo Poder Público ou por quem lhe fazia as vezes.

Porém, ainda que de forma sucinta, é importante vislumbrar em que panorama se encontram as análises teóricas em relação à celeuma instaurada “táxi x Uber”, salientando posições favoráveis e contrárias à legitimidade da prestação dos serviços de transporte individual de passageiros como atividade disposta à livre iniciativa.

Com supedâneo em análise e interpretação do teor da Lei 12.587/2012 e da Lei 12.865/2013, Dinorá Adelaide Musetti Grotti aponta para a alteração do sistema de prestação de tais serviços, no sentido de que não se trata mais de serviço público, mas de *serviços de utilidade pública*, fruto da alteração legislativa imposta pelo art. 12 da Lei 12.587/2012, cuja redação foi justamente alterada pela Lei 12.856/2013.⁸

Partindo da conclusão de que os serviços de transporte individual de passageiros não se caracterizam como transporte coletivo, Dinorá Adelaide Musetti Grotti é taxativa em delimitar que o serviço público municipal é o de transporte coletivo, no qual não se inclui o transporte individual, sendo que o serviço de táxi e semelhantes “configuram unicamente atividades econômicas em sentido estrito, a qual pode sofrer

8 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Táxi. In. PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson. **Problemas emergentes da Administração Pública**: Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 91.

controle por via da polícia administrativa, quando prestados por particulares, sem prejuízo do próprio município instituir seu serviço em concorrência com os demais agentes econômicos”.⁹

Com efeito, o entendimento é no sentido de que o regime instituído pela Lei de Mobilidade Urbana confere ao serviço de transporte individual de passageiros o sentido de não ser serviço público, mas serviço de utilidade pública, o que permitiria a livre exploração pelo mercado no sentido de oferecer em concomitância tais serviços, resguardando, contudo, a legitimidade do Estado em atuar de maneira fiscalizatória.

Sustentado em outros fundamentos, J. J. Gomes Canotilho elaborou parecer¹⁰ no sentido de opinar pela legitimidade da Uber em oferecer seus serviços, cuja análise se dá a partir da experiência brasileira e do seu respectivo sistema jurídico, é dizer, trata-se de verificação voltada à introdução da Uber no Brasil e não das experiências em outros países. A perspectiva da verificação formulada por Canotilho se dá claramente pelo prisma do princípio da livre iniciativa e do princípio do trabalho, sendo que a Constituição Federal, em especial o art. 170, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de quaisquer órgãos públicos, ressalvando os casos previstos legalmente. Adiante, respaldando-se na Lei de Mobilidade Urbana, aponta que a interpretação da referida norma não pode se dar de maneira restritiva, sendo que a expressão “modos de transporte privados” é suficientemente aberta para abranger a modalidade de transporte individual de passageiros em sua modalidade privada.

De forma mais objetiva, o jurista português conclui que o monopólio da atividade econômica de transporte individual de passageiros pelos “profissionais taxistas” seria, antes de tudo, uma interpretação *contra legem*, imputando-se à lei de mobilidade urbana um sentido contrário ao seu espírito, e, ainda, inconstitucional por violação isolada ou violação sistemática de preceitos que constituem a base estrutural e transversal da Constituição Federal de 1988, em especial, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.

9 GROTTI, 2015, p. 94.

10 Parecer decorrente de consulta particular, como informado pelo próprio Autor. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>>. Acesso em 15.07.2020.

Em idêntico sentido, bem como com argumentação semelhante, Daniel Sarmiento faz extensa verificação em forma de parecer,¹¹ assegurando que os princípios da livre iniciativa e livre concorrência são essenciais e fundamentam a legitimidade constitucional para a exploração da atividade de transporte individual remunerado de passageiros pela Uber e demais empresas semelhantes. Na visão do constitucionalista brasileiro, trata-se de atividade regulamentada pela Lei 12.587/2012, cuja interpretação defendida é de que não obstante a legislação aludir a transporte público individual, tratar-se-ia, em verdade, de serviço considerado de “utilidade pública”, o qual estaria no campo da *atividade econômica*, o que não se confundiria com serviço público.¹²

Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, defende a utilização de aplicativos como Uber e outros sob o argumento de que “a carona é exemplo de associação lícita e pontual entre cidadãos”. Segundo Sundfeld, “uma visão democrática e contemporânea das formas de associação protegidas constitucionalmente tem de incluir as crescentes soluções propiciadas pela tecnologia para o compartilhamento de meios entre cidadãos”, o que serve para valorizar a conexão entre eles. Defende também que essas mudanças marcam o “início de uma nova era” na qual a mobilidade tenderá a se tornar menos dependente das soluções individuais e dos serviços de transporte coletivo, “passando a contar com um segmento relevante de transporte por compartilhamento, de que serão parte as caronas”. Aduz, ainda, que os motoristas que ofertam as caronas não visam ao lucro e que, assim, não se enquadram no conceito clássico de serviço de transporte, o que implica na não aplicação das normas contidas na Lei 12.587/2012 e em outros dispositivos legais concernentes ao transporte de passageiros.¹³

11 Parecer decorrente de consulta particular, como informado pelo próprio Autor. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em 15/07/2020.

12 “A evolução legislativa evidencia que, ao tratar do transporte público individual de passageiros, o legislador mirou os serviços de táxi. Mas demonstra, também, que, até pela nova ótica do legislador, o serviço de táxi não configura propriamente serviço público, mas sim de serviço de utilidade pública, que são institutos diferentes. O serviço público, como visto, é titularizado pelo Estado, mas pode ser eventualmente prestado por particulares, mediante concessão ou permissão, sempre precedidas de licitação pública, nos termos do art. 175 da Constituição. Já o serviço de utilidade pública se enquadra no campo da atividade econômica, mas se sujeita a intensa regulação e fiscalização estatal, em razão do interesse público inerente à sua prestação”. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em 15.07.2020.

13 SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A carona em veículos e sua intermediação por aplicativos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 59-79, jan./abr. 2020.

De outra banda, Eros Roberto Grau, igualmente por meio de parecer,¹⁴ formaliza análise sintética e objetiva em sentido diametralmente oposto aos juristas já citados, destacando que a Lei 12.468/2011 define que o transporte público individual de passageiros é atividade privativa dos profissionais taxistas, o que faria concluir que se trata de serviço público. Ainda mais enfático e até irônico, Eros Roberto Grau aponta para equívocos crassos nas análises e conclusões dos juristas que se posicionam a favor da tese de legalidade da intervenção da Uber no mercado brasileiro, aduzindo, em suma, que o principal ponto de erro seria a inadequada desconsideração de que o teor da Lei 12.468/2011 regulamenta não somente a profissão de taxista, mas também impõe o regime jurídico aplicável ao transporte individual remunerado de passageiros, o qual é, na sua visão, eminentemente público, ou seja, inexistente o império da autonomia da vontade de qualquer motorista em firmar contratos particulares, cabendo apenas aos taxistas, cuja definição está no art. 3º da Lei 12.468/2011, a prestação do serviço de transporte individual remunerado de passageiros. Utilizando-se da analogia, Grau compara a suposta legalidade das atividades da Uber a se considerar legítimo que qualquer um do povo possa exercer as atividades da medicina, ainda que não possua o respectivo diploma universitário. Por fim, conclui taxativamente que “a modalidade de transporte de passageiros descrita na consulta consubstancia serviço público; sua prática por motoristas contratados pela Uber, nos termos relatados pelas consulentes, é inquestionavelmente ilegal”.

Como se observa, a partir da perspectiva da legitimidade e legalidade no plano legislativo ordinário e principiológico constitucional, não há mansidão na doutrina que se aventura a analisar a introdução das atividades da Uber no Brasil. É dizer, no plano normativo há densa nebulosidade em relação à qual diploma se aplica efetivamente à atividade de transporte individual remunerado de passageiros, sendo que não há consenso sobre quais princípios imperam nessa relação, o que acaba por fomentar a discussão sobre se se trata de atividade econômica em sentido estrito ou se está a tratar de serviço público.

De qualquer sorte, a hipótese que se trata neste artigo parece ficar reforçada,

14 Parecer decorrente de consulta particular, como informado pelo próprio Autor. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-eros-grau-ilegalidade-uber.pdf>>. Acessado em 15.07.2020.

na medida em que fica mais cada vez mais evidente que a Uber, assim como as demais empresas do ramo, logrou adentrar num setor econômico – compreendido aqui em sentido amplo e, portanto, abrangendo serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito – que até então jamais havia sofrido qualquer abalo significativo, em especial no que se refere à legitimidade do Poder Público em ser o responsável, ainda que indireto, pela prestação. O impacto da Uber pode ser mais abrangente do que se possa imaginar, pois repercute nos planos social, político, econômico e, por óbvio, jurídico, desestabilizando um setor até então bem ancorado e não afetado por maiores crises.

A aceitação e a defesa da Uber e de suas concorrentes, a despeito de possível afronta às regras de direito pela sua atividade, passam pela ideia de que se está diante da evolução, a qual é própria do mercado, e que não cabe ao Estado, sempre portador do atraso, portanto, atrapalhá-lo. O papel do Estado passa a ser, assim, a não aplicação de sua própria legislação vigente, sob a premissa da garantia da liberdade individual e da modernização. Observa-se, assim, o funcionamento do neoliberalismo como verdadeiro sistema normativo de nosso tempo, o qual é capaz de se impor sobre a própria legislação posta.

4. NEOLIBERALISMO, NOVAS TECNOLOGIAS E A ATUAÇÃO DO ESTADO

A recente chegada e desenvolvimento das atividades ofertadas e realizadas pela Uber no Brasil, bem como agora de outras empresas similares, fez florescer intenso debate acerca da legitimidade em empresas privadas e particulares em geral explorarem os serviços de transporte individual de passageiros, a partir de aplicativos para *smartphones* como instrumento tecnológico essencial para o seu funcionamento. Em se tratando de um ramo em que não haviam maiores questionamentos, no campo teórico-jurídico e social, acerca da legitimidade do Estado em prestá-lo mesmo que indiretamente, há ainda um turbilhão de questões que decorrem desse novo quadro, em especial para este breve estudo a forma de enfrentamento entre mercado e Poder Público nos tempos atuais.

Sob a perspectiva administrativista, que ainda defende a existência de um interesse público que se sobrepõe em regra ao interesse particular, pode-se afirmar que Administração Pública e Mercado possuem (e devem continuar possuindo) formas

distintas de se relacionar com a absorção e utilização de inovações e novas tecnologias. É admitir que o mercado visa, sobretudo, lucro, expansão e monopólio, objetivos esses que, obviamente, não são admissíveis ao Poder Público em relação às suas tarefas essenciais, definidas principalmente na Constituição Federal.

Cindir as lógicas estruturais de condução e administração do mercado e do Poder Público não significa, de forma alguma, admitir que o primeiro se beneficie dos avanços tecnológicos e que o segundo fique sob as trevas do atraso. Longe disso, é necessário definir um método próprio para a Administração Pública construir, absorver, adotar e desenvolver as inovações e avanços tecnológicos que lhe interessam e que, por consequência, interessam à coletividade.

A Administração Pública brasileira deve ser capaz de criar e desenvolver boa parte das inovações e das soluções tecnológicas de que ela precise, baseada justamente nas demandas que lhe são próprias (rotina burocrática) e nas peculiaridades da sua atuação em relação à coletividade. E mais, essas soluções e inovações precisam ter como foco central a diminuição da desigualdade social, ou seja, o instrumento tecnológico precisa estar sustentado em uma sólida base ética firmada com antecedência pelo Estado, no sentido de impedir que a nova tecnologia seja implementada ou adotada como um “fim em si mesmo”, é dizer, a inovação pela inovação, sem que se determine de antemão qual a função desse instrumento tecnológico em relação à grande massa de pessoas que de forma efetiva depende do Poder Público para sua sobrevivência.

As tecnologias que surgem a todo momento, por vezes efêmeras ao extremo, superando e trazendo à tona novas “necessidades” para as pessoas e para o próprio mercado, expandindo as possibilidades de negócios e de novas fontes de lucro, precisam ser compreendidas sob o aspecto da dominação e da sobreposição de interesses. Resulta afirmar que essas tecnologias e inovações, em que pese o caráter instrumental na superfície, não são dotadas de neutralidade, pois carregam de forma sutil e velada os princípios e objetivos políticos do mercado¹⁵ voltados a interesses específicos e ao lucro.

15 “Tudo isso indica que não há mercado neutro: em cada situação específica, as configurações do mercado são sempre reguladas pelas decisões políticas. O verdadeiro dilema, portanto, não é ‘o Estado deveria intervir’, mas ‘que tipo de intervenção estatal é necessário?’. Essa é uma questão real, ou seja, uma luta para definir coordenadas ‘apolíticas’ básicas de nossa vida”. ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 26.

Trata-se de admitir que as inovações tecnológicas e os discursos dominantes da intensa renovação e implementação desses novos aparatos se constituem como formas de *violência simbólica*, no sentido sociológico desenvolvido por Pierre Bourdieu, em que o mercado insere e impõe sua maneira de dominação econômica e política à Administração Pública e, por consequência e extensão, a toda sociedade. Na forma de *violência simbólica*, a dominação do mercado se faz de forma sutil e “naturalizada” na medida em que a inovação e as novas tecnologias são recepcionadas pelo Estado como elementos que necessariamente precisam ser introduzidos e reintroduzidos a todo momento, produzindo constantemente discursos e práticas que enfatizam que as soluções adotadas anteriormente estão defasadas, fazendo com que prevaleça da ideia de que a Administração Pública está constantemente atrasada.

Não se adira a ilusões. O Estado capitalista não é neutro,¹⁶ assim como o mercado também não é. Como bem define Alysson Mascaro, o Estado é “derivado necessário da própria reprodução capitalista”, o que significa, de forma extremamente resumida, que quem dá origem ao Estado é o capitalismo, não o inverso.

Mas a figura fictícia Estado, concretizada pela Administração Pública, não se constitui apenas em aparato bruto de repressão. O refinamento da estrutura estatal é refletir a constituição social de um determinado momento histórico e político, ou, como melhor explica Mascaro, o Estado é “uma condensação de relações sociais específicas, a partir das próprias formas dessa socialidade”.¹⁷ Não obstante se constituir em *locus* da reprodução do capital, o Estado é também espaço de uma comunidade, uma comunidade de pertencimento, na afirmação de Bourdieu, no sentido de pessoas

16 “Nesse sentido, deve-se entender o estado não como um aparato neutro à disposição da burguesia, para que, nele, ela exerça o seu poder. É preciso compreender na dinâmica das próprias relações capitalistas a razão de ser estrutural do Estado. Somente é possível a pulverização de sujeitos de direito com um aparato político, que lhes seja imediatamente estranho, garantindo e sustentando sua dinâmica. Por isso, o Estado não é um poder neutro e a princípio que foi acoplado por acaso à exploração empreendida pelos burgueses, o Estado é um derivado necessário da própria reprodução capitalista; essas relações ensejam sua constituição ou sua formação. Sendo estranho a cada burguês e a cada trabalhador explorado, individualmente tomados, é, ao mesmo tempo, elemento necessário de sua constituição e da reprodução de suas relações sociais”. MASCARO, Alysson. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 19.

17 *Ibid.*, p. 19-20.

que reconhecem os mesmos princípios universais,¹⁸ e, por possuir um nível político que se descola diretamente dos agentes econômicos individuais, está inserido em correlação de forçar que disputam a sua hegemonia.

Uma *coisa* e a força que está por trás dela são o resultado de uma apropriação, dominação e exploração de uma quantidade de realidade.¹⁹ O Estado, enquanto coisa ou fenômeno, não é diferente, pois a sua adequada compreensão e análise exige compreender as forças que se apoderaram dessa “coisa” no curso da história, mas também a correlação das diversas forças que travam a batalha pelo domínio do aparato estatal. Em que pese surgir de uma necessidade estrutural do capitalismo, o Estado é um fenômeno em disputa e, justamente por isso, impõe uma dinâmica de constante reapropriação e dominação.

O capital (mercado) é o fundador do Estado moderno. Porém, na correlação de forças sociais inseridas historicamente, ser o genitor não garante a propriedade plena e a posse da estrutura estatal, em que pese constar no seu DNA a marca e a origem de uma classe. O Estado se constitui, também, em uma *comunidade ilusória*²⁰ que gera sensação e sentimento de pertencimento, independentemente da classe social a que pertence o indivíduo e que, portanto, estará sempre à mercê da disputa pela sua hegemonia. Significa afirmar que a classe trabalhadora disputa o controle da estrutura pública, tensionando a corda da Administração Pública, porém, posicionada na parte mais desfavorável do terreno político e econômico. O Estado de Bem-Estar Social é fruto dessa tensão: direitos e políticas públicas que em parte são

18 BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 40-41.

19 “Jamais encontraremos o sentido de alguma coisa (fenômeno humano, biológico ou até mesmo físico) se não soubermos qual é a força que se apropria da coisa, que a explora, que dela se apodera ou nela se expressa. Um fenômeno não é uma aparência, nem mesmo uma aparição, mas um signo, um sintoma que encontra seu sentido numa força atual. (...) Toda força é apropriação, dominação, exploração de uma quantidade de realidade. Mesmo a percepção, em seus aspectos diversos, é a expressão de forças que se apropriam da natureza. Isto quer dizer que a natureza tem uma história. A história de uma coisa é geralmente a sucessão das forças que dela se apoderam e coexistência das forças que lutam para dela se apoderar. Um mesmo objeto, um mesmo fenômeno muda de sentido de acordo com a força que dele se apropria. (...) Uma coisa tem tantos sentidos quantas forem as forças capazes de se apoderar dela. Mas a própria coisa não é neutra e se encontra mais ou menos em afinidade com a força que dela se apodera atualmente”. DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a filosofia**. São Paulo: N-1, 2018, p. 12-13.

20 BOURDIEU, po cit., p. 41.

conquistas da classe trabalhadora, amenizando um pouco as contradições advindas da exploração do trabalho, mas que, sobretudo, se constitui em uma forma engenhosa do liberalismo econômico legitimar suas ações perante a sociedade e de administrar a própria tendência autodestrutiva do capital.²¹

Se há disputa pela hegemonia, é consequência a governamentalidade neoliberal realizar continuamente movimentos para se reapoderar do Estado e da sua estrutura. Isso ocorre por meio das transações políticas que visam a disputa de cargos públicos (em todas as esferas), financiando campanhas eleitorais e lançando agentes para representação concreta dos interesses do mercado. Todavia, há, também a utilização de dispositivos que atuam na mudança da conduta dos próprios governados, que passam a aceitar – e até mesmo exigir – a abstenção do Estado para proteção de uma suposta liberdade.

O desenvolvimento de novas tecnologias no seio do Estado consiste na possibilidade de criar soluções para o bem comum, sem desprezar o conhecimento produzido na iniciativa privada. Contudo, é necessário, para tanto, enfrentar os aparatos neoliberais, de maneira a disputar os espaços de poder, mas, também, de fortalecer perante o cidadão a importância do conhecimento e das soluções produzidas no seio do Estado, inserindo-o no desenvolvimento e na fruição destas novas tecnologias, de modo a recuperar a legitimidade do ente estatal como criador de novas tecnologias.

5. CONCLUSÃO

O recente desembarque no Brasil das empresas que operam plataformas digitais de serviços de transporte individual reflete a forma neoliberal de relação entre mercado e Estado. Em que pese não ser possível sua existência sem uma estrutura pública que garanta a sua livre atividade e iniciativa, o mercado não mede esforços para se apossar de espaços até então reservados à exploração estatal, utilizando-se

21 “Não há contradição entre o Estado e o liberalismo econômico; ao contrário, há uma aliança complexa entre os dois. Acho que a sociedade liberal precisa do Estado de bem-estar social, primeiro com relação à legitimidade intelectual: o povo aceitará a aventura capitalista se houver um mínimo indispensável de segurança social. Acima disso, num nível mais mecânico, se quisermos que a criatividade destrutiva do capitalismo funcione, é preciso administrá-la”. ZIZEK, 2011, p. 34.

de uma tática discursiva e persuasiva perante a sociedade de que ele (mercado) é portador da inovação e o Estado, por outro lado, carrega a mácula e o ranço do atraso.

Em todos os sentidos, é preciso que o Poder Público não fique refém do mercado, sobretudo em relação às imprescindíveis e necessárias atualizações tecnológicas, sem que isso represente a ausência de relações econômicas e de parcerias. Significa concluir que o Estado brasileiro precisa afirmar sua autonomia administrativa, em especial para definir suas prioridades tecnológicas a partir das suas peculiares demandas e atividades, cujo horizonte deve ser sempre o da diminuição da desigualdade social e da emancipação das pessoas, com olhar específico e estratégico para aqueles que mais dependem do aparato estatal para garantia das suas sobrevivências. A lógica neoliberal de colocar o Estado de joelhos perante o mercado, em que um dos objetivos é justamente transferir o controle de determinada atividade com potencial econômico, deve ser combatida para que as novas tecnologias também se constituam como instrumento eficaz de atuação da máquina pública em relação à realização das atividades administrativas, especialmente a de prestação de serviços públicos.

Para que isso ocorra, faz-se necessário estimular e possibilitar a produção de inovações e de novos aparatos tecnológicos por meio das entidades vinculadas ao Poder Público, as quais são responsáveis pela maior parte da pesquisa e da produção tecnológica no Brasil: universidades públicas e entidades estatais (fundações públicas, empresas estatais) de desenvolvimento tecnológico. A parceria ativa e pujante entre a Administração Pública e essas entidades pode permitir a atuação realmente eficiente frente às necessidades reais que a burocracia demanda, aliada às concretas necessidades da população, com o objetivo principal de redução das desigualdades sociais.

Trata-se de alinhar relações sólidas e de longo prazo com instituições públicas de pesquisa – sobretudo as universidades públicas e, a reboque, as universidades privadas – e com os centros e entidades estatais de desenvolvimento tecnológico, responsáveis, por exemplo, pelo desenvolvimento de produtos, na área digital, que atendam especificamente às necessidades do Estado em relação a novos softwares e plataformas digitais relacionadas às mais diferentes atividades estatais. Ao mercado

o que é do mercado: a livre iniciativa sobre as atividades que a sociedade não decidiu serem de competência da esfera estatal. Tecnologias novas são instrumentais e precisam ser orientadas à satisfação da coletividade, inclusive em relação ao papel do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a filosofia**. São Paulo: N-1, 2018.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A nova razão do mundo: Ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Táxi. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson. **Problemas emergentes da Administração Pública: Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MASCARO, Alysson. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

PECK, Jamie; THEODORE, Nik; BRENNER, Neil. Mal-estar no pós-neoliberalismo. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 59-78, Mar. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A carona em veículos e sua intermediação por aplicativos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 59-79, jan./abr. 2020.

ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. São Paulo: Boitempo, 2011.

A COMPETÊNCIA REGULATÓRIA DA ANATEL FRENTE ÀS TECNOLOGIAS AUDIOVISUAIS VIA *STREAMING*

LUCAS BOSSONI SAIKALI

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED) e da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS). Membro da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR. E-mail: saikalilucas@gmail.com



1. INTRODUÇÃO

As ideias de complexidade e contingência são de grande relevância na obra do sociólogo Niklas Luhmann.¹ Segundo o autor, a primeira é entendida como o excesso de possibilidades, alternativas e variações do mundo moderno, dentre as quais cabe ao indivíduo escolher. A segunda, por sua vez, é a imprevisibilidade do resultado de uma decisão, em razão dos riscos assumidos com a escolha.

O futuro indeterminado descrito por Luhmann é cada vez mais evidente com o caminhar do Século XXI. Uma razão para a incerteza de um mundo moderno complexo e contingente, que cerca o cotidiano das pessoas, é o avanço tecnológico. Em um piscar de olhos, um aparelho torna-se ultrapassado. Da noite para o dia, *notebooks* perdem espaços para os *laptops* e são criadas novas versões de um *smartphone*, o que causa a constante perda de valor dos aparelhos antigos diante de um mercado pautado pelas novidades.

Não é tarefa fácil acompanhar a tecnologia. Para o Estado, o exercício é ainda mais penoso. Com a facilidade da utilização da internet, empresas privadas passaram

1 LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: Lineamentos para una teoría general. Tradução: Silvia Pappe e Brunhilde Erker. México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1998. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

a fornecer serviços semelhantes aos prestados pela Administração Pública, de forma direta ou indireta. A Uber ofereceu concorrência aos serviços de táxi. O WhatsApp apareceu como desafio para os setores de telecomunicações. Os exemplos variam, o que evidencia a realidade da sobreposição das tecnologias sobre a prestação de serviços regulados pela Administração Pública.

No presente estudo, o enfoque é em outro serviço prestado através da rede mundial de computadores, qual seja, o serviço de difusão de conteúdo via *streaming*. A lógica deste serviço é a distribuição *online* e momentânea dos dados (de áudio ou vídeo). Ao contrário do *download*, não há armazenamento de conteúdo, mas sim a sua reprodução conforme recebimento desses dados através da internet. Isso significa que o usuário, se conectado com a rede mundial de computadores, seleciona e escuta o conteúdo desejado em vez de descarregar o arquivo em seu aparelho para depois reproduzi-lo.

A fim de trabalhar esta problemática, a pesquisa se divide em três momentos. Inicialmente, busca-se demonstrar os desafios da Administração Pública frente às inovações tecnológicas. Após, investiga-se do que se tratam os serviços de *streaming*, com como analisa-se sua natureza jurídica de acordo com a legislação nacional. Ao final, estuda-se a competência regulatória da Agência Nacional de Telecomunicações frente às novas tecnologias de dispersão de conteúdo audiovisual.

Dessa forma, investigar qual o papel regulatório da Anatel frente às novas tecnologias de *streaming*. A metodologia de pesquisa adotada é o método hipotético-dedutivo, por meio da qual se parte da hipótese de que a Anatel deve exercer função fiscalizatória-normativa em face das empresas fornecedoras de serviços via *streaming*. A técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO FRENTE ÀS INOVAÇÕES DISRUPTIVAS

O Direito, como um instrumento que se reinventa de tempos em tempos, seja pelo modelo político de uma nação ou pelo modelo econômico aplicado a uma política pública, tem como um de seus papéis o de instrumentalizar as mudanças e garantir,

em um Estado democrático, a segurança jurídica. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., no contexto burocrático das sociedades ocidentais, o Direito é caracterizado como “um fenômeno decisório, um instrumento de poder, e a ciência jurídica como uma tecnologia”.² Leonardo Coelho Ribeiro defende que a assimilação do Direito como uma tecnologia social demonstra que ele deve ser um organizador de meios para atingir fins socialmente desejados, o que demanda uma relação instrumentalizadora.³ A ciência jurídica deve, por mais uma vez, se reinventar.

E nessa discussão sobre a aplicação do Direito às novas tecnologias, surgem as inovações disruptivas. De acordo com Clayton M. Christensen e Michael E. Raynor, essas são aquelas que abrem o mercado para a participação de novos agentes a partir de soluções relativamente simples e permitem que as novas empresas ganhem força econômica a ponto de competir com empresas tradicionais.⁴ Isso significa, portanto, que as tecnologias disruptivas são aquelas que rompem processos econômicos e apresentam um novo cenário de mercado. Essas “situações disruptivas” promovem o avanço do mercado através do afastamento da antiga lógica, consolidando-se a médio e longo prazo.⁵ Conforme entende a Organização para a Cooperação

2 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2. Ressalta-se que o autor desenvolve seu argumento com base na obra “A condição humana”, de Hannah Arendt. Ver em: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

3 RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 62-64. Segundo o autor, “o instrumentalismo legal, portanto, conduz à percepção do Direito como uma instituição social, tratando-se, em síntese, de um método de análise da arquitetura jurídica que pode ajudar a construir as estratégias mais capacitadas para efetivar as finalidades desejadas, porque é a partir de uma visão instrumental do Direito que se torna possível avaliar se uma estratégia alcançará sucesso, e o que se pode fazer para aprimorá-la neste propósito”.

4 CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E. **Innovator’s solution**: creating and sustaining successful. Boston: Harvard Business School Press, 2003.

5 MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 223. Segundo o autor, esse é o caso dos *laptops*, da editoração eletrônica, máquinas fotográficas e dos *compact discs* (CDs).

e Desenvolvimento Econômico, as inovações disruptivas apresentam duas características, devendo: (i) apresentar algo além de uma mudança incremental, mas sim como uma drástica alteração no mercado, com graves consequências para os agentes até então estabelecidos (v.g., o impacto do iPhone, produzido pela Apple, em relação aos aparelhos produzidos pela Nokia); ou (ii) oferecer novos modelos de negócios e não somente novos produtos (como é o caso do Airbnb, arquitetura de negócio de hospedagem).⁶

E de forma semelhante ao processo de ruptura que causam no mercado, as inovações tecnológicas quebram os paradigmas previstos pelos ordenamentos jurídicos. No contexto brasileiro, cada vez mais se verificam situações disruptivas nas quais os serviços privados são concorrente de fato com serviços públicos, prestados direta ou indiretamente pelo Estado.⁷ Por isso, mister que essas tecnologias – que fazem parte do cotidiano – não se deparem com um Direito tecnologicamente defasado e pautado em modos de viver de outrora, sob pena do instrumento jurídico ser um empecilho ao desenvolvimento dessas tecnologias.⁸

Nesse sentido, defendendo a existência de um Direito instrumental e tecnológico, Leonardo Coelho Ribeiro propõe quatro razões pelas quais o Direito Administrativo é especialmente suscetível à estratégia da instrumentalidade: (i) é um Direito em continuidade, ao contrário do Direito Constitucional, que morre e nasce em rupturas (vide poder constituinte originário), porque as atividades administrativas são contínuas, go-

6 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Hearing on disruptive innovation. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En)>. Acesso em: 10 maio 2018. Vale dizer que, de acordo com a organização, não é necessário que os agentes sejam novos. Isso significa que uma empresa antiga (já no mercado) pode apresentar uma inovação disruptiva.

7 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 19-22.

8 RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulacao de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 62.

zando, portanto, de certa estabilidade; (ii) é um Direito de múltiplos interesses: todos esses abarcados pelo “cambiante e indeterminado” conceito de interesse público e pelos objetivos coletivos da sociedade; (iii) é um Direito de cultura e acumulação de institutos: ideia de consagração dos costumes práticas como fonte de Direito Administrativo na burocracia estatal, na qual os seus institutos vão se acumulando, vide a matéria de intervenção do Estado na economia; e (iv) é um Direito do concreto e cotidiano: por fazer parte do dia a dia das pessoas, está em constante proximidade com a realidade, o que o influencia. Dessa forma, a partir das quatro razões apontadas, o jurista conclui que o Direito Administrativo é uma “caixa de ferramentas”, cuja função é guiar, através da ação administrativa, as interações criadas pelas inovações tecnológicas com os mercados.⁹

Sendo assim, as inovações disruptivas apresentam um novo desafio para a Administração Pública: além dos contornos econômicos e políticos de cada sociedade, erige-se os desafios causados pelo vetor tecnológico.¹⁰ O contínuo avanço das tecnologias empreenderá cada vez mais que o Estado esteja “um passo à frente das mudanças ocorridas na sociedade”. A cada dia que passa, a 4ª Revolução Industrial – uma transição em direção a novos sistemas construídos sob a influência da revolução digital – se aproxima.¹¹ Nesse momento, foca-se nos serviços de radiodifusão sonora via *streaming*, que, por si só, já incitam discussões sobre quais os limites da atuação do Estado regulador.

3. A DEFINIÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE *STREAMING*

A palavra *streaming*, oriunda da língua inglesa, traz a ideia de fluxo, de algo que está em constante movimentação. Nos serviços de *streaming*, o usuário paga pelo acesso livre ao conteúdo em tempo real em detrimento da possibilidade de guardar

9 RIBEIRO, 2017, p. 65-69.

10 MARQUES NETO; FREITAS, 2017, p. 46.

11 Sobre a 4ª Revolução Industrial, conferir: SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira. São Paulo: Edipro, 2016; PIAIA, Thami Covatti; COSTA, Bárbara Silva; WILLERS, Miriane Maria. Quarta revolução industrial e a proteção do indivíduo na sociedade digital: desafios para o direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 1, p. 122-140, jan./abr. 2019.

o arquivo em dispositivos. Dessa forma, esses serviços consistem na distribuição *online* de dados. Diferentemente dos *downloads*, não há armazenamento de conteúdo, sendo este reproduzido na medida em que o usuário o recebe.¹² De acordo com Miguel Afonso Caetano, o *streaming* deve ser entendido como “um *download* temporário de um ficheiro, na medida em que o ficheiro completo não se destina a ser guardado no disco rígido do computador”. O que acontecendo é a “transferência em pequenas seções à velocidade do tempo real, sendo em seguida removido”.¹³

Nesse tipo de serviço, o usuário cadastrado tem acesso ao conteúdo disponibilizado em tempo real ao invés de baixar o arquivo no dispositivo utilizado, permitindo melhor interação dos usuários e organização dos arquivos em listas, por exemplo. É uma tecnologia que permite a visualização de arquivos multimídia (áudio e/ou vídeo) diretamente da internet (por meio do provedor do serviço) sem realizar a descarga desse conteúdo no aparelho para posterior visualização.¹⁴ Nas palavras de Leonardo Ribeiro da Cruz, o *streaming* “é um espaço onde o usuário consegue acessar certos tipos de produtos culturais (como música ou vídeos) sem precisar realizar um *download* do arquivo executado. Neste sentido, o produto só será executado se o usuário estiver conectado à internet e ao serviço executante”.¹⁵ Ademais, o *streaming* também se difere do *progressive download*, no qual é possível reproduzir o conteúdo enquanto uma cópia do arquivo é armazenada no aparelho do usuário, como é o caso do recebimento de vídeos em aplicativos de comunicação instantânea, como o WhatsApp.¹⁶

Lembra-se que o serviço de *streaming* é prestado por um operador que detém

-
- 12 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016, p. 267.
 - 13 CAETANO, Miguel Afonso. Spotify e os piratas: Em busca de uma “jukebox celestial” para a diversidade cultural. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 109, maio 2016, p. 229-249.
 - 14 SUÁREZ, Ana Cristina Triana; TRUJILLO, Carlos Humberto Aragón. Acción 1 BEPS. Metodología aplicación em Colombia economia digital – negocio *streaming* – caso Netflix. **Revista de Derecho Fiscal**, n. 13, jul./dec. 2018.
 - 15 CRUZ, Leonardo Ribeiro da. Os novos modelos de negócio da música digital e a economia da atenção. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, m. 109, maio 2016, p. 203-228.
 - 16 GALDINO, Guilherme. Streaming: ICMS-Mercadoria, ICMS-Comunicação ou ISS sobre serviço de valor adicionado? **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 27, v. 140, p. 83-104, jan./abr. 2019.

os direitos autorais das obras ou por alguém que licencia os conteúdos distribuídos.¹⁷ Na prática, portanto, esses serviços podem ser descritos como portais de consumo, promoção e circulação de conteúdos audiovisuais, sendo capazes de operar como mídias sociais ou de modo articulado a estas.¹⁸

Vale ressaltar, inclusive, que muitos serviços pagos de *streaming* possibilitam o acesso do conteúdo *offline*, ou seja, sem o acesso à internet: o usuário consegue guardar, sem baixar o ficheiro do arquivo em seu aparelho móvel e acessar o conteúdo mesmo desconectado à rede mundial de computadores. Trata-se, em suma, de um *download* temporário ou condicional, pois é criada uma cópia efêmera do conteúdo na memória do aparelho/equipamento em que ela será acessada.¹⁹ Nesse limiar, Miguel Afonso Caetano alerta que “a distinção entre *streaming* e *download* parece residir, assim, cada vez mais num dilema quase ontológico no que concerne ao momento ou situação em que o *streaming* se converte num download efetivo e este no primeiro” por conta dos contornos cada vez mais próximos graças ao próprio avanço da tecnologia.²⁰

Nesse sentido parece inevitável que as forças diretivas da nova economia digital se constituam na confiança moderna, na tecnologia e na pressão econômica e cultural.²¹ Desse modo, o crescimento e o progresso dos aplicativos de *streaming* de conteúdos audiovisuais demonstram que nesses cenários de inovação, o

17 SUÁREZ; TRUJILO, 2018, p. 23-89.

18 KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; DE MARCHI, Leonardo. Música infinita: serviços de *streaming* como espaços híbridos de comunicação e consumo musical. In: **Anais do Encontro Nacional da Associação Nacional de Programas de Pós-Graduação em Comunicação**. 2015. Disponível em: <https://bdpi.usp.br/single.php?_id=002735674&locale=en_US>. Acesso em: 25 set. 2019.

19 LOYOLA, Renata. O *streaming* no mundo. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 526.

20 CAETANO, Miguel Afonso. Spotify e os piratas: Em busca de uma “jukebox celestial” para a diversidade cultural. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 109, maio 2016, p. 229-249.

21 RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-70.

desenvolvimento tecnológico está diretamente ligado ao poder da economia e à eventual regulação por conta da Administração Pública.²² Nesse sentido, os serviços ofertados através da lógica do *streaming* fornecem uma solução para a indústria audiovisual, que está “perdida desde a substituição do consumo de discos físicos por arquivos digitais”. Uma vez realizada a definição do que é e como funciona o serviço do *streaming*, imperiosa a análise da natureza jurídica destes.

De acordo com Ericson Meister Scorsim, as aplicações de internet são consideradas pela Lei Geral de Telecomunicações como “Serviços de Valor Adicionado”. Dessa forma, para o autor, não há como se comparar os serviços de televisão por assinatura com o novel serviço de *streaming* sob demanda, uma vez que não se enquadram no mesmo *locus* regulatório, pois enquanto o primeiro se trata de um serviço de telecomunicação, o segundo é um mero serviço que agrega valor àquele.²³

O entendimento do autor se baseia na definição legal do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações. De acordo com o art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), o serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação que, por sua vez, é definida pela lei como “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (art. 60, §1º). Contudo, a lei também apresenta ao arcabouço jurídico a noção de “serviço de valor adicionado”. Segundo o art. 61 da LGT, esse tipo de serviço é caracterizado como uma atividade que acrescenta novas utilidades (referentes ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações) ao serviço de telecomunicação que lhe dá suporte com

22 Insta destacar que a noção de desenvolvimento não se limita ao aspecto econômico. Dessa forma, se expõe o apontamento de André Folloni: “(...) a Constituição brasileira, ao mesmo tempo em que impõe como objetivo o desenvolvimento econômico, também prescreve a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, (...)”. FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n. 1, p. 63-91.

23 SCORSIM, Ericson Meister. **Direito das comunicações**: serviços de telecomunicação (móvel pessoal e telefonia fixa), acesso à internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Curitiba: edição do autor, 2016, p. 29.

o qual não se confunde, na medida em que não constitui um serviço de telecomunicação (art. 61, §1º).

Victor Oliveira Fernandes defende a mesma proposição. A conceituação dos serviços de valor adicionado, previstas no supracitado art. 61 da LGT, remetem aos serviços que empregam, de forma genérica, funções de processamento de informações executadas dentro das redes de telecomunicação e, segundo o autor, é isso que ocorre com os serviços de *streaming*, na medida em que “os prestadores desses serviços se caracterizam como simples usuários dos serviços de telecomunicações que lhes dão suporte”.²⁴

De toda forma, ainda que o supracitado entendimento da Anatel venha modelando um novo compreender sobre o que pode ser considerado um serviço de telecomunicação, Victor Oliveira de Fernandes, em seu livro, se junta à doutrina de Ericson Meister Scorsim ao propor que as aplicações de internet prestadoras de serviços de *streaming* se enquadram, a princípio, dentro da classificação de SVA, nos termos do art. 61 da LGT, “ainda que essa definição seja bastante volátil e dependente de preenchimento pela atuação institucional da Anatel”.²⁵

Parece correto o posicionamento dos autores supracitados. Por um lado, a definição de “internet” se submete ao art. 60 da LGT como um serviço de telecomunicação.²⁶ Por outro lado, os prestadores de serviços de *streaming* devem ser compreendidos como serviços de valor adicionado à internet, pois agregam utilidades relacionadas ao acesso de conteúdos audiovisuais, permitem o armazenamento de informações e apresentam novos instrumentos para o usuário final da rede mundial de computadores ao se utilizarem da rede preestabelecida. Portanto, entende-se que os serviços fornecidos pelo *streaming* de conteúdo audiovisual sob demanda não se

24 FERNANDES, Victor Oliveira. **Regulação de serviços de internet: desafios da regulação de aplicação *Over-The-Top* (OTT)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 154.

25 *Ibid.*, p. 159-160.

26 Nesse sentido, entende-se que a internet é um meio de telecomunicações na medida em que se trata de um sistema constituído pelo conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes.

confundem nem com os serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens e nem com os serviços de televisão por assinatura.

4. A COMPETÊNCIA REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

A relação entre o Estado e a economia não é estanque (e, muito menos, previsível). Ela está em constante variação em razão das contingências política, ideológica e econômica. Dessa forma, esse dinamismo entre as duas esferas permite que o Direito limite e direcione – ainda que não em sua totalidade – a atividade econômica.²⁷ E, no contexto pós-moderno de avanços tecnológicos, a intervenção estatal na economia (através da regulação) deve se pautar, segundo Alexandre Santos de Aragão, em uma atuação eficiente, com técnicas regulatórias consensuais e flexíveis, que sejam mais eficazes e menos onerosas para o Estado e para a sociedade.²⁸

No contexto das telecomunicações, a agência reguladora é a Anatel. Ela foi instituída pela Lei nº 9.472/97 e regulamentada pelo Decreto nº 2.338/97. Para Leila Cuéllar, a legislação que institui a ANATEL é uma das mais completas na esfera das agências reguladoras. Não obstante, a autora enaltece que a criação da autarquia especial previu a criação do marco regulatório do setor de telecomunicações em um momento anterior à eventual medida de desestatização.²⁹

As competências da Anatel estão previstas no art. 19 da LGT e envolvem a adoção de medidas para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações em nível nacional. Sendo assim, compete à agência reguladora promover o desenvolvimento das telecomunicações a fim de prover uma moderna e eficiente estrutura, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, variados e com preços módicos, em todo o território nacional.

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de regulação econômica. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba: Juruá, n. 6, 2001, p. 64.

28 *Ibid.*, p. 68.

29 CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. (Coleção luso-brasileira de direito público, 2), p. 116.

Dentre as atribuições dadas pela LGT, ressalta-se a necessidade de atuação no sentido de implementar a política nacional de telecomunicações (inc. I), representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações (inc. II), expedir normas quanto à outorga de serviços de telecomunicações no regime público (inc. IV) e à prestação desses serviços no regime privado (inc. X), normatizar os padrões dos equipamentos utilizados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações (inc. XII), expedir normas que garantam a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes (inc. XIV) como forma de garantir a concorrência no setor, exercer a função de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica no setor na matéria que lhe couber (inc. XVIII) e reavaliar, periodicamente, a regulamentação em razão da promoção da competição no mercado das telecomunicações e da evolução tecnológica (inc. XXXII).

Também cabe à agência zelar e assegurar o direito de uso – pelos agentes interessados – das redes de serviços de telecomunicações para a prestação de serviços de valor adicionado, bem como regular os condicionamentos e o relacionamento dessa interação entre prestador do serviço e o detentor da infraestrutura de telecomunicações (art. 61, §2º). No âmbito do regime público de prestação de serviços de telecomunicações, é de competência da agência a regulação de obrigações de universalização e de continuidade do serviço (art. 79), a prévia outorga mediante concessão para a exploração do serviço público de telecomunicações (art. 83), sendo também de sua competência a realização da licitação para outorga da referida concessão (art. 89).

De forma geral, a legislação que institui a Anatel garante que a agência reguladora seja responsável pela fiscalização do contrato de concessão (de permissão ou autorização, a depender da disposição da LGT) dos serviços de telecomunicações, estabelecendo prerrogativas que permitem a intervenção da agência nos contratos administrativos do setor a fim de garantir a continuidade do serviço e a preservação da infraestrutura necessária para a sua prestação.

Nesse diapasão, a Lei nº 12.485/11 reitera uma série de competências da Anatel que se relacionam com a infraestrutura da rede de telecomunicações. Cabe à agência a regulação e fiscalização da atividade de distribuição de conteúdo pelas

prestadoras de serviço de acesso condicionado (que é considerado um serviço de telecomunicações), ainda que não seja um serviço público. Inclusive, as empresas interessadas devem observar a regulação edital da agência para a prestação do serviço.³⁰ Exemplos da atuação da Anatel nesse setor são a Resolução nº 411/2005 e a Resolução 581/2012, que aprovam, respectivamente, o Plano Geral de Qualidade para os serviços de televisão por assinatura e o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado, a ser observado por todos os atores econômicos que prestam o serviço, independentemente da tecnologia utilizada. Ainda, tem-se que a Resolução nº 717/2015 que, de uma maneira mais ampla no setor, aprova o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, a ser observado por todos os atores econômicos prestadores dos serviços de telecomunicações (STFC, SMP, SCM e SeAC).³¹

Dessa forma, conclui-se que a Anatel tem como competência a manutenção das redes de telecomunicações, de regulação e fiscalização da utilização dessas redes para a prestação dos serviços e da garantia, por meio da edição de resoluções e demais atos normativos de sua competência, da continuidade – relacionada a questões técnicas – desses serviços. Sendo assim, visto que os serviços de telecomunicações não compreendem os serviços fornecidos por aplicações acessadas por

30 Art. 29. A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Parágrafo único. A Anatel regulará e fiscalizará a atividade de distribuição.

31 BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Resolução nº 411, de 14 de julho de 2005. Aprova o Plano Geral de Metas de Qualidade para os serviços de televisão por assinatura (PGMQ – televisão por assinatura). Disponível em: <<https://www.Anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/20-2005/141-resolucao-411>>. Acesso em: 30 out. 2019.; BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Resolução nº 581, de 26 de março de 2012. Aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). Disponível em: <<https://www.Anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/139-resolucao-581>>. Acesso em: 30 out. 2019. BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019. Aprova o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações – RQUAL. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-717-de-23-de-dezembro-de-2019-235328441>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

meio da internet, a Anatel é incompetente para realizar a outorga e a fiscalização das aplicações de internet e, por consequência, o provimento de conteúdo audiovisual por *streaming* não se situa nas competências da agência. Diante da natureza jurídica diversa dos serviços de telecomunicação e de serviço de valor adicionado, até o atual momento a legislação não permite o condicionamento dos prestadores de serviços de *streaming* à regulação da Anatel.³² Portanto, estes estão alheios ao exercício do poder regulatório da Anatel. A agência só poderá se imiscuir na atuação dos prestadores de serviço de valor adicionado para regular os condicionamentos e o relacionamento entre as SVA e as redes de telecomunicações, nos termos do supracitado art. 61, §2º, da LGT.³³

No entanto, a doutrina diverge em relação à competência do Anatel. Sérgio Guerra, ao estudar as inovações disruptivas no setor das telecomunicações, afirma que a clássica dicotomia público/privado “conduz naturalmente à assimetria regulatória”. Em razão disso, o jurista sustenta que essa divisão estanque entre os serviços prestados no regime privado e no regime público já não é mais suficiente para a regulação do setor das telecomunicações. Assim, conclui que o Poder Público deve atuar para corrigir os efeitos da competição imperfeita e a repressão da ordem econômica no setor, a fim de propiciar a concorrência. E, por isso, para o autor, cabe à Anatel a adoção de medidas regulatórias assimétricas (em sentido amplo) para equilibrar o mercado das telecomunicações.³⁴

Guilherme Siqueira Vieira, por sua vez, defende, ao estudar o papel da Anatel em relação à plataforma de *streaming* de vídeos Netflix, entende que referido serviço não se encontra abarcado pelos regimes regulatórios de agência reguladora. Para o autor, dever ser realizada “uma atualização do material legislativo já existente para que possa abarcar esses novos serviços” sem que isso prejudique o empreendimento. Entende não compete nem à Anatel a regulação desses serviços, uma vez que qualquer ato de

32 Nesse sentido: SCORSIM, 2016, p. 100-102.

33 FERNANDES, 2018, p. 160.

34 GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Junior. 4. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 147-148.

polícia administrativa destas – através de sanção ou aplicação de multa – tratar-se-ia de “ato ilegal, sem qualquer fundamento legal ou jurídico para tal”.³⁵

Ao se debater a regulação de novas tecnologias, é importante lembrar que a regulação das inovações disruptivas, para além do reconhecimento, “traz segurança para que as atividades se desenvolvam sob o amparo do direito”.³⁶ Uma regulação pautada pela lógica do confronto com o setor inovador ou a partir de soluções regulatórias unilaterais estatais não é promissora, uma vez que o desenvolvimento tecnológico encontrara formas de se desenrolar da regulação aplicada.

5. CONCLUSÃO

O futuro das inovações disruptivas é imprevisível e a Administração Pública deve se reinventar. E essa mudança passa pelo papel instrumentalista do Direito Administrativo. No âmbito do *streaming* do audiovisual, a separação entre os modelos disruptivos de difusão de conteúdo audiovisual é tão mais evidente conforme o avanço da tecnologia. E isso requer uma nova atuação regulatório do Estado. Neste contexto, buscou-se analisar a natureza jurídica dos serviços de *streaming* com base na legislação vigente no Brasil e, após, estudou-se a competência da Agência Nacional de Telecomunicações neste mercado.

Conclui-se que a adaptação das novas tecnologias às normas do setor regulado por si só não é suficiente, também devendo contar com a adaptação da legislação às inovações disruptivas com a finalidade de permitir um ambiente competitivo entre os *players* do mercado em vistas ao desenvolvimento do setor audiovisual no Brasil. Tem-se, assim, que o tratamento normativo do *streaming* deve se preocupar em permitir convivência harmoniosa do Direito e da tecnologia.

35 VIEIRA, Guilherme Siqueira. A regulação dos novos serviços on-line no Brasil: o caso Netflix versus ANCINE e ANATEL. In: BONAT, Alan Luiz; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETES, Regeane Bransin (Coord.). **Políticas públicas e desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 239-245.

36 BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, como e quando regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

Em relação ao papel da Anatel, entende-se que compete à autarquia regular os condicionamentos e o relacionamento entre o *streaming*, considerado serviços de valor adicionado, e as prestadoras de serviço de telecomunicações, bem como assegurar àqueles o direito de uso da infraestrutura da internet. Em um ambiente de inovação, a arte de regular novos serviços representa a coragem de enfrentar o diferente em um mundo cada vez mais envolto pela “loucura” da disrupção tecnológica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de regulação econômica. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba: Juruá, n. 6, 2001. p. 59-74.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, como e quando regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

BRASIL. Lei 9.472 de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 13 maio 2018.

CAETANO, Miguel Afonso. Spotify e os piratas: Em busca de uma “jukebox celestial” para a diversidade cultural. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 109, maio 2016, p. 229-249.

CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E. **Innovator’s solution: creating and sustaining successful**. Boston: Harvard Business School Press, 2003.

CRUZ, Leonardo Ribeiro da. Os novos modelos de negócio da música digital e a economia da atenção. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 109, maio 2016, p. 203-229.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. (Coleção luso-brasileira de direito público, 2).

FERNANDES, Victor Oliveira. **Regulação de serviços de internet: desafios da regulação de aplicação *Over-The-Top* (OTT)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2010.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n. 1, p. 63-91.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Junior. 4. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo De. Em busca da música infinita: os serviços de streaming e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. **Revista Fronteiras – Estudos Midiáticos**, v. 17, n. 3, p. 302-311, setembro/dezembro 2015.

LOYOLA, Renata. O *streaming* no mundo. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 527-530.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sistemas Sociais**: Lineamentos para uma teoria general. Tradução: Silvia Papp e Brunhilde Erker. México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48.

MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 223-236.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Hearing on disruptive innovation. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En)>. Acesso em: 10 maio 2018.

PIAIA, Thami Covatti; COSTA, Bárbara Silva; WILLERS, Miriane Maria. Quarta revolução industrial e a proteção do indivíduo na sociedade digital: desafios para o direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 1, p. 122-140, jan./abr. 2019.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-82.

SCORSIM, Ericson Meister. **Direito das comunicações**: serviços de telecomunicação (móvel pessoal e telefonia fixa), acesso à internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Curitiba: edição do autor, 2016.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira. São Paulo: Edipro, 2016.

SUÁREZ, Ana Cristina Triana; TRUJILLO, Carlos Humberto Aragón. Acción 1 BEPS. Metodología aplicación em Colombia economia digital – negocio *streaming* – caso Netflix. **Revista de Derecho Fiscal**, n. 13, jul./dec. 2018, p. 23-89.

VIEIRA, Guilherme Siqueira. A regulação dos novos serviços on-line no Brasil: o caso Netflix versus ANCINE e ANATEL. In: BONAT, Alan Luiz; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETES, Regeane Bransin (Coord.). **Políticas públicas e desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2016.

A IMPORTÂNCIA DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL

LUZARDO FARIA

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado.



1. O IMPACTO DO ESTADO SOCIAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INCLUSIVA E DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL

Ainda que a Constituição Federal de 1988 não preveja expressamente uma cláusula específica do Estado Social, uma simples leitura dos principais dispositivos do texto constitucional não deixa dúvidas de que o constituinte de 1987/88 fez uma opção por um modelo de Estado intervencionista, cujos maiores objetivos são a redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como é amplamente difundido, o Estado Social surge com o premeditado objetivo de, intervindo na ordem econômica, corrigir o cenário de desigualdades causadas pelo liberalismo do *laissez-faire*, que regeu a lógica pela qual se encarava o Direito Público por muito tempo. Nesse contexto, “de mero garantidor da autonomia e da liberdade individuais, o Estado se transforma, então, em ator central responsável por guiar e implementar políticas públicas capazes de promover um desenvolvimento social mais justo e solidário, garantindo, além da mera igualdade formal, uma igualdade concreta e material”.¹ Nas precisas palavras de Emerson Gabardo, “o surgimento do Estado social correspondeu a um período ímpar na história da humanidade, caracterizado por guerras sem precedentes, por uma forte concorrência ideológica entre capitalismo e socialismo

1 GUIMARÃES, Guilherme Cintra. O direito administrativo e a reforma do aparelho do Estado: uma visão autopoietica. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 62.

e pelo fracasso do liberalismo clássico na preservação do sistema vigente”.²

Trata-se, nesse sentido, de uma evolução nos caminhos trilhados pela Teoria do Estado e pela Ciência Política, a partir da constatação fática da insuficiência do paradigma liberal de viabilizar com satisfação o atendimento das necessidades sociais. Esta transformação, como ensina Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “oferece uma proteção muito relevante acerca do sentido e da funcionalidade dos direitos fundamentais, que passam de barreiras imunes à ação dos Poderes Públicos a elementos estruturais e diretrizes básicas da ação estatal”.³

No Estado Liberal, direitos oponíveis ao Estado exigiam, em regra, uma abstenção do Poder Público (um não fazer), para que assim se resguardasse a esfera de liberdade de cada indivíduo. No Estado Social, porém, passa-se a se requerer atuações positivas da Administração Pública, principalmente direcionadas àqueles cidadãos para os quais a abstenção estatal nada faz senão perpetuar e reforçar as desigualdades sociais.⁴ Desse modo, é possível afirmar que os ditames do Estado Social de Direito estão consagrados na essência na Constituição Federal de 1988.

Partindo do reconhecimento de que a estrutura de cada ramo do Direito Público está sempre essencialmente relacionada com o paradigma político-ideológico adotado como base para a sustentação do Estado em cada contexto histórico,⁵ entende-se ser

2 GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 156.

3 No original: “*Tal transformación, como se ha estudiado ampliamente, ofrece una muy relevante proyección acerca del sentido y funcionalidad de los derechos fundamentales de la persona, que pasan de ser barreras imunes a la acción de los poderes públicos a elementos estructurales básicos y directrices básicas de la acción del Estado*”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015, p. 32. Tradução livre.

4 Sobre as transformações do papel da intervenção do Estado na Sociedade, ver: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 271-279.

5 Nas palavras de Daniel Wunder Hachem, “os contornos do Direito Público estão intrinsecamente ligados ao modelo de Estado no qual cada sistema normativo se encontra inserido, de modo que as tendências dos ordenamentos jurídico-administrativos costumam acompanhar as feições assumidas pelos Estados nos quais são forjados”. HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013, p. 134.

prudente compreender as alterações que foram proporcionadas no Direito Administrativo pela implementação do modelo de Estado Social. Afinal, é certo que “não faz Direito Administrativo a não ser dentro de uma certa concepção política do Estado e das funções da política em geral”.⁶

Nesse novo contexto, o Direito Administrativo não apenas se destina a restringir o âmbito de atuação estatal ou a reparar os danos que eventualmente venha a causar (como era antigamente), mas também a redistribuir as riquezas produzidas na sociedade. A Administração Pública, nesse cenário, deve se voltar à criação de condições mais igualitárias entre os cidadãos, principalmente em países como o Brasil, onde diversos grupos e classes sociais são diariamente excluídos e marginalizados.⁷ Essas são as principais bases jurídico-ideológicas para o que doutrina contemporânea vem chamando de “*Administração Pública inclusiva*”.⁸

Na década de 1990, seguindo uma tendência mundial,⁹ o Direito Administrativo brasileiro foi marcado por uma série de alterações legislativas que buscavam operar uma reforma na Administração Pública, diminuindo o aparelho estatal.¹⁰ Nesse con-

6 LOPES, José Reinaldo de Lima. Apresentação. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XVIII.

7 BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014, p. 58. Nesse mesmo sentido Carlos E. Delpiazzo defende que “el Derecho Administrativo propio del Estado Constitucional de Derecho debe estar centrado en la persona del administrado, tanto en su dimensión individual como social, de las que derivan sus derechos y deberes.” DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014. p. 7.

8 É o caso, no Brasil, de Daniel Wunder Hachem e, na doutrina estrangeira, do argentino Carlos Balbín. Cf. HACHEM, 2013, p. 133-168, jul./set. 2013; BALBÍN, op. cit., p. 33-59.

9 Essa corrente é chamada por Daniel Wunder Hachem de “*Direito Administrativo neoliberal*”. Seguindo ele, “propondo um papel subsidiário ao Estado, com o repasse de grande parte de suas incumbências na área social para a iniciativa privada, essa corrente defendia o enxugamento da estrutura e do aparelhamento estatal, com a redução de suas funções. A prestação de serviços públicos e demais atividades de caráter assistencial deveria ser prioritariamente desenvolvida pela sociedade civil organizada, competindo ao Poder Público apenas a função de fomentá-las e regulá-las”. HACHEM, op. cit., p. 148.

10 Deve-se frisar que a doutrina administrativa sempre divergiu quanto à conveniência dessas alterações, como bem analisa Irene Patrícia Nohara em: NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

texto, passou-se a se defender que o Estado deveria atuar como agente secundário em questões econômicas e sociais, com base no princípio da subsidiariedade.

Por outro lado, ao mesmo tempo também se desenvolve uma nova corrente hermenêutica no Direito Administrativo brasileiro, a qual, “pautada na promoção da igualdade material pelo Estado e na ideia de redistribuição por meio da intervenção”, pode-se classificar como a linha do “*Direito Administrativo social*”.¹¹ Para Daniel Wunder Hachem, essa nova forma de encarar as funções do Estado faz com que se institua uma “Administração Pública inclusiva, voltada à inserção social dos cidadãos e à redução das injustiças e desigualdades existentes na sociedade brasileira.”¹²

Essa é a corrente que deve nortear o Direito Administrativo brasileiro contemporâneo. Trata-se, afinal, da hermenêutica mais concernente com as disposições constitucionais, de modo que se pretende-se o cumprimento das promessas constitucionais de 1988, isso inevitavelmente deve passar por uma Administração Pública que se estruture a partir de um ideal inclusivo e solidário.

2. A RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E A FEIÇÃO SOCIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

As questões relativas à consolidação do Estado Social de Direito já são bastante conhecidas na área jurídica. Assim, longe de se tratar de uma introdução genérica, saber que a feição social do Estado brasileiro pós-88 transformou o âmago do Direito Administrativo é imprescindível para notar no que tais mutações do perfil do Estado se relacionam com a teoria do interesse público.

Ora, seria “ingênuo não notar que o tema envolve espúrias questões ideológicas”,¹³ sendo evidente que ninguém pode desconhecer as “funções inequivocamente

11 O termo também é utilizado em: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

12 HACHEM, 2011, p. 136.

13 HAEBERLIN, Martín. **Uma teoria do interesse público**: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 26.

ideológicas” do interesse público.¹⁴ Tanto é assim que o interesse público é visto hoje como um critério divisor de duas grandes correntes doutrinárias no Direito Administrativo brasileiro: uma *liberal*, que se preocupa em “dar prioridade à existência de uma esfera livre da interferência estatal, para a plena realização dos direitos fundamentais” e outra *estatizante*, que não se confunde com a antiga visão autoritária de Estado, sendo uma espécie de grau intermediário em relação a esta e a liberal, defendendo a proeminência da ação estatal como meio para a realização dos direitos fundamentais.¹⁵

Como ensina Romeu Felipe Bacellar Filho, o Direito Administrativo brasileiro, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, possui uma evidente vocação finalística, identificada com os valores erigidos como normas centrais do ordenamento jurídico pela Lei Maior.¹⁶ É exatamente em relação a esse conteúdo finalístico que as duas correntes parecem divergir. A diferença entre elas, de acordo com Fernando Dias Menezes de Almeida, “está justamente nos valores a inspirarem os fins: interesse público ou direitos fundamentais”.¹⁷

Muito embora Almeida reconheça que “quem sustenta a tese do interesse público não é contra os direitos fundamentais”,¹⁸ é importante ressaltar que a sistematização das duas correntes, ainda que para fins didáticos e acadêmicos, não pode colocar o interesse público e os direitos fundamentais em lados opostos da controvérsia. Trata-se, portanto, de uma falsa oposição, a qual, se não encarada com o devido rigor científico, pode levar a visões distorcidas da realidade.

Assim, conhecer o perfil ideológico da Administração Pública desenvolvida

14 NIETO, Alejandro. La administración sirve con objetividad los intereses generales. In: BAQUER, Sebastián Marin-Retortillo (Coord.). **Estudios sobre la Constitución española**: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. v. 3. Madrid: Civitas, 1991, p. 2211. Do mesmo modo, Daniel Wunder Hachem ressalta que “não se deve ignorar a função ideológica de legitimação do poder exercida pela locução interesse público.” HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 154.

15 A sistematização de tais correntes é desenvolvida por Fernando Dias Menezes de Almeida em: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 45.

16 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

17 ALMEIDA, op. cit., p. 363.

18 Idem.

sob a égide da Constituição Federal de 1988 é essencial para se compreender a importância da função simbólica (para além de suas implicações jurídicas práticas) que a noção de interesse público exerce no regime jurídico-administrativo.

Com efeito, a concepção de que o interesse público deve ser a ideia motora da atividade administrativa “encontra-se em perfeita consonância com o modelo social de Estado”. Afinal, ao mesmo tempo que não contrapõe a autonomia privada, uma vez que tal modelo político reconhece a validade do sistema capitalista e a importância de democratização das estruturas administrativas, essa forma de encarar as relações entre a Administração Pública e a sociedade civil também não restringe a atuação do Estado a um coadjuvante, um ente com papel subsidiário na realização das tarefas de relevância social.¹⁹ A aceitação de determinada atividade como de interesse público – e, portanto, de dever inafastável da Administração – não depende de uma prévia constatação da incapacidade da iniciativa privada em realizá-la. Pelo contrário, é em razão da “impossibilidade ética” de essa atividade deixar de atendida que se atribui ao Estado, através da gravura de interesse público, o encargo de cumpri-la.²⁰

É fato, portanto, que a noção de interesse público está “atada a uma orientação econômica, sobretudo da eficiência do sistema econômico, traduzida na distribuição de renda e no bem-estar material”.²¹ Para alguns, inclusive, o interesse público é a noção de bem comum em sua forma juridicizada, sendo inócua a tentativa de distinguir esses dois conceitos.²² Assim, o interesse público, independentemente do nome ou da forma jurídica que lhe queiram emprestar, é o que justifica a intervenção do Poder

19 GABARDO, 2009, p. 318.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999, p. 124

21 COSTALDELLO, Angela Cassia. A supremacia do interesse público e a cidade: a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 242.

22 “Distinguir interesse público e bem comum, além de traduzir distinção inócua, não retrata a realidade natural dos pensadores. É claro que o sentido de interesse público tem por lastro o interesse da coletividade e o grande interesse desta é seu próprio bem, portanto o bem comum CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 76. No mesmo sentido: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Prefácio. In: HACHEM, 2011, p. 19.

Público nas mais diversas relações privadas.²³

Na doutrina argentina, por exemplo, já é bastante comum a identificação da noção de interesse público com a de bem-estar social. Rafael Bielsa fala que “o interesse público é o *impulso* do bem-estar geral”, aduzindo que essa categoria jurídica – central, em sua visão, para o Direito Administrativo – é progressista e dinâmica, incidindo frequentemente na seara econômica e social.²⁴ Julio R. Comadira também segue essa linha ao afirmar que “o interesse público ao qual genericamente se refere a doutrina não pode ser outra coisa senão o ‘bem-estar geral’ mencionado na Constituição”.²⁵ O mesmo posicionamento ainda é encontrado nas lições de Héctor Jorge Escola, que categoricamente classifica o interesse público como o “correlato jurídico” da noção de bem-estar geral.²⁶

No ordenamento jurídico pátrio, também não há dúvidas que “a essência do interesse público como tarefa suprema do Estado revela-se na centralidade da dignidade do ser humano, visto que a função básica do Poder Público consiste na melhora das condições de vida da população, notadamente no que se refere ao pleno desfrute dos direitos fundamentais por cada um dos cidadãos”.²⁷ Ou seja, atualmente é possível identificar uma clara relação entre a noção de interesse público e os valores sociais elencados pela Constituição como objetivos fundamentais da República.

No entanto, nem sempre foi assim. Como já se disse, no paradigma de Estado Liberal “a ideia de interesse público (...) focava-se de modo bastante direto na defesa do indivíduo, o individualismo preponderava, o Direito Administrativo servia à defesa das liberdades dos sujeitos e era na defesa individual da liberdade que residia

23 MEILÁN GIL, José Luis. Intereses Generales y Interés Público desde la Perspectiva del Derecho Público Español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 83.

24 BIELSA, Rafael. **Principios de derecho administrativo**. 3. ed. Buenos Aires: Depalina, 1963, p. 830-831.

25 COMADIRA, Julio R. **Derecho Administrativo**: acto administrativo, procedimiento, otros estudios. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, p. 116-117.

26 ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público**: como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 31.

27 HACHEM, 2011, p. 332.

o interesse público”.²⁸ E o contexto se altera com o advento do Estado Social. Nesse formato, abandonando-se a faceta individualista que atrelava o interesse público à defesa das liberdades negativas, essa noção “adquire um caráter solidário, incorporando as necessidades gerais da coletividade e os interesses dos grupos hipossuficientes, que requerem uma atuação estatal no âmbito privado para reequilibrar juridicamente as relações desiguais”.²⁹

Jaime Rodríguez Arana-Muñoz também analisa essas transformações ocorridas no conceito de interesse público com a mudança da lógica política e econômica que rege a Administração. E, para ele, defensor do Estado Social de Direito e da vinculação da atividade administrativa às normas constitucionais, nesse cenário o interesse público a ser concretizado pela Administração se identifica diretamente com os direitos fundamentais, notadamente aqueles de caráter econômico e social.³⁰

Por todas essas razões, a noção de interesse público vai sendo paulatinamente se mesclando com a própria ideia de um Direito Administrativo Social, a qual, como vista no tópico anterior, possui suas bases axiológicas arraigadas no paradigma do Estado Social de Direito. Essa relação, contudo, traz algumas turbulências ao Direito Administrativo brasileiro, fazendo o interesse público ser o objeto de fervorosas críticas, como se verá a seguir.

3. A RECUSA AO INTERESSE PÚBLICO COMO SINTOMA DA “FUGA PARA O DIREITO PRIVADO”

A partir do reconhecimento de que há correlação entre a noção de interesse público e as bases essenciais do Direito Administrativo Social, verifica-se que (não por coincidência) a posição adotada pelas teses críticas à noção de interesse público

28 SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro**: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 51.

29 HACHEM, 2011, p. 107. No mesmo sentido, Mariana de Siqueira ensina que com o desenvolvimento do Estado Social, o interesse público “perdia a sua conotação eminentemente liberal e utilitária e adquiria feição mais ligada ao intervencionismo e satisfação dos interesses coletivos”. SIQUEIRA, op cit., p. 58.

30 RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime. **Derecho Administrativo y Constitución**. Granada: CEMCI, 2000, p. 103.

como valor central do regime jurídico-administrativo “está muito mais próxima da perspectiva de um Estado subsidiário do que de um Estado social”, algo que, segundo Emerson Gabardo, é expressamente reconhecido por alguns autores.³¹ É o caso, citado por ele, de Daniel Sarmiento, que – convergindo com a filosofia liberal de autores como Friedrich von Hayek, Milton Friedman e Robert Nozick – propõe em sua crítica a “primazia dos indivíduos sobre a sociedade e o Estado.”³²

Do ponto de vista histórico, mesmo com tantas mudanças ocorridas na sociedade desde a época em que o Estado Liberal cedeu espaço ao Estado Social, algumas controvérsias surgidas naquele período continuam a impactar o Direito contemporâneo. Entre elas está o fato de que tradicionalmente ao interesse privado se atribui um viés mais individualista, enquanto o interesse público normalmente é relacionado à atuação estatal para a coletividade.³³ A partir dessa constatação é possível concluir que as propostas de abandono da noção de interesse público também podem representar propostas de alteração no perfil da Administração Pública brasileira e no conteúdo finalístico de sua atuação.

Doutrinadores de bastante renome, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, inclusive chegam a afirmar que quando se critica a noção de interesse público, quando se defende a ponderação de interesses (coletivos e individuais) como o critério mais adequado para verificar qual deles, em cada caso concreto, deve prevalecer ou quando se prega a substituição da supremacia e da indisponibilidade do interesse público pelo princípio da razoabilidade, no fundo “o real objetivo é fazer prevalecer o interesse econômico [privado] sobre outros igualmente protegidos pela Constituição”.³⁴

31 GABARDO, 2009, p. 319.

32 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

33 SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito Público**, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-1112, jan./dez. 2010, p. 114.

34 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO; HACHEM, 2010, p. 203.

A recusa ao interesse público, portanto, condiz com uma *visão individualista* da sociedade.³⁵ De fato, na linha de se defender a expurgação da categoria de interesse público do Direito Administrativo brasileiro, muitas vezes “são prestigiadas soluções valorizadoras de um espírito privado egoístico em detrimento de um espírito público solidarístico”.³⁶ Nessa perspectiva, ainda, o ser humano é enxergado apenas por um viés solitário, sem ser objeto de atenção as relações sociais que ele mantém com os outros membros da comunidade em que está inserido. Afinal, os seus objetivos seriam sempre pessoais, não tendo preocupação ou qualquer mínima relação com os demais seres com quem convive. O Estado, nessa concepção, existiria apenas para garantir a existência de um ambiente propício para que os homens, com liberdade e segurança, pudessem perseguir suas metas individuais. O “bem comum”, portanto, não exigiria mais do que “um Estado mínimo e abstencionista, que em matéria econômica deixa quase tudo à livre iniciativa particular e à ação das forças do mercado”.³⁷

Além disso, a visão individualista de se encarar o interesse público pressupõe que a sociedade deve se organizar a fim de propiciar aos indivíduos a liberdade e harmonia necessárias para que persigam seus interesses individuais, cada qual conforme seus próprios ideais. Veja-se, por exemplo, que ao propor o desapego do Direito Administrativo à noção de interesse público, Floriano de Azevedo Marques Neto defende que “numa esfera pública serviente à sociedade, a intervenção na esfera privada é aceitável em condições *excepcionais*”.³⁸

35 É importante ressaltar, entretanto, que as constatações aqui realizadas a partir das finalidades “secundárias”, por assim dizer, daqueles que criticam à teoria do interesse público partem de uma generalização feita a respeito dos trabalhos produzidos por essa corrente teórica. Evidentemente, nem todos os autores ligados a esse movimento compartilham do mesmo ideal político. É possível haver críticas metodológicas relacionadas à aceitação do interesse público como valor central do Direito Administrativo, que não necessariamente são contrárias aos ideais do Estado Social de Direito, como bem nota Adriana da Costa Ricardo Schier: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve dos servidores públicos. In: BACELLAR FILHO; HACHEM, 2010, p. 382.

36 GABARDO, 2009, p. 324.

37 HACHEM, 2011, p. 315.

38 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p. 422.

Assim, esse modo (não apenas jurídico, mas também muito *político*) de tratar o interesse público “conduz a uma contraposição entre indivíduo e Estado, e exige uma Administração Pública mínima e não interventora, que no âmbito econômico deve deixar quase tudo à livre iniciativa particular e ao mercado”.³⁹ Trata-se, como se percebe com facilidade, de uma proposta de atuação subsidiária do Estado na satisfação das demandas sociais, algo que Emerson Gabardo já demonstrou ser incompatível com a Constituição Federal de 1988.⁴⁰

Pode-se identificar uma relação entre as críticas sistemáticas e reiteradas à utilização do interesse público como noção-chave do regime jurídico com o fenômeno que ficou conhecido, notadamente após a obra de Maria João Estorninho, como *fuga para o Direito Privado*. Refere-se, com isso, a um movimento ocorrido principalmente a partir da década de 1990, caracterizado pela perda de influência do regime jurídico-administrativo como matriz a partir da qual toda atividade da Administração Pública deveria se basear.⁴¹ Analisando esse cenário, Estorninho alerta que a fuga ao Direito Privado põe em perigo a unidade da Administração Pública, cujo corpo, segundo as palavras da autora, está “voltando à imagem da esquizofrenia, está hoje indiscutivelmente fragmentado, rasgado, disperso”.⁴²

4. CONCLUSÃO: RAZÕES PARA A PRESERVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A visão descrita no último tópico, contudo, certamente não se adequa à Constituição Federal de 1988, que elege a solidariedade como um de seus valores centrais.⁴³ Por isso, a Constituição não coaduna com posições que pretendem substituir o interesse público, enquanto noção central do Direito Administrativo, pelo foco se

39 HACHEM, 2011, p. 65.

40 GABARDO, 2009, *passim*.

41 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Interés General como Categoría Central de la Actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 45.

42 ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública Coimbra: Almedina, 1996, p. 80.

43 E, como ensina Emerson Gabardo, “a solidariedade é um atributo típico do Estado Social”. GABARDO, op. cit., p. 184.

não exclusivo, ao menos *primordial* à tutela dos direitos individuais. Ainda que os direitos individuais estejam compreendidos dentro do conteúdo de interesse público juridicamente aferível a partir do texto constitucional, este não se resume a eles. Uma mudança teórica nesse sentido é uma mudança de valores fulcrais do sistema jurídico-político – o que, em última análise, confronta com a normativa constitucional.

A função do interesse público, no contexto constitucional atualmente vigente, é a de “condicionar o exercício dos direitos e liberdades individuais em prol dos interesses da coletividade”.⁴⁴ Assim, ainda que o respeito à liberdade, à autonomia e à individualidade sejam valores incrustados no cerne da Constituição, o interesse público não se coaduna mais com o exercício egoístico de tais direitos. A Constituição, em seu art. 3º, elenca os objetivos fundamentais que devem ser perseguidos por *toda* a República – e não apenas pelo Estado ou demais entidades da esfera pública –, sendo eles, pois, os parâmetros que indicam o caminho que toda a comunidade deve seguir.

Aqui, evidentemente, não se está querendo abrir margem para que os interesses do Estado, enquanto canalizador dos anseios sociais e políticos da comunidade, possam repelir tudo aquilo que estiver ligado às liberdades individuais. O liberalismo possui um importante papel como marco teórico de contraposição a ideais totalitários, que muitas vezes utilizam retoricamente dos “interesses gerais da comunidade” como subterfúgio para práticas autoritárias, como ocorreu em estados fascistas e comunistas na primeira metade do século XX. O problema, no entanto, está em “igualar, sob o mesmo rótulo de autoritarismo, toda e qualquer posição contrária ao liberalismo”⁴⁵ e assim fazer parecer que apenas essa corrente política é capaz de propiciar um ambiente democrático em que os direitos fundamentais, individuais e coletivos, sejam a finalidade máxima da atuação estatal.

Em resumo, diante de todas as lições doutrinárias trazidas é possível perceber que as teses críticas à teoria do interesse público alinham-se a uma “defesa da predominância da autonomia individual” e, “ao ignorar a base do princípio republicano, incorporam a tendência de prestigiar os meios privados como garantia de seus inte-

44 HACHEM, 2011, p. 107.

45 *Ibid.*, p. 318.

resses”.⁴⁶ Entretanto, como visto essa solução é rechaçada pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que “nos países que ainda não alcançaram o estágio político cultural requerido para uma prática real da democracia, o Estado tem de ser muito mais que um árbitro de conflitos de interesses individuais”.⁴⁷

Por isso, a manutenção do interesse público como eixo central de toda atividade administrativa mais do que mero debate teórico da doutrina representa um posicionamento ideológico sobre as funções do Estado brasileiro. Uma vez que, como visto, a Constituição Federal adotou o modelo de Estado Social para a República Federativa do Brasil e que o interesse público, na contemporaneidade, está – até mesmo por razões simbólicas e retóricas – indissociavelmente relacionado a esse modelo, ao menos enquanto viger a Constituição de 1988, o interesse público deve ser a categoria jurídica a funcionar como norte da atividade administrativa, sendo que sua substituição poderá acarretar no desmembramento de fenômenos e práticas contrários às diretrizes constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Prefácio. In: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

BIELSA, Rafael. **Princípios de derecho administrativo**. 3. ed. Buenos Aires: Depalina, 1963.

46 GABARDO, 2009, p. 324.

47 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 57-70, abr. 1998, p. 61.

COMADIRA, Julio R. **Derecho Administrativo**: acto administrativo, procedimiento, otros estúdios. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTALDELLO, Angela Cassia. A supremacia do interesse público e a cidade: a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014.

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

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública Coimbra: Almedina, 1996.

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

GUIMARÃES, Guilherme Cintra. O direito administrativo e a reforma do aparelho do Estado: uma visão autopoietica. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 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, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

_____. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAEBERLIN, Martín. **Uma teoria do interesse público**: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. Apresentação. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MEILÁN GIL, José Luis. Intereses Generales y Interés Público desde la Perspectiva del Derecho Público Español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 57-70, abr. 1998.

NIETO, Alejandro. La administración sirve con objetividad los intereses generales. In: BAQUER, Sebastián Marin-Retortillo (Coord.). **Estudios sobre la Constitución española**: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. v. 3. Madrid: Civitas, 1991.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia**: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime. **Derecho Administrativo y Constitución**. Granada: CEMCI, 2000.

_____. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015.

_____, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

_____. El Interés General como Categoría Central de la Actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito Público**, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-1112, jan./dez. 2010.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve dos servidores públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro**: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE REFORMA ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELA PEC Nº 32/2020

MARCO ANTONIO KURRELE

Bolsista PROSUP-CAPES - Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia (Linha 1 de Pesquisa: Constituição e Condições Materiais da Democracia) pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL/PR. Especialização em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - IDRFB (2019/2020). Formação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (2018). E-mail: marcokurrele@gmail.com

MARCO ANTONIO LIMA BERBERI

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pós-graduado pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ. Professor na graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD - mestrado e doutorado) do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL/PR. Ex-Procurador Geral do Estado do Paraná. Advogado e Procurador do Estado. E-mail: marcoberberi@unibrasil.com.br



1. INTRODUÇÃO

O dia 30 de setembro de 2020 entra para a história brasileira como “Dia Nacional de Luta e Resistência contra a Reforma Administrativa – PEC nº 32/2020”. Dezenas de entidades se reuniram em grande ato virtual que ao todo contou com cerca de 3 milhões de pessoas.

Em todo país estão se unindo sindicatos de servidores públicos, parlamentares e associações para barrar a proposta que tramita no Congresso Nacional. Além de não apresentar nenhum indicador efetivo de redução de custos para o Estado ou de qualquer melhora na qualidade dos serviços públicos prestados, com o afrouxamento da relação servidor/administração pública parece criar ambiente propício para o clientelismo.

A proposta de transformação do Estado em mínimo e subsidiário indica somente a retirada do seu papel de protagonista e visa repassar para a iniciativa privada indiscriminadamente a incumbência constitucional de prestar serviços públicos diretamente.

No presente estudo, apresenta-se a importância de valorizar e capacitar os servidores públicos para as exigências da era digital do século XXI, a fim de propiciar o fortalecimento da ideia de uma sociedade mais livre, justa e solidária, voltada para o desenvolvimento nacional sustentável. Também, quer-se demonstrar o equívoco na aposta da redução do papel do Estado, passando a ser mero coadjuvante na execução dos serviços públicos.

2. SERVIÇO PÚBLICO E DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

A temática proposta comporta apresentar uma breve noção de desenvolvimento nacional sustentável para oferecer respaldo suficiente à importância dos serviços públicos enquanto garantia e direito fundamental consagrado no texto constitucional. Tal previsão impõe ao Estado brasileiro o dever precípua de prestar estes serviços diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou fomento, sempre por meio de licitação, e viabilizá-los de maneira adequada, em prol da coletividade, assegurando vida digna a todos, nos termos do art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal de 1988. Isso implica na qualidade de vida da população, na efetivação de direitos sociais e, por via de consequência, no desenvolvimento do país – o que sugere, portanto, a insuficiência de uma perspectiva economicista na construção da definição de desenvolvimento.¹

Não obstante, no Brasil, é perceptível, ao menos desde a década de 1960, quando se propugnava uma virada desenvolvimentista, lastreada num modelo econômico-liberal de Estado voltado à industrialização (os 50 anos em 5, da era Juscelino Kubitschek), a construção retórica de um discurso de viés meramente econômico, quase sempre dissociado das questões sociais. Depois, com o regime de exceção inaugurado em 1964, não há que se falar, por óbvio, em direitos e garantias. Somente a partir dos contornos democráticos delineados pela Constituição Federal de 1988 tornou-se possível imprimir coloração diversa para se chegar a uma feição intimamente ligada com o valor da igualdade, incluindo-se o dever do Estado de assegurar a todos, indistintamente, a prestação de serviços públicos com

1 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público Brasileiro. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 150.

um regime jurídico específico.²

Como pontua Paulo Ricardo Schier, na prática, no momento anterior à promulgação da Constituição Federal, o discurso e a ordem jurídica eram pautados sob as vestes do golpe militar de 1964, que expressava um regime autoritário em um “sistema ilegítimo e de uma Constituição semântica”, em que a “ditadura brasileira, não seria diferente, foi sistematicamente violadora de direitos humanos e fundamentais”.³

Em contrapartida, no âmbito internacional, desde a proclamação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 04 de dezembro de 1986, na Assembleia Geral da ONU, o direito ao desenvolvimento já havia se consolidado como um direito humano inalienável.⁴

Adriana da Costa Ricardo Schier deixa claro que essa “dimensão de desenvolvimento acolhida na esfera do Direito Internacional, convalida-se, no panorama nacional, apenas com a promulgação da Constituição de 1988, ao adotar novos referenciais, especialmente no campo socioambiental, permite afastar-se da tradição economicista até então consolidada”.⁵

Daniel Wunder Hachem esclarece que “a definição contemporânea de desenvolvimento leva em consideração diversas dimensões não se restringindo à seara econômica. A interdependência desta com a esfera humana e social é justamente um dos pontos cruciais do conceito que o diferenciam da noção de crescimento”. Assim, “desenvolvimento nacional sustentável é um processo distinto

2 HACHEM, 2003, P. 150.

3 SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia**. “Capítulo 1: A inserção da questão do sistema de governo presidencialista no contexto do desenvolvimento histórico da constituição brasileira de 1988”. Curitiba: Juruá, 2017, p. 30.

4 ONU. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 04 de dezembro de 1986. Artigo 1.º 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual todos os seres humanos e todos os povos têm o direito de participar, de contribuir e de gozar o desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais se possam plenamente realizar.

5 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**. Desenvolvimento, Administração Pública e Direitos Fundamentais. Curitiba: Íthala, 2019, p. 67.

de crescimento econômico”, em que pese com esse esteja atrelado.⁶

Resta evidente a impossibilidade da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem a existência da prestação de serviços públicos adequados, universais, contínuos e módicos, a fim de atender o bem-estar da sociedade e, enfim, propiciar vida digna a todos.

Uma vez que os serviços públicos representam o instrumento apto a assegurar a concretização de direitos individuais e coletivos, a proposta de reforma constitucional que ora se analisa põe em xeque o papel principal do Estado brasileiro, o que implica em verdadeiro retrocesso social e caminha na contramão dos objetivos constitucionais republicanos, plasmados na Constituição. Com isso, se agravará – ou, no mínimo, se manterá – o nível de desigualdade e injustiça social, tendo em vista que grande parte da população permanece em situação de pobreza e precariedade, exposta a todo tipo de infortúnios, como a insuficiência de estrutura de saneamento básico, fornecimento inadequado de água e energia elétrica, dificuldade de acesso à moradia, educação e saúde e submetida à violência devido à ineficiência da prestação de serviços públicos por parte do Estado.

Nota-se, assim, que qualquer tentativa de querer afastar o protagonismo do Estado na efetivação dos direitos fundamentais – transformando-o em um Estado mínimo subsidiário –, deve ser rechaçada. Esse é o pano de fundo das várias críticas que a PEC nº 32/2020 vem sofrendo.⁷

Como bem acentua Adriana da Costa Ricardo Schier, para além da consideração do serviço público como direito fundamental, percebe-se que “o art. 6º, § 1º da Lei 8.987/95⁸, é o dispositivo que concretiza a noção de serviço público adequado,

6 HACHEM, 2003, p. 151.

7 É de se recordar o que se passou na década de 1990, quando da implementação da Reforma Administrativa do Estado Brasileiro. “Pretendia-se, portanto, com tal conjunto normativo, viabilizar a adoção de um paradigma intensamente voltado aos interesses do mercado, permitindo a prestação de serviços públicos mediante o regime jurídico de direito privado”, flertando-se com o modelo neoliberal. (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de vedação ao retrocesso**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 83).

8 BRASIL, Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1985. “Art. 6o Toda concessão ou permissão pressupõe a

do citado art. 175, parágrafo único, IV, da Carta Magna”, que “estabelece expressamente os princípios que permitem identificar o que se entende por serviço público adequado”.⁹

Indo além, a autora chega a duas importantes conclusões. A primeira, de que a partir do dispositivo supracitado e “pela cláusula inclusiva do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, é possível a leitura do regime jurídico do serviço público como direito fundamental”.¹⁰ A segunda, que a esse regime jurídico é dada especial proteção: “é possível proteger o seu conteúdo contra a ação do legislador futuro, mediante a aplicação da cláusula de vedação ao retrocesso”, sendo necessário “deitar um olhar no direito ao serviço público e ao seu regime jurídico como direitos fundamentais, admitidos como cláusulas pétreas”.¹¹

Destarte, assentir com os termos da proposta de emenda constitucional nº 32/2020, que tenta transformar o Estado brasileiro em um Estado Mínimo Subsidiário, é permitir a violação de direitos e garantias fundamentais incluídos no rol do catálogo constitucional a duras penas. Sem falar do inaceitável retrocesso social e ataque a servidores públicos – que na prática cotidiana são os responsáveis pela efetivação dos direitos constitucionais mínimos.

3. A PROPOSTA DE REFORMA ADMINISTRATIVA E O SERVIDOR PÚBLICO: POR QUE NÃO VALORIZAR E CAPACITAR O SERVIDOR PÚBLICO PARA UM SERVIÇO PÚBLICO DE QUALIDADE NO SÉCULO XXI?

No que tange aos servidores públicos, a revisão do instituto da estabilidade é o módulo central da reforma administrativa proposta. É eleito, pelo governo, como o ponto mais importante e necessário, e que conta com forte adesão social – até

prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

9 SCHIER, 2016, p. 185.

10 SCHIER, loc. cit.

11 Ibid., p. 209.

por conta do crescente quadro de desemprego, com o número de demissões impulsionado pela crise econômica aprofundada por conta da pandemia da COVID-19. Com isso, a explicação possível para tamanha adesão social à proposta de quebra de estabilidade no serviço público é que a população veja, no instituto da estabilidade no serviço público, um privilégio indevido; enquanto os trabalhadores da iniciativa privada perderam seus empregos, os servidores públicos continuam empregados, com sua remuneração em dia, na União e na maioria dos Estados, tudo em nome da estabilidade.

Qualquer movimento que vise flexibilizar ou atacar a prerrogativa da estabilidade, num país que ainda coloca o compadrio político como condição para o exercício de funções público-administrativas, é ameaça à democracia e aos valores republicanos. À exceção dos EUA, os países que adotam o regime democrático optam pela estabilidade dos servidores públicos. Estabilidade, propriamente, é prerrogativa ligada ao exercício da função pública, é conquista democrática, pois permite blindar o servidor público de ingerências externas, não só de ordem política, mas também de ordem econômica.

Desde Max Weber se sabe que uma administração pública profissional e eficiente depende de duas características centrais: (i) concurso público, para que cheguem à administração pública os mais capacitados, e (ii) estabilidade, para que os servidores se mantenham no cargo por razões profissionais, sem estarem sujeitos a indevidas intromissões de qualquer governante.¹² Para o autor, o servidor público deve ser um servo da lei, nunca, jamais um servo do Rei.¹³ Todavia, a quebra da estabilidade permite justamente a servilidade ao Rei. Aqui há de se perguntar qual o interesse por trás da servilidade ao governante.

12 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Palestra intitulada “Série reforma administrativa: episódio II – estabilidade do servidor” ministrada na *live* Café com Política. [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GRA8CBqziGE&list=UUilbvKEbGnfhNvQCxDcuISg>>. Acesso em: 06 out. 2020.

13 “O funcionário político – pelo menos, no Estado moderno bem desenvolvido – não é considerado um servo pessoal do governante”. (WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Organização e introdução: Gerth, H. H. e Mills, C. Wright. Tradução: Dutra, Waltensir. Revisão técnica: Cardoso, Fernando Henrique. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1982, p. 232).

É de se frisar que não há qualquer benefício indevido ao servidor quando se trata de estabilidade, tendo em vista que pode perder o seu cargo se cometer um ilícito administrativo ou de outra ordem, por previsão constitucional (art. 41), seja por processo administrativo disciplinar, por processo judicial ou por insuficiência de desempenho. Sobre esta última possibilidade trazida, uma pergunta aflora: qual avaliação sistêmica de desempenho do (e no) serviço público deve ser feita?

Segundo assevera Juarez Freitas,¹⁴ antes é necessário fazermos uma outra e mais importante discussão: como se deve fazer uma gestão de desempenho? Faz-se menção, na PEC em análise, sobre gestão de desempenho, sem apontar, entretanto, algum critério, parâmetro ou métrica. Para tanto, o citado autor lança algumas propostas: (i) a avaliação de desempenho de serviço público deve começar pela alta gestão, sempre; (ii) uma boa gestão sistêmica de desempenho não pode ser voltada para demissão ou para enxugar custos, mas sim, mirar nos benefícios gerados, e (iii) uma avaliação de desempenho séria, correta – sobretudo na era digital, chamada sociedade digital, da criatividade –, não pode ser feita com base em ameaça, em insegurança jurídica.

Assim, ao passo que se deva garantir ao servidor público a proteção em face de ingerências externas, pela garantia da estabilidade, é preciso oferecer ao público eventualmente prejudicado por um servidor desidioso, não comprometido com o serviço público de qualidade, um sistema de controle de abusos e distorções eficiente. Existem, como visto, mecanismos de controle, mas falta vontade aos governantes em realizar esse controle quando devido, em efetivá-lo. E é justamente a falta de efetividade desse controle da prestação de serviço público que legitima o discurso de demonização do servidor público.¹⁵ A rigor, todos os objetivos da reforma administrativa que se referem à quebra da estabilidade já encontram soluções jurídicas no próprio sistema.

14 FREITAS, Juarez. Palestra intitulada “Série reforma administrativa: episódio II – estabilidade do servidor” ministrada na *live* Café com Política. [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GRA8CBqziGE&list=UUilbvKEbGnfhNvQCxDculSg>>. Acesso em: 06 out. 2020.

15 E o Código de Defesa do Usuário de Serviço Público hoje estende a toda prestação de serviço público, seja ela o serviço prestacional, seja as atividades administrativas de uma maneira geral, o dever de eficiência, o dever de regularidade, o dever de universalidade, o dever de garantir uma prestação eficiente desse serviço). Ademais, a Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos, no art. 23, prevê a avaliação continuada de serviços públicos pelos usuários.

É certo que não se prevê a quebra integral da estabilidade, mas a proposta é garanti-la apenas para os chamados cargos típicos de Estado, em contraposição ao que se tem atualmente, uma vez que a estabilidade é garantida a todos os servidores que ingressam na administração pública, mediante concurso público, para ocupar cargos efetivos. Todavia, ainda não se definiu quais seriam os cargos típicos da administração pública. De acordo com a exposição de motivos da PEC nº 32/2020, cargo típico é aquele cargo que não tem um comparativo na esfera privada. Por esse critério, estariam de fora da estabilidade os advogados, médicos e professores? Essa ausência de regulamentação do que sejam cargos típicos de Estado (promessa que vem desde 1998, diga-se), com exceção daqueles que a própria Constituição Federal já reconhece, traz instabilidade e insegurança em face da quebra da estabilidade para a maioria dos cargos. A escolha política feita pelo governo, parece, está afastada do princípio republicano, da preservação da coisa pública e do tratamento impessoal, e visa, mais uma vez, quebrar uma garantia que a Constituição Federal de 1988 conseguiu estender a todos os servidores públicos, deixando-os acuados, à mercê da vontade do detentor do poder.¹⁶

O debate sobre a definição das atividades que exercem o que se pode chamar de atribuições indelegáveis do Estado, atividades-fim, não pode ser feito com a perspectiva de demissões. Ao contrário, o debate deve preservar a dignidade do servidor público de todos os tipos. É possível definir critérios para se estabelecer o que é atividade-meio e o que é atividade-fim com serenidade e ampla discussão, sem açodamento.¹⁷

Lançando outro olhar sobre a proposta de reforma administrativa, parece que suas bases estão fincadas no século passado. Não se fala em capacitação dos servidores públicos para a era digital. Antes da pandemia da COVID-19, falar em trabalho em casa (*home office*) para o serviço público era quase um sacrilégio, pois o bom servidor público era aquele que “batia ponto” todos os dias na repartição. Ocorre que,

16 “(...) a burocracia segrega a atividade oficial como algo distinto da esfera da vida privada da autoridade”. WEBER, 1982, p. 230.

17 FREITAS, Juarez. Palestra intitulada “Série reforma administrativa: episódio II – estabilidade do servidor” ministrada na *live* Café com Política. [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GRA8CBqziGE&list=UUilbvKEbGnfhNvQCxDcuISg>>. Acesso em: 06 out. 2020.

com a digitalização de boa parte dos serviços de cunho meramente burocrático, vê-se que o trabalho em casa pode diminuir custos da máquina administrativa.

Para Juarez Freitas, a proposta de reforma administrativa não é compatível com as exigências do século XXI, da era digital, pois parte de um diagnóstico equivocado, que aponta a estabilidade no serviço público como cerne do problema da qualidade de serviços públicos no Brasil. Para o autor, a capacitação do servidor público para o século XXI é algo que antecede qualquer outra discussão. Primeiro, é preciso saber que tipo de trabalho público se quer, até para se ter um serviço público de qualidade, ou seja, saber quais são as habilidades que os robôs não substituirão: habilidade que envolve empatia, habilidade de negociação proba que envolve consciência, mediação e conciliação, resolução de conflitos na esfera administrativa.¹⁸ Ainda, afirma que é preciso confiar nos servidores públicos e não partir para uma reforma com base em ameaça, na expectativa de demissão, de enxugamento de custos sem critério; não é esse o tratamento adequado e respeitoso que merece alguém que presta serviços vitais.¹⁹

4. TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO EM ESTADO MÍNIMO SUBSIDIÁRIO – NOVA TENTATIVA, VELHAS IDEIAS

Em simples escorço histórico pós Constituição, uma primeira Reforma Administrativa veio a lume, proposta durante o governo Fernando Collor de Mello, com a edição da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, que deu origem à Lei nº 8.031/1990, criando o Programa Nacional de Desestatização, que visava à redução da dívida pública, dentre outros objetivos.²⁰

Em 1995, já no mandato de Fernando Henrique Cardoso, foi editado o Plano Diretor da Reforma do Estado, dando continuidade ao programa de desestatização,

18 FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

19 FREITAS, Juarez. Palestra intitulada “Série reforma administrativa: episódio II – estabilidade do servidor” ministrada na *live* Café com Política. [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GRA8CBqziGE&list=UUilbvKEbGnfhNvQCxDculSg>>. Acesso em: 06 out. 2020.

20 SCHIER, 2016, p. 111.

com a aposta num modelo gerencial de Estado. É de se notar que “as Emendas Constitucionais e legislação infraconstitucional, editadas desde então, demonstram que os principais objetivos do Estado passaram a ser o aumento na arrecadação de fundos e a diminuição de despesas”.²¹ Com efeito, o que ficou desse período foi a vontade em estabelecer um sistema de administração próximo de um gerenciamento praticado na iniciativa privada, como se o Estado pudesse ser visto como uma empresa. Nesse sentido Adriana Schier sinaliza a “mudança simbólica na racionalidade do Direito Administrativo” à época:

Desse modo, ainda que se mantenham os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, salvaguardados como cláusulas pétreas, é inegável que as ideias dos anos 1990 serviram para promover uma mudança simbólica na racionalidade do Direito Administrativo Brasileiro, com a pretensão de aproximá-lo dos cânones do direito privado.²²

De fato, observa-se algo bastante semelhante na atual proposta de reforma administrativa do Governo Federal, haja vista transparecer como sua principal preocupação o atendimento das demandas do mercado, desconsiderando a importância do Estado na efetivação de direitos sociais.

A bem da verdade, o que se vislumbra na PEC nº 32/2020 é um processo de enfraquecimento contínuo do papel do Estado brasileiro. Com um discurso lastreado no alto custo da máquina administrativa, quer-se impor a urgência de reforma e transformação do Estado, para torná-lo mais ágil e eficiente, com vistas a melhorar sua eficiência. O discurso de modernização do Estado às custas da diminuição na prestação de serviços públicos, não é, como se demonstrou, nenhuma novidade.

A fim de embasar a tese de que o Estado brasileiro é ineficiente e caro, tem-se na exposição de motivos da PEC em comentário que “(...) a percepção do cidadão, corroborada por indicadores diversos, é a de que o Estado custa muito, mas entrega pouco. O país enfrenta, nesse sentido, o desafio de evitar um duplo colapso: na

21 SCHIER, 2016, p, 112.

22 Ibid., p. 113.

prestação de serviços públicos para a população e no orçamento público”. Faz-se, ainda, menção a estudo do Banco Mundial que “publicado em 2017, já evidenciava que o gasto público é engessado em categorias como folha de pagamento e previdência social, deixando pouco espaço para despesas discricionárias e de investimento”; aponta outro estudo, também do Banco Mundial, datado de 2019, que teria indicado “a existência de uma série de distorções nos gastos com pessoal”.²³

Contudo, conforme dados levantados pela OCDE em 2015, a organização publicou estudo com os países que mais possuem servidores públicos no mundo, com números sobre o percentual da população total. Constatou-se, em tal estudo, que o Brasil tem cerca de 3,12 milhões de funcionários públicos, o que corresponde a 1,6% da população brasileira, apenas. Em comparação com países desenvolvidos, o Brasil é o país que menos tem servidores públicos no mundo.²⁴

Na realidade o orçamento público no Brasil não é impositivo, sendo que o Poder Executivo não fica a ele totalmente atrelado, em que pese exista previsão orçamentária. Com base em critérios de oportunidade e conveniência pode efetuar gastos inclusive com a dívida pública (com juros entre os mais altos do mundo), além de implementar políticas econômicas delineadas pelo Poder Legislativo, sem a observância de maiores critérios técnicos. Assim, abre-se margem para execução de medidas, não raro, fora da previsão orçamentária inicialmente prevista, causando impactos e distorções no orçamento público.²⁵

Após a promulgação da Constituição de 1988 houve significativa evolução nos gastos públicos em duas áreas específicas das despesas públicas. Em primeiro lugar nas despesas financeiras, relacionadas diretamente ao pagamento de juros e amortizações da dívida pública, e em segundo plano, com o gasto social relacionado à

23 BRASIL, Câmara dos Deputados. PEC 32 de 03 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>>. Acesso em: 27 set. 2020.

24 BRASIL. Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE. Disponível: <<http://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-22214399.htm>>. Acesso em: 30 set. 2020.

25 FURTADO, José de Ribamar Caldas. A função reguladora do orçamento. Editora Fórum: Belo Horizonte. **Interesse Público**, v. 11, n. 54, p. 303-307, mar./abr. 2009. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/6219/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 jul. 2013.p. 2.

assistência e previdência social. Assim é que a dívida pública federal teve um aumento explosivo a partir do Plano Real e da segunda metade da década de 1990, o que consequentemente gerou a “necessidade de aumentar os recursos públicos destinados ao pagamento dos juros e amortizações da dívida”.²⁶

Com o acréscimo, pela PEC nº 32/2020, do art. 37-A, *caput*, será possível execução de serviços públicos pela iniciativa privada por instrumentos de cooperação, firmados pela União e entes federativos com “órgãos e entidades, públicos ou privados, para a execução de serviços públicos, inclusive com o compartilhamento da estrutura física”.²⁷ Em primeira análise, quando se abre a possibilidade da execução de serviço público em cooperação com particulares, sem deixar clara a necessidade de prévio procedimento licitatório, parece haver violação do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993. Não é preciso muito esforço lógico para saber qual o próximo movimento nesse tabuleiro: as inúmeras tentativas de burlar as regras que primam pela impessoalidade e vantajosidade da proposta particular, a fim de beneficiar os apadrinhados da vez. E nenhum esforço intelectual maior é exigido para se concluir que o Poder Judiciário será chamado a intervir, com o que as mesmas reclamações serão feitas, tendo como lastro críticas ao ativismo judicial. Parece, mesmo, que não se aprendeu a diferença entre o jardim e a praça.²⁸

Para Juarez Freitas, já no preâmbulo da Constituição o desenvolvimento aparece como um dos valores supremos, sendo que “do art. 3º, II, da CF, emerge que o desenvolvimento sustentável figura como um dos objetivos fundamentais da República, incompatível com qualquer modelo de crescimento pelo crescimento que,

26 GODOI, Marciano Seabra de. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. **RFPTD – Revista de Finanças Públicas Tributação e Desenvolvimento**. v. 5, n. 5, 2017. p. 2. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/25565>>. Acesso em: 28 set. 2020, p. 11.

27 BRASIL. Constituição. Proposta de Emenda Constitucional nº 32 de 2020. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. “Art. 37-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, na forma da lei, firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades, públicos e privados, para a execução de serviços públicos, inclusive com o compartilhamento de estrutura física e a utilização de recursos humanos de particulares, com ou sem contrapartida financeira.”

28 Sobre o tema, por todos: SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1986.

às vezes, por sua disparatada injustiça distributiva, ostenta tudo, menos densidade ética republicana”.²⁹

Dentre tantos motivos, faz-se mister destacar que o modelo de Estado proposto pela PEC 32/2020, na pretensão de incluir no *caput* do art. 37 da Constituição Federal o princípio da subsidiariedade, corresponde a uma tentativa de transformar o Estado brasileiro em um Estado Mínimo Subsidiário. Em outras palavras, quer-se retirar do Estado seu papel de protagonista na prestação de serviços públicos, pois sua atuação se dará nas demandas em que a iniciativa privada não tiver interesse.

A esse modelo de Estado de viés meramente econômico, Daniel Hachem tece importante crítica ao fomentar uma corrente contrária denominada “Direito Administrativo Social”, pois essa proposta de relegar ao Estado a um papel subsidiário, com o repasse de grande parte de suas incumbências na área social para a iniciativa privada, deixa claro que os direitos humanos e fundamentais sejam violados ou relegados a um segundo plano para a consecução desse objetivo.³⁰

Emerson Gabardo, no mesmo sentido, aponta ser o desenvolvimento tanto um direito fundamental quanto uma política pública obrigatória para o Estado Brasileiro e, assim, não há de se falar em atuação suplementar ou subsidiária:

Vê-se, pois, que é o interesse público, e não a subsidiariedade, o fundamento de respaldo da norma constitucional interventiva. E o interesse público implica a conjugação de avaliações pragmáticas apenas de forma secundária, pois prevalecem os critérios de princípio. O conteúdo do interesse público possui uma carga axiológica e moral imponderável, fundado que é na ideia de solidariedade social como componente de ajuste e transformação da realidade social. Quando se tem o desenvolvimento tanto como um direito fundamental dos indivíduos, quanto como um objetivo ou política pública obrigatória (como no caso do Brasil), não há como se esperar do Poder Público posicionar-se como se fosse uma instância secundária e suplementar. Sempre que for identificada a presença de interesse público pelos representantes eleitos, que, afinal,

29 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 113-114.

30 HACHEM, 2013, p. 148 e 151.

são as pessoas investidas da prerrogativa de responsabilidade oficial pela construção da sociedade sob as bases constitucionais da dignidade e da felicidade, o Estado deverá atuar de forma plena e primária.³¹

Não é possível pensar em desenvolvimento social atrelado apenas a critérios economicistas. Eficiência administrativa significa direito fundamental à boa administração, o que remete à ideia de boa administração e otimização de recursos. Com isso fica demonstrado que os argumentos trazidos no bojo da exposição de motivos da PEC no sentido de “evitar um colapso no orçamento público”, por meio da atual proposta de Reforma de Estado, não procedem e são por si só insustentáveis. De modo que a redução drástica do quadro de servidores públicos e a retaliação de retirar-lhes a estabilidade, na maioria das hipóteses, é ceifar direitos constitucionalmente assegurados, e isso não tem o condão de afastar ou sequer reduzir os gastos públicos com o pagamento da dívida pública, no patamar de 86,6% do PIB nacional agora em 2020.³²

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de reforma administrativa, como brevemente se analisou, não atende às necessidades de atualização da administração pública brasileira. Tendo como mote a redução de gastos e o enxugamento da máquina estatal, representa mais uma tentativa de aceno ao mercado, como tantas já perpetradas por governos anteriores, a partir de 1988.

A escolha, como pilar da pretensa reforma, da quebra relativa da estabilidade no serviço público é equivocada, pois antes de ameaçar e desrespeitar o servidor público, primeiro dever-se-ia capacitá-lo para os desafios da era digital, permitindo-lhe o desenvolvimento das habilidades requeridas no século XXI. Depois, é de se entender que a estabilidade serve como instrumento para blindar os servidores públicos contra ingerências e perseguições políticas e de investidas de grupos econômicos. De modo

31 GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 229-230.

32 BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/25/divida-publica-deve-passar-de-100-do-pib-nos-proximos-anos-alerta-ifi-1>>. Acesso em: 03 out. 2020.

que retirar essa segurança e reduzir o quadro de servidores pode resultar em um drástico impacto na qualidade da prestação dos serviços públicos, o que pode se tornar irreparável, tendo em vista o grau de conflito, insegurança e imprevisibilidade causado tanto aos servidores quanto aos usuários dos serviços públicos. E isso, por óbvio, pode implicar em um profundo retrocesso social em todo país.

Ademais, uma reforma proposta sem o chamamento público para a discussão de suas bases, sem contar com o saudável debate de ideias com a sociedade civil, com as associações dos servidores públicos, é prática antidemocrática. Do modo como foi apresentada, se aprovada for, aponta para retrocesso social, inviabilizando a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, bem como o processo de desenvolvimento nacional sustentável.

Ainda, com a reforma pretende-se a alteração do art. 37, *caput*, com a inserção do princípio da subsidiariedade, que indica que o Estado só vai atuar se a administração privada não tiver interesse na demanda. Dar ao Estado um papel secundário na execução dos serviços públicos é ir na contramão do Estado sustentável, que respeita os ditames constitucionais e atende os interesses da população. Aqui, mais uma vez, visa-se atender os interesses do mercado mas, agora, num ambiente de absoluta insegurança, pois somado a isso, quer-se hipertrofiar os poderes do Presidente da República, com as mudanças propostas no art. 84, dando nova roupagem aos atuais cargos comissionados – cargos de liderança, pelo texto da PEC – com extensão de suas possibilidades, absorvendo funções técnicas a serem preenchidas sem concurso.³³

Em suma, por absoluta falha nos pressupostos, a reforma administrativa como proposta não merece aprovação. Desprezar o debate prévio, que contemple as diferentes ideias e pontos de vista, é negar a importância da destinatária da reforma: a sociedade brasileira.

33 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Palestra intitulada “Série reforma administrativa: episódio II – estabilidade do servidor” ministrada na *live* Café com Política. [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GRA8CBqziGE&list=UUilbvKEbGnfhNvQCxDcuISg>>. Acesso em: 06 out. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição. Proposta de Emenda Constitucional nº 32 de 2020. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa.

_____. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

_____. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em 01 out. 2020.

_____. Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE. Disponível: <<http://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-22214399.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/25/divida-publica-deve-passar-de-100-do-pib-nos-proximos-anos-aler-ta-ifi-1>>. Acesso em: 03 out. 2020.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. A função reguladora do orçamento. Editora Fórum: Belo Horizonte. **Interesse Público**, v. 11, n. 54, p. 303-307, mar./abr. 2009. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/6219/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 out. 2020.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

_____. Palestra intitulada “Série reforma administrativa: episódio II – estabilidade do servidor” ministrada na *live* Café com Política. [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GRA8CBqziGE&list=UUilbvKEbGnfhNvQCxDculSg>>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

GODOI, Marciano Seabra de. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. **RFPTD – Revista de Finanças Públicas Tributação e Desenvolvimento**. v. 5, n. 5, 2017. p. 2. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/25565>>. Acesso em: 28 set. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público Brasileiro. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

ONU. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 04 de dezembro de 1986. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 02 out. 2020.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1986.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**. Desenvolvimento, Administração Pública e Direitos Fundamentais. Curitiba: Íthala, 2019.

_____. Palestra intitulada “Série reforma administrativa: episódio II – estabilidade do servidor” ministrada na *live* Café com Política. [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GRA8CBqziGE&list=UUilbvKEbGnfhNvQCxDcuISg>>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. **Serviço Público**: garantia fundamental e cláusula de vedação ao retrocesso. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: contexto, formação e elementos na democracia. “Capítulo 1: A inserção da questão do sistema de governo presidencialista no contexto do desenvolvimento histórico da constituição brasileira de 1988”. Curitiba: Juruá, 2017.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Organização e introdução: Gerth, H. H. e Mills, C. Wright. Tradução: Dutra, Waltensir. Revisão técnica: Cardoso, Fernando Henrique. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1982.

A ARTE DE EXIGIR PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ATO DE CORAGEM OU LOUCURA?

MIRELA MIRÓ ZILIOUO

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na PUC-PR.
Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar.

Artigo congratulado com o prêmio Odete Medauar no XX Congresso Paranaense de Direito Administrativo, ficando a autora em primeiro lugar no concurso de artigos científicos.



1. INTRODUÇÃO

Ao redor do globo, as últimas décadas foram marcadas pela valorização do bom funcionamento do mercado e do combate às condutas que implicam prejuízos e impactos negativos à sociedade.¹ Essa valorização muito decorre de movimentos legislativos voltados a punir ilícitos praticados contra o Poder Público,² como é o caso, por exemplo, da Lei Federal nº 12.846/2013, popularmente conhecida como lei anticorrupção. Isso porque, para além de cálculos de custos e benefícios, o que move a sociedade são os valores inseridos nela, de modo que se a incorreção em determinada comunidade for aceitável, aqueles que a integram serão mais propensos à desonestidade.³ Chame-se essa valorização de a “arte” de inovar para combater a corrupção.

Não é novidade que a corrupção é um fenômeno complexo, que atinge todos os países, independentemente de seu grau de desenvolvimento, e que se materializa em práticas conhecidas como obtenção de vantagem indevida, abuso de poder, desvio de recursos, crimes de corrupção ativa e passiva, crime de lavagem de dinheiro, pagamentos de propina, direcionamento de processos licitatórios, superfaturamento

1 MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques. Compliance: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 11.

2 CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de Compliance: foco no programa de integridade. In: **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 57.

3 RESENDE, André Lara. Corrupção e capital cívico. **Valor Econômico**, São Paulo, 31 jul. 2015.

de contratos públicos, nepotismo, dentre outros.⁴ A corrupção, portanto, é uma forma de exercer influência ilícita, ilegal e ilegítima,⁵ sendo que os reflexos decorrentes dessas práticas são incalculáveis, o que se comprova do recente levantamento realizado pela Organização das Nações Unidas - ONU, que demonstrou que nenhum país está imune à corrupção, de modo que todos os anos ao menos um trilhão de dólares são pagos em propinas e outros 2,6 trilhões de dólares são desviados por meio deste tipo de conduta; valor conjunto que equivale a mais de 5% do PIB global.⁶

Os números são expressivos e chamam atenção. Por isso, diversas campanhas ao redor do globo, criadas com o intento exclusivo de incentivar políticas contra corrupção,⁷ devem, com responsabilidade e observância dos direitos e garantias fundamentais, ser cada vez mais fomentadas. Da mesma forma, no Brasil, os anseios por mudanças culturais que inspiraram e exigiram a criação e o fortalecimento de instrumentos aptos a monitorar, controlar e reprimir essa atuação imoral e antiética, que carrega consigo prejuízos à economia, agrava as desigualdades sociais e impede o adequado desenvolvimento econômico-social e sustentável,⁸ também devem permanecer sendo fomentados, especialmente no âmbito das contratações públicas. Isso porque, a inclusão do “custo propina” nos valores dos contratos e a inadequação do direcionamento dos recursos públicos, principalmente por ausência de planejamento adequado, são exemplos de que a corrupção é parte integrante das contratações públicas, e mais, que afeta de forma “brutal a camada economicamente mais frágil da

4 PIOVESAN, Flávia; Gonzaga, Victoriana Leonora Corte. Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do Estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 967, p. 21-38, maio 2016, p. 24.

5 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 292.

6 Organização das Nações Unidas - ONU news. O custo da corrupção: trilhões de dólares são perdidos anualmente, diz Guterres. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651051> Acesso em: 2 ago. 2019.

7 United Nations Office on drugs and crimes. Convenção das nações unidas contra a corrupção. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2019. p. 9.

8 Sobre o tema, conferir MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção** - reflexões e interpretações prospectivas, p. 01. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso: 2 ago. 2019.

população, porque os recursos públicos não serão alocados de forma a suprir suas carências.”⁹ Chame-se esse anseio social por mudança de incentivo a “atos de coragem” para afastar a cultura da normalidade do “sempre se agiu assim”.

Esse cenário, inclusive, tem impulsionado cada vez mais as instituições públicas a exigir a implementação de mecanismos de combate à corrupção em empresas que se relacionam com o Poder Público, sendo este o compromisso de um Estado Democrático de Direito, se consideradas as premissas constitucionais das contratações públicas.¹⁰ Não sem razão, a Lei Anticorrupção Empresarial – Lei Federal nº 12.846/2013 – possui artigo específico para tratar de práticas ilícitas no âmbito das licitações públicas.¹¹

Não se olvida que não existem mecanismos perfeitos capazes de eliminar todos os desvios de conduta no campo das licitações e contratos públicos, entretanto, “a existência de um sistema que possa de forma harmônica contribuir para desincentivar/reduzir/detectar/punir é fundamental para sinalizar a preocupação da sociedade e do governo.”¹² Não sem razão, no âmbito normativo das contratações públicas, principiologicamente, o ordenamento pátrio brasileiro está recheado de disciplinas legais que buscam vedar práticas lesivas – a começar pelos princípios norteadores da atuação administrativa. A Constituição, por exemplo, em seu art. 37 disciplina expressamente o princípio da moralidade como um dos cinco pilares da

9 FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, nº 64, p. 93-113, abr./jun. 2016, p. 94.

10 PIRONTI, Rodrigo; ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas contratações públicas**: exigências e critérios normativos. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 23.

11 Art. 5º (...) IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública. BRASIL. Lei Federal nº 12.846 de 1º de ago. de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 2 ago. 2019.

12 FORTINI; MOTTA, op. cit., p. 111.

Administração Pública brasileira.¹³

Em âmbito infraconstitucional não é diferente, a Lei Geral de Licitações, Lei Federal nº 8.666/1993, prevê expressamente em seu artigo terceiro a necessária observância dos princípios da moralidade, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável e do julgamento objetivo das propostas. Além disso, tipifica como crime alguns ilícitos e fraudes à licitação.¹⁴ Da mesma forma, o Estatuto Jurídico das Estatais, Lei Federal nº 13.303/2016, além de destacar os princípios já citados, previu expressamente em seu art. 31 que contratação mais vantajosa é aquela que se preocupa em evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento. Nos termos da lei, considera-se sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado (art. 31, §1º, inc. I). E, superfaturamento, quando houver medição superior, deficiência na execução e alteração nos orçamentos (art. 31, §1º, inc. II) – verdadeiras fraudes à licitação e à execução do contrato. Ainda, em seu art. 32, destacou expressamente a integridade como diretriz nas transações com partes relacionadas no âmbito das licitações e contratos das estatais.

Como se vê, a legislação brasileira é rigorosa quanto à aplicação de sanções àqueles que cometem práticas corruptas ou coadunam com elas, de modo que o que se espera é que esse rigor repercuta com maior impacto na prática nas contratações públicas, justamente com a exigência de implementação de Programas de Integridade e *Compliance* nas empresas que se relacionam com o Poder Público.

Seriam loucos aqueles que se voltam à ética, que pretendem modificar a cultura do “jeitinho brasileiro” e que pretendem mudar o atual cenário de corrupção no país? Seriam loucos ou corajosos? A pergunta parece simples, mas é complexa,

13 “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: (...)”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago. 2019.

14 Sobre o tema, cf. artigos 89-99 da Lei Federal nº 8.666/93. In. BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 02 ago 2019.

ainda mais após os escândalos bilionários de corrupção desvelados no país.¹⁵ Além disso, não se pode olvidar de duas premissas: (1) não basta demonstrar quem é o louco, mas também demonstrar a própria sanidade de quem o julga;¹⁶ e (2) a loucura não se resume à qualidade daquele que sofre de distúrbios mentais, mas também daquele que se mostra fora dos padrões considerados normais.¹⁷

Dessa forma, diante da relevância do tema proposto, a presente análise se mostra atual e necessária e terá por objetivo demonstrar os aspectos relevantes sobre a obrigatoriedade e aplicabilidade dos Programas de Integridade e *Compliance* nas contratações públicas, tais como contornos dogmáticos pertinentes à constitucionalidade da exigência, os necessários critérios à fiscalização e efetividade do programa e o caso da Petrobras. Ao final, serão apresentadas as conclusões, no sentido de que a arte de exigir *Compliance* nas contratações públicas é um ato de coragem, praticado com a loucura daqueles que pretendem agir fora do padrão da normalidade, fora do padrão do “sempre foi assim”, quebrando-se o paradigma da internalização da corrupção nas contratações públicas.

2. A EXIGÊNCIA DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E COMPLIANCE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Um dos mecanismos resultantes do impulsionamento à criação de instrumentos de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas são os Programas de Integridade e *Compliance*. Esses mecanismos têm sido exigidos das empresas que contratam com o Poder Público para assegurar, dentre outros parâmetros, eficiência, vantajosidade e sustentabilidade às contratações públicas. Nesse sentido, há certa convergência entre os objetivos das leis estaduais que disciplinam o tema, principalmente em relação à busca pela (i) proteção da Administração Pública dos atos lesivos que resultem em prejuízos materiais ou financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; (ii) garantia

15 BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In: **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 51.

16 FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 181.

17 Sobre os significados das palavras loucura, louco e maluco, cf. **Dicionário online de português**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/maluco/>>. Acesso em: 02 ago 2019.

da execução dos contratos e demais instrumentos em conformidade com a lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; (iii) redução de riscos inerentes aos contratos e demais instrumentos, provendo maior segurança e transparência em sua execução.¹⁸

Nos últimos anos, especialmente com a publicação da Lei Federal nº 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, e, após, com o Decreto Regulamentador nº 8.420/2015, que expressamente fizeram menção aos termos “procedimentos internos de integridade” e “programa de integridade”, respectivamente, uma onda de combate à corrupção e à fraude em licitações e contratos administrativos ganhou força no Brasil, garantindo especial relevância ao tema da ética e integridade. No ano seguinte à publicação do Decreto que regulamentou a Lei Anticorrupção, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, Lei Federal nº 13.303/2016, trouxe a ditames legais o termo *Compliance*, exigindo a observância pelas estatais de “regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.”¹⁹

Não há como negar que a Lei Anticorrupção e a Lei das Estatais são importantes marcos no campo da disseminação de políticas e mecanismos de prevenção e combate à corrupção, ficando a cargo da Lei das Estatais a inserção da concepção do *Public Compliance* no Brasil; impondo como obrigação às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista a implementação de programas de integridade e códigos de conduta, pautando a sua atuação em princípios relacionados à probidade e à integridade.

A Lei Anticorrupção Empresarial e seu decreto regulamentador, em que pese tenham previsto a disciplina dos Programas de Integridade em seus diplomas, não

18 Sobre o tema cf. artigo 2º da Lei Estadual nº 7.737/2017; artigo 3º da Lei Distrital 6.112/2018; artigo 2º da Lei Estadual nº 4.730/2018; art. 3º da Lei Estadual nº 20.489/2019.

19 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró. Compliance e a lógica do controle interno prevista no artigo 70 da Constituição da República de 1988: trinta anos de atualidade. In: **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 276.

determinaram sua implementação obrigatória às empresas privadas, sendo vistos apenas como uma boa prática recomendada pelos órgãos de controle e entidades internacionais. No período de dois anos para cá, entretanto, a arte de combater a corrupção e a fraude em licitações e contratos públicos se fortaleceu e se tornou ainda mais presente na agenda do país. Notadamente, saiu da esfera federal, passando a

LOCALIDADE	LEIS e ATOS	EMENTA
Rio de Janeiro [*]	Lei Estadual nº 7.753/2017	Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do rio de janeiro e dá outras providências.
Distrito Federal ^{**}	Lei Distrital nº 6.112/2018	Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências.
Rio Grande do Sul ^{***}	Lei Estadual nº 15.228/2018	Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.
Amazonas ^{****}	Lei Estadual nº 4.730/2018	Dispõe sobre a instituição do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Amazonas e dá outras providências.

* BRASIL. Rio de Janeiro. Lei Estadual nº 7.753, de 17 de out. 2017. Disponível em: <http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default>.

** BRASIL. Distrito Federal. Lei Distrital nº 6.308, de 13 de jun. 2019. Disponível em: <<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR5249811buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>>. Acesso em: 2 ago. 2019

*** BRASIL. Rio Grande do Sul. Lei Estadual nº 15.228, de 25 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2015.228.pdf>> Acesso em: 16 jul. 2019

**** BRASIL. Amazonas. Lei Estadual nº 4.730, de 27 de dez. 2018. Disponível em: <<https://www.legis-compliance.com.br/legislacao/norma/230>> Acesso: 16 jul. 2019. asp?id=2&url=LONPTIRMRU-kuTINGL2M4YWewOTAwMDI1ZmVlZjYwMz1NjRlYzAwNjBkZmZmLzBiMTEwZDAXNBiM2Q0Nzk-4Mz1ODFjMzAwNW14MmFkP09wZW5Eb2N1bWVudA==>. Acesso: 2 ago. 2019

Goiás *****	Lei Estadual nº 20.489/2019	Cria Programa de Integridade a ser aplicado nas Empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado de Goiás, e dá outras providências.
Mato Grosso *****	Lei Estadual nº 10.744/2018	Dispõe sobre a obrigatoriedade de assinatura de Termo Anticorrupção nas hipóteses estabelecidas e dá outras providências.

***** BRASIL. Goiás. Lei Estadual nº 20.489, de 10 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/256>>. Acesso em: 2 ago 2019.

***** BRASIL. Mato Grosso. Lei Estadual nº 10.744, de 29 de ago. de 2018. Disponível em: <<https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/199>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

impactar diretamente nos estados brasileiros, conforme exemplos abaixo:

E a iniciativa não foi somente dos estados. O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), mediante a Portaria nº 877/2018, tornou obrigatória a exigência nos seus editais de licitação e respectivos contratos, a implementação de programas de integridade pelas empresas contratadas.²⁰ Da mesma forma atuou a Petrobras que, após a publicação de seu novo Regulamento de Licitações e Contratos,²¹ incluiu em seu processo de contratação de fornecedores a exigência de assunção ao compromisso anticorrupção e às políticas, procedimentos e regras de integridade aplicáveis, incluindo, sem limitação, o Código de Ética e o Guia de Conduta da Petrobras. Assim, empresas que desejem iniciar ou manter relacionamento com a estatal serão submetidas a diligências de integridade (DDI), à luz do Programa Petrobras de Prevenção à Corrupção (PPPC), sendo-lhes atribuídos graus de risco de integridade.

Não há como negar que esses diplomas são marcos na arte do combate à corrupção nas contratações públicas, uma vez que, além de tornarem obrigatória a implementação de Programas de Integridade e *Compliance* nas empresas privadas no

20 BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA. Portaria nº 877, de 06 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/noticias/mapa-exige-que-prestadores-de-servicos-instituam-programas-de-integridade/Portarian877MAPA2018ProgramadeIntegridadedoMA-PAaprovadopelaPortariaMA-PANo705de07042017jun.pdf>>. Acesso: 29 jun. 2018.

21 BRASIL. Petrobras. Regulamento de Licitações e Contratos. Disponível em: <https://canalforneceador.petrobras.com.br/media/filer_public/fc/62/fc62e81b-7a2a-44da-9dba-bd5463d2d7db/cartilha-rlcp_rev01.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2019.

Brasil, também exigem a necessária comprovação da efetividade desses programas, o que denota coragem à busca por mudança cultural na atuação das empresas privadas e da própria Administração, que passam a pautar suas atividades em princípios da ética, integridade e da transparência.²²

3. ASPECTOS RELEVANTES DA EXIGÊNCIA DE IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E *COMPLIANCE*

A exigência de implementação de Programas de Integridade e *Compliance* no âmbito das contratações públicas pode ser compreendida em duas dimensões. Uma, extrínseca, que consiste numa política adotada pelo Estado para estimular a disseminação do *Compliance* no mercado, e, outra, intrínseca, que consiste em exigência com direta relação de permanência com os objetivos primários das contratações públicas.²³ A adequação dessa exigência à norma fundamental brasileira não encontra posicionamento unânime na Doutrina. Isso porque, para alguns,²⁴ a competência para legislar sobre a matéria seria privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988, sendo vedada, para aqueles, a edição da referida exigência por outro ente federado. Além disso, entendem que a exigência de implementação de Programas de Integridade e *Compliance* nas relações contratuais com a Administração Pública implicaria restrição à competição, o que violaria materialmente o artigo 37, inciso XXI, da Constituição.

Outros juristas divergem dessa interpretação, julgando a mesma decorrer de leitura apressada da exigência, já que os instrumentos normativos que disciplinam a obrigatoriedade de implementação de Programas de Integridade e *Compliance* tem por base, justamente, os princípios da impessoalidade, probidade, igualdade, moralidade,

22 Sobre o tema cf. artigos 6º e 13 da Lei Distrital nº 6.112/2018. Disponível em: <<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR524981!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

23 GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de Programa de Integridade nas Licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de (Org.). **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Cap. 10, p. 204-205.

24 LOSINSKAS, Paulo Victor; FERRO, Murilo Ruiz. *Compliance nas licitações e contratações públicas*. In: **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Gen Jurídico, 2019, p. 675.

eficiência e da contratação mais vantajosa e sustentável, todos previstos na Lei Geral de Licitações e Contratos, o que afastaria a possível inconstitucionalidade.²⁵

Nessa fase do estudo, portanto, serão analisados aqueles aspectos mais controvertidos na Doutrina e Jurisprudência, como a constitucionalidade da exigência, a impossibilidade de aplicação retroativa da exigência em contratos em fase de execução, a fiscalização e efetividade da exigência e o caso da Petrobras.

3.1 Constitucionalidade da Exigência

Para tratar do tema da constitucionalidade da exigência da implementação de Programas de Integridade e *Compliance* nas contratações públicas, importante se faz, primeiro, apurar conceitos e diferenças entre as normas gerais e as normas especiais.

No tocante às normas gerais sobre licitações e contratos, estas possuem disciplina no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988, e, a partir de uma noção jurídica, podem ser consideradas normas que transcendem às pessoas políticas da República brasileira, que não se confundem com lei federal, estadual ou municipal.²⁶ São normas, portanto, editadas para unificação de determinado tema, sem, contudo, exauri-lo, deixando as especificações temáticas a cargo das normas especiais instituídas de acordo com as peculiaridades de cada ente.²⁷ As normas gerais servem apenas para apontar as diretrizes, os lineamentos básicos, operando por sínteses, indicando e resumindo, nunca se debruçando sobre assuntos de peculiar interesse regional ou local.²⁸ Esse, senão, é o entendimento de José Afonso da SILVA, para quem normas gerais são aquelas normas que, via de regra, “se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros

25 PIRONTI; ZILIO, 2019, p. 42-43.

26 ATALIBA, Geraldo. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. In. CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.). *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional*. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291.

27 CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 836.

28 Idem.

à atuação legislativa daquelas unidades da Federação.”²⁹ Pode-se concluir, nesses termos, que as normas gerais são genéricas, unificadoras e incompletas, eis que, além de envolver matérias que permeiam todas as esferas federadas, “exigem, como regra, a suplementação de regulação pelos demais entes federados, que exercerão competência legislativa complementar.”³⁰

Nesse contexto, cabe destacar que, em matéria de licitações e contratos públicos, a Lei Federal nº 8.666/1993 é norma que fornece normas gerais às contratações públicas.³¹ A referência desse diploma como norma geral, nas palavras de Fernando Vernalha e Egon Moreira, denota um duplo efeito, eis que, por um lado, é vedado à União legislar sobre normas especiais com abrangência nacional, e, por outro lado, Estados Municípios e o Distrito Federal estão impedidos de legislar em sentido contrário às normas gerais de licitações.³²

Sobre as bases disciplinadas na Lei Federal nº 8.666/93, conforme se depreende de seu artigo 3º, há determinação expressa de que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.³³ Aos princípios elencados, portanto, devem observância os demais entes políticos.

29 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 280-281.

30 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37.

31 *Ibid.*, p. 34-35

32 *Ibid.*, p. 35-36.

33 Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. BRASIL. Lei Federal nº 8.666 de 21 de jun. de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 2 ago. 2019.

Conforme visto no início desse estudo, os objetivos à exigência de implementação de Programas de Integridade e Compliance compreendem proteção de atos lesivos causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; garantia da execução de contratos em conformidade com a lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; e redução de riscos inerentes aos contratos, provendo maior segurança e transparência em sua consecução. Não sem razão, os princípios gerais acima destacados são justamente as normas que fundamentam a exigência em comento, pelo que não há que se falar em legislação em sentido contrário à norma geral, tampouco violação da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, já que as inovações normativas propostas pelos estados não criam uma condição especial mais restritiva à assinatura de contratos administrativos.³⁴

Diante desse cenário, percebe-se que a exigência de Programas de Integridade e *Compliance* nas contratações públicas vai ao encontro das diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações, e como visto, a partir da análise da dimensão intrínseca da exigência de Programas de Integridade e *Compliance* nas contratações públicas, trata-se, exatamente, de uma exigência que tem direta relação de permanência com os objetivos primários das contratações públicas.

Assim, uma vez que os objetivos primários das contratações públicas são “o prestígio à isonomia (direito-garantia aos licitantes) combinado com a contratação mais vantajosa à Administração (interesse público primário)” e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável,³⁵ e, em linhas gerais, o objetivo principal da exigência de Programas de Integridade e *Compliance* é alinhar os contratos aos esforços de integridade, mitigar e reduzir riscos e obter melhores desempenhos na execução do contrato; pode-se destacar que a exigência dos Programas de Integridade e Compliance nas relações contratuais está em estrita concordância às diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações, ainda que esta não tenha disciplinado de modo expresso determinada obrigação.

34 PIRONTI; ZILLOTTO, 2019, p. 43.

35 MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 82.

Daí dizer que a obrigatoriedade dos Programas de Integridade e *Compliance* nas relações contratuais com a Administração Pública exigida em diplomas estaduais ou distritais, ou ainda, em atos administrativos, não conflita com os princípios gerais das licitações públicas previstos no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988, tampouco com as normas gerais disciplinadas na Lei Federal nº 8.666/1993, mas ao contrário, os complementa e os define de acordo com as peculiaridades de cada ente, não havendo que se falar em inconstitucionalidade formal da norma.³⁶

Corroborando o entendimento em destaque o fato de que a própria Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos permite a exigência de requisitos técnicos previstos em legislação específica, ou, ainda, de qualificação restritiva no próprio bojo do instrumento convocatório, quando devidamente justificada e de acordo com os princípios gerais da licitação pública.³⁷ Não poderia ser diferente, portanto, com a exigência de implementação de Programas de Integridade e *Compliance*, após a assinatura do contrato.

O termo “após assinatura do contrato” destacado é o ponto chave a demonstrar que também não há que se falar em inconstitucionalidade material da exigência em razão de possível restrição à competitividade do certame, o que violaria diretamente o artigo 37, inciso XXI, da Constituição, que assegura a igualdade de concorrência entre todos os participantes.³⁸

Importante frisar que todos os diplomas até aqui publicados, salvo o Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobras, cujo tema será melhor analisado

36 PIRONTI; ZILLOTTO, 2019, p. 43.

37 Sobre o tema cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 502-504.

38 “Art. 37, inciso XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 ago. 2019.

adiante, estabelecem em seus artigos a exigência de implementação dos Programas de Compliance como *obrigação contratual*, e não como condição de habilitação. Os requisitos de habilitação, portanto, continuam os mesmos previstos na norma geral.³⁹ Inclusive, as consequências em caso de não implementação de Programas de Integridade e *Compliance* no prazo estipulado nas leis estaduais são consequências contratuais, como multa contratual e impedimento de contratação com o Poder Público por inexecução de obrigação contratual.⁴⁰ Em outras palavras, a partir da análise das leis estaduais hoje vigentes, os Programas de Integridade e *Compliance* somente serão exigidos na 3ª fase da contratação, isto é, no âmbito da execução do contrato administrativo. Durante as fases de planejamento e de escolha do fornecedor,⁴¹ a existência ou não de Programas de *Compliance* efetivos nas empresas participantes do certame não as diferenciará em nada, não sendo este um critério de escolha do fornecedor. O valor apresentado em suas propostas, a sua capacidade técnica e o atendimento aos documentos habilitatórios continuarão sendo os únicos critérios classificatórios e habilitatórios à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.⁴²

O que se conclui, portanto, é que não há que se falar em restrição do mercado às empresas que já possuem Programas de Integridade e Compliance em detrimento da competitividade necessária nos procedimentos licitatórios, já que a exigência de implementação de Programas de Compliance não é um requisito à assinatura do contrato administrativo, à participação no certame, tampouco à formulação de propostas. Trata-se, a bem da verdade, de uma inovação corajosa para combater a corrupção nas contratações públicas.

3.2 Fiscalização e efetividade da exigência

A fiscalização da implementação de Programas de *Compliance* é um segundo

39 Sobre o tema cf. JUSTEN FILHO, 2015, p. 502-504.

40 PIRONTI; ZILLOTTO, 2019, p. 118-120.

41 Sobre as nomenclaturas atuais da fase interna e fase externa, cf. MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos.** Curitiba: Zênite, 2012, p. 35-38.

42 Sobre o procedimento das licitações, cf. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 495-508.

aspecto que merece especial atenção das organizações que contratam com o Poder Público, eis que os Programas de Integridade devem ser vistos não apenas como uma exigência legal, mas também como uma oportunidade de as empresas se apresentarem ao mercado positivamente, demonstrando sua preocupação com a integridade e a ética em suas relações.⁴³ A complexidade atual do tema, e, notadamente, as exigências postas pelos novos instrumentos normativos aqui analisados, são a prova de que as empresas privadas que têm interesse em estreitar relações com a Administração Pública devem começar a se adequar às novas tendências, voltando-se especialmente à garantia de integridade.

Vale destacar, nesses termos, que a adequação mediante a implementação dos Programas de Integridade deve ser efetiva, isto é, não adianta implementar programas apenas “para inglês ver”.⁴⁴ Em outras palavras, de nada adianta comprar programas prontos, embasados em modelos e realidades de outras empresas. Os Programas de Integridade e *Compliance*, como elemento vinculado a questões de governança corporativa, devem sempre estar adequados às particularidades de cada organização. A implementação de um programa de Compliance não é uma atividade simples, e para ser efetiva, demanda tempo, comprometimento e expertise,⁴⁵ devendo iniciar com o apoio da Alta Administração, que deverá estar aberta à mudança cultural da organização em prol da integridade, para, na sequência, ser realizada uma análise de maturidade da empresa no aspecto de *Compliance*, bem como do apetite de risco relacionado às atividades da organização. Somente após essa atuação mapeadora, é que se iniciará o planejamento e estruturação do plano de integridade da organização, elaborando-se ou aprimorando-se seu Código de Ética e Conduta, criando-se uma estrutura sólida, autônoma e independente de *Compliance*,⁴⁶ bem como instituindo uma matriz de riscos adequada às políticas internas de integridade, transparência e consequência.⁴⁷ Ao final da estruturação do Programa, ainda será necessária a realização de

43 CASTRO; ZILLOTTO, 2019, p. 28.

44 SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 305-306.

45 CASTRO; ZILLOTTO, op. cit

46 ALMEIDA, Luiz Eduardo de. Governança Corporativa. In. **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 17

47 PIRONTI; ZILLOTTO, 2019, p. 52-53.

treinamento dos colaboradores, e, em alguns casos, até mesmo dos fornecedores, de modo a tornar clara a necessidade da observância das políticas de integridade criadas e do comprometimento dos envolvidos, sob pena de o Programa de Compliance se mostrar ineficiente. Por isso, programas modelos não serão efetivos, eis que não atenderão às necessidades específicas da organização.

Considerando esse cenário, a atribuição de competência à fiscalização dos Programas de Integridade e Compliance é mais um dos pontos que merece atenção. Isso porque, hoje, grande parte dos diplomas estaduais que exige a implementação de Programa de Integridade e Compliance das empresas que se relacionam em suas localidades atribui a competência para fiscalização ao Fiscal ou Gestor do contrato. Esses agentes públicos, entretanto, detém outras atribuições, não possuindo, em sua maioria, tempo, capacidade e expertise necessários para fiscalizar de modo eficiente a implementação dos Programas de Compliance. Considerando a realidade do funcionalismo público no país, não são raras às vezes em que servidores ou funcionários públicos são designados a exercer determinada função sem possuir qualquer expertise para tanto, ou ao menos conhecimento do objeto do contrato, sendo os resultados dessas designações equivocadas conhecidos por todos: ineficiência, execução contratual inadequada e insatisfação do usuário.⁴⁸

Nesse sentido, a designação de agentes com expertise para fiscalização dos programas de integridade das contratadas é de suma importância para garantir a correta avaliação do mesmo.⁴⁹ Do contrário, ao invés de reprimir a fraude e a corrupção, as mesmas podem até mesmo ser facilitadas ou potencializadas, comprometendo a eficácia da própria exigência legal.⁵⁰

Indo ao encontro ao acima externado, a Lei Estadual nº 7.989/2018, do Rio de Janeiro, que dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 12, inciso XIV, passou a prever como responsabilida-

48 PIRONTI, Rodrigo; ZILLOTTO, Mirela Miró. O Controle de qualidade nas contratações públicas: uma análise do Instrumento de Medição de Resultado. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 60, p. 199-211, jan./abr. 2018, p. 27-28.

49 SCHRAMM, 2019, p. 326.

50 PIRONTI; ZILLOTTO, 2019, p. 53.

de da Corregedoria Geral do Estado auditar as empresas que celebrarem ajustes com o Estado do Rio de Janeiro, objetivando aferir o cumprimento dos preceitos estabelecidos na Lei nº 7.753/2017. Assim, além da autoridade designada (gestor ou fiscal), a análise dos Programas de Integridade e Compliance caberá à Corregedoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Em que pese essa previsão de dupla análise, a disciplina da Lei Estadual nº 7.989/2018 não supriu a necessidade e importância de se designar um agente com expertise necessária à fiscalização dos programas de integridade, ou, ao menos, capacitar fiscais e gestores a exercer esta função.

Ao contrário do Rio de Janeiro, o Distrito Federal fez exatamente o proposto quando alterou a redação do artigo 13 que atribuía a competência de fiscalização ao gestor do contrato, atribuindo a mesma a órgão ou entidade fiscalizadora específica, cuja atribuição será definida em ato do chefe do poder executivo. Assim, caberá ao responsável (i) fiscalizar o Programa de Integridade quanto à sua implementação tempestiva, efetividade e conformidade legal; (ii) registrar e informar à autoridade competente quando da não implementação do Programa de Integridade ou da sua implementação fora do prazo estabelecido; e (iii) estabelecer novo prazo para cumprimento do referido no inciso II, quando for o caso.⁵¹

E não foi apenas em relação à competência de fiscalizar que a Lei Distrital nº 6.112/2018 foi alterada, incluiu-se também norma específica para tratar do critério da dupla visita durante as fiscalizações. Agora, a primeira fiscalização será voltada prioritariamente para orientação quanto ao saneamento de eventuais desconformidades levantadas. Esse critério, entretanto, não se aplica às hipóteses de intempestividade na implementação do Programa e de constatação de situações de elevado grau de risco que, a critério do órgão ou entidade fiscalizadora, requeira providências imediatas. Percebe-se que aqui há uma preocupação do legislador em permitir que as empresas contratadas compreendam de modo claro e preciso o que será exigido, sendo possível eventual correção, sem lhe serem aplicadas de plano as consequências legais por descumprimento da legislação.

51 Sobre o tema cf. artigo 13, *caput* e §1º ao §4º, da Lei Distrital nº 6.112/2018, disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

Outra questão também importante em relação à fiscalização disciplinada na Lei Distrital nº 6.112/2018 é a necessidade de motivação da decisão que não reconhecer ou certificar a implementação do Programa de Integridade (§4º, art. 13). Isso porque, a motivação proposta coaduna com os ideais constitucionais, bem como com as novas orientações da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileira – LINDB,⁵² que prezam por decisões administrativas motivadas, que não se pautem em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, que demonstrem a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas, e indiquem de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

3.3 O caso da Petrobras

O último aspecto relevante a ser analisado é o novo Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobras – RLCP, que, buscando ampliar o escopo do Programa Petrobras de Prevenção à Corrupção (PPPC) – Programa de Integridade Corporativo da estatal –, disciplinou em seu artigo 4º que as partes interessadas que desejem iniciar ou manter relacionamento com a Petrobras serão submetidas à Due Diligence de Integridade – DDI. Assim, segundo o §3º do artigo em referência,⁵³ as empresas que possuírem risco alto atribuído estarão impedidas de participar de procedimentos de contratação, salvo nos casos de: inaplicabilidade de Licitação, conforme previsão no artigo 28, § 3º da Lei nº 13.303/2016; dispensa de Licitação, nas hipóteses descritas no artigo 29, incisos V, VIII, X, XI, XIII, XV, XVI, XVII, e XVIII da Lei nº 13.303/2016; inviabilidade de competição, devidamente demonstrada, nos termos da Lei e do Regulamento de Licitações; e nas licitações para alienação de bens.

Percebe-se, portanto, que o Novo Regulamento de Licitações e Contratações

52 “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 02 ago. 2019.

53 Art. 4º (...) § 3º As Partes Interessadas às quais seja atribuído grau de risco de integridade alto não poderão participar de procedimentos de contratação com a PETROBRAS, salvo exceções previstas em normas internas da Companhia.

da Petrobras, além de ir ao encontro das diretrizes do Programa Petrobras de Prevenção à Corrupção, também vai ao encontro da própria Lei Federal nº 13.303/2016 – Estatuto Jurídico das Estatais –, que exige que as empresas estatais adotem em seus estatutos regras de governança corporativa e transparência, práticas de gestão de riscos e de controle interno, bem como implementem estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno. Se é aplicável às estatais, por que não aos seus fornecedores?

Uma das frentes da avaliação de riscos de fornecedores é a Due Diligence de Integridade – DDI, que corresponde à avaliação do Grau de Risco de Integridade (GRI) ao qual a Petrobras pode estar exposta no relacionamento com terceiros, dentre os quais estão seus fornecedores, parceiros operacionais e em contrapartes nos processos de aquisição ou desinvestimento.⁵⁴ Essa avaliação de riscos se dá a partir de informações relacionadas à localização geográfica da empresa e da execução dos negócios, ao histórico reputacional na empresa, à interação da empresa com agentes públicos, à efetividade do programa de integridade da empresa, à natureza do negócio pretendido, à reputação, à idoneidade e às práticas de combate à corrupção dos terceiros com que pretende se relacionar. Assim, uma vez avaliada a empresa, o resultado da DDI será utilizado para a tomada de decisão sobre o início ou permanência do relacionamento comercial da empresa avaliada com a Petrobras, bem como para a definição do nível de monitoramento dos riscos potenciais de fraude e corrupção identificados.

Nota-se que a avaliação dos riscos de integridade proposta pela Petrobras afeta a própria participação das empresas nas licitações públicas promovidas pela estatal, isso porque, se o licitante não possuir grau de risco de integridade atribuído, ele deverá, já na fase de habilitação, preencher eletronicamente o questionário de Due Diligence de Integridade, o qual deverá ser enviado conjuntamente com a documentação de suporte, no prazo de apresentação da documentação de habilitação, sendo a resposta ao questionário e o envio dos documentos comprobatórios para avaliação condições de habilitação do licitante. Nos casos em que o GRI alto for atribuído no

54 BRASIL. PETROBRAS. Due Diligence de Integridade - DDI. Disponível em: <<https://canalfornecedor.petrobras.com.br/pt/compliance/du-diligence-de-integridade/>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

curso do processo licitatório, a licitante será desclassificada do certame.

Diferente dos outros diplomas que exigem a implementação de Programas de Integridade e *Compliance* apenas durante a execução do contrato, a Petrobras realiza exclusão prévia de licitantes em razão única e exclusiva da avaliação de riscos de integridade. A estatal, nesses termos, utiliza o fator risco, que possui apenas alguma orientação de certeza,⁵⁵ para inabilitar licitantes, o que viola frontalmente a disciplina do artigo 58 da Lei 13.303/2016, que disciplina as hipóteses exclusivas de exigências para habilitação,⁵⁶ bem como viola o artigo 37, inciso XXI da Constituição, que determina que somente poderão ser exigidos documentos referentes à qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.⁵⁷

Sobre a legalidade da exigência proposta pela Petrobras, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 898/2019 - Plenário,⁵⁸ em que pese não tenha julgado em definitivo a matéria, assevera que em se tratando de habilitação de licitantes a Constituição permite apenas exigências que sejam indispensáveis. Assim, a melhor interpretação do caso, segundo o Ministro Relator Benjamin Zymler, é que a avaliação de integridade deveria ocorrer em momento posterior à contratação e mediante devida previsão legal. Nesse sentido, concluiu que a forma como vem atuando a Petrobras não deixa claro aos licitantes como será feita a avaliação do grau de risco de integridade, o que “pode caracterizar critério de julgamento sigiloso em prejuízo ao princípio do julgamento objetivo previsto no art. 31 da Lei 13.303/2016,” acabando por questionar

55 Nesse sentido, Celso Lafer destaca que o risco possui inúmeras dimensões, que se multiplicam no mundo contemporâneo, sendo o que lhe caracteriza “é a possibilidade de ser estimado e calculado, com alguma orientação de certeza, por meio das técnicas de previsão, cálculo de probabilidades e algoritmos.” LAFER, Celso. *Incerteza Jurídica*. O Estado de S. Paulo. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,incerteza-juridica,70002231774>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

56 “Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros: (...)”. BRASIL. Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 02 ago. 2019.

57 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 463-464.

58 BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão nº 898/2019 - Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Julgamento: 16 abr. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A898%25-20ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=70347a70-ba9d-11e9-a483-9fb8528dc97d>. Acesso em: 02 ago. 2019.

a objetividade e transparência da DDI. Da mesma forma, o Ministro Relator também questionou a eficácia do referido procedimento em efetivamente “coibir a corrupção ou outras práticas ilícitas, pois muitas informações prestadas pelos licitantes são de cunho autodeclaratório, de difícil verificação pela estatal,” acabando por aumentar os custos de transação com a estatal.

Importante destacar que, diferentemente do Tribunal de Contas da União, outros tribunais têm decidido pela legalidade do dispositivo, ao fundamento do necessário e louvável combate à corrupção, como é o caso do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.⁵⁹ Sim. Não se discute que a corrupção deve ser combatida com coragem, mas não se pode combatê-la a qualquer custo.⁶⁰ As garantias constitucionais devem ser observadas. Mesmo porque, segundo Marçal Justin Filho, “nenhum interesse público autoriza ignorar ou violar direitos fundamentais garantidos constitucionalmente”.⁶¹ Esse, senão, é o princípio básico de um Estado Democrático de Direito.⁶²

Como se pode notar, ainda não há posicionamento sedimentado sobre a matéria, e os tribunais têm se dividido em relação à legalidade ou não da exigência. Entretanto, ainda que não se concorde com a inabilitação prévia, as licitações no âmbito da Petrobras continuam ocorrendo, de modo que as empresas que se relacionam com aquela estatal devem permanecer atentas às novas exigências, sob pena de restarem inabilitadas de certames promovidos pela Petrobras.

59 BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação em Mandado de Segurança nº 0035486-47.2018.4.02.5101. Relator: Marcelo Pereira da Silva. Julgamento: 15 abr. 2019. Disponibilização: 24 abr. 2019. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:QEgI_mTgQXsJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201851010354866%26cod doc%3D2289680%26datapublic%3D2019-04-25%26pagdj%3D385/394+convida+refei%C3%A7%C3%B5es+Ltda.&site=v2_jurispruden-cia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 2 ago. 2019.

60 SCHRAMM, 2019, p. 318-322.

61 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71.

62 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 60.

4. CONCLUSÃO

A falta da cultura de integridade e transparência no âmbito das contratações públicas e o tratamento da corrupção como mal necessário são, sem dúvida, o maior obstáculo à internalização da realidade do *Compliance* nas empresas que se relacionam com o Poder Público. Por tal razão também é que a corrupção é parte integrante das contratações públicas, com a inclusão do “custo propina” nos valores dos contratos e a inadequação do direcionamento dos recursos públicos, com a justificativa de que “sempre foi assim”.

Ocorre, o impactante cenário proposto pela corrupção afeta a todos, mas “de forma ainda mais brutal a camada economicamente mais frágil da população, porque os recursos públicos não serão alocados de forma a suprir suas carências.”⁶³ Assim, os impactos dessa realidade de escândalos bilionários têm implicado prejuízos tanto ao Poder Público quanto às empresas privadas, tendo ambos, em ato de coragem, passado a impulsionar a busca por instrumentos de prevenção e combate à corrupção, sobretudo para preservar sua imagem, nome e reputação.⁶⁴ O *Compliance* no âmbito das contratações públicas ganhou espaço exatamente em razão da necessidade de se quebrar o paradigma da internalização da corrupção nos processos de contratação. Assim, diplomas que exigem a implementação de Programas de Integridade e Compliance em empresas que se relacionam com o Poder Público auxiliam esse esforço, notadamente porque há uma necessidade de se comprovar a efetividade desses programas, o que, por conseguinte, permite uma aproximação da cultura da integridade e da transparência.

Dessa forma, respondendo à indagação primária do texto: seriam loucos àqueles que se voltam à ética, que pretendem modificar a cultura do “jeitinho brasileiro” e que pretendem mudar o atual cenário de corrupção no país? Sim. São loucos corajosos. Para se chegar a essa conclusão, memorem-se as duas premissas pontuadas: (1) não basta somente demonstrar quem é o louco, mas também demonstrar a própria

63 FORTINI; MOTTA, 2016, p. 94.

64 BERTOCELLI, 2019, p. 51.

sanidade de quem o julga;⁶⁵ (2) a loucura não se resume à qualidade daquele que sofre de distúrbios mentais, mas também daquele que se mostra fora dos padrões considerados normais.⁶⁶ Em tempos que a corrupção parece normal, ao menos porque foi internalizada nos processos de contratação pública, o indivíduo são é o acomodado, o que não busca mudança de cultura, sendo necessário que se apliquem mais doses de loucura nas sociedades contemporâneas para despertar coragem ao agir fora dos padrões da normalidade.

Não se espera que Programas de Integridade e *Compliance* sejam os heróis de todos os problemas de corrupção existentes no mundo, mas, sim, que sejam mecanismos aptos a despertar a loucura na busca pela modificação da cultura da corrupção, e coragem para progredir para uma sociedade mais íntegra e transparente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luiz Eduardo de. Governança Corporativa. In: **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ATALIBA, Geraldo. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. BARROSO, Luís Roberto. (org.). **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

65 FOUCAULT, 1972, p. 181.

66 Sobre os significados das palavras loucura, louco e maluco, cf. **Dicionário online de português**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/maluco/>>. Acesso em: 02 ago 2019.

CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de Compliance: foco no programa de integridade. In: **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOOTTO, Mirela Miró. A exigência de programas de compliance nas relações contratuais com a administração pública: uma análise de constitucionalidade. **Revista JML Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 13, n. 51, abr./jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, nº 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de Programa de Integridade nas Licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Cap. 10.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LAFER, Celso. Incerteza Jurídica. O Estado de S. Paulo. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,incerteza-juridica,70002231774>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

LOSINSKAS, Paulo Victor; FERRO, Murilo Ruiz. Compliance nas licitações e contratações públicas. In: **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Gen Jurídico, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017.

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública**: fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção - reflexões e interpretações prospectivas**, p. 01. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf>. Acesso: 2 ago. 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. ONU news. O custo da corrupção: trilhões de dólares são perdidos anualmente, diz Guterres. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651051> Acesso em: 2 ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia; Gonzaga, Victoriana Leonora Corte. Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do Estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 967, p. 21-38, maio 2016.

PIRONTI, Rodrigo; ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas contratações públicas**: exigências e critérios normativos. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. O Controle de qualidade nas contratações públicas: uma análise do Instrumento de Medição de Resultado. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 60, p. 199-211, jan./abr. 2018.

RESENDE, André Lara. Corrupção e capital cívico. **Valor Econômico**, São Paulo, 31 jul. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

UNODC. United Nations Office on Drugs and Crimes. Convenção das nações unidas contra a corrupção. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdfhttps://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2019.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STF EM RELAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL A PARTIR DA TEORIA DE NEIL MACCORMICK

PAULO RICARDO SCHIER

Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Estágio pós-doutoral pela Universidade de Coimbra (IGC). Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação, mestrado e doutorado do Centro Universitário UniBrasil e do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor Convidado da Universidade de Wrocław (Polônia). Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia - CNPq. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná. Advogado militante. Email: pauloschier@uol.com.br

GIORGIO JACQUES BREDÁ

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Advogado. Email: gjbreda@hotmail.com



1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a coerência do conceito de mínimo existencial entre as decisões do Supremo Tribunal Federal através da Teoria de Neil MacCormick.

Com o intuito de alcançar uma conclusão sobre a proposta aqui trazida, o trabalho de pesquisa foi dividido em três tópicos centrais: o primeiro, destina-se a análise e entendimento da teoria da argumentação jurídica proposta por Neil MacCormick; o segundo, irá dispor sobre a noção de mínimo existencial desde sua concepção na Europa até o ordenamento jurídico brasileiro, elencando os traços que o caracterizam assim como a promoção de direitos advinda de sua concepção; por fim, o terceiro terá como objetivo a análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em relação ao que vem decidindo no tocante ao mínimo existencial, correlacionando a argumentação trazida nos julgados proferidos com os requisitos da teoria da argumentação de Neil MacCormick.

Na conclusão, espera-se com o estudo trazer um enquadramento das bases argumentativas junto a teoria da argumentação escolhida, de modo a analisar quais os parâmetros decisórios escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal e a consequente argumentação trazida em relação a primazia ou não da garantia do mínimo existencial.

2. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

A teoria da argumentação proposta por Neil MacCormick tem se mostrado como uma das mais relevantes contribuições no campo da compreensão e construção de parâmetros de racionalidade para a aplicação do Direito. Manuel ATIENZA, referindo-se ao conjunto de sua obra, afirma que se trata “de uma teoria que exhibe elegante simplicidade e clareza (...) e que se destaca sobretudo por seu esforço integrador”.¹

Produzido no contexto do pensamento pós-positivista² e preocupado em estruturar elementos voltados para a compreensão da teoria da decisão judicial, os aportes teóricos de MacCormick são de grande relevância para verificar a racionalidade prática, a universalidade, a sensatez, a perspicácia e o sentido de justiça das respostas conferidas aos casos concretos.

Deste modo, adentrando-se na proposta trazida por sua teoria, destaca-se em primeiro plano a correlação existente entre argumentação prática e argumentação jurídica, onde ambas funcionam como um objeto de justificação.³

MacCormick atribui em sua teoria um papel fundamental à justificação, vez que só se pode decidir ou até mesmo convencer a partir de argumentos que possuam justificativa, ou seja, que estejam em consonância com os fatos trazidos em cada caso e com as normas vigentes no ordenamento jurídico.⁴ Sua teoria parte da premis-

1 ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Landy, 2003, p. 119.

2 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: A Justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 167 - 168.

3 ATIENZA, 2003, loc. cit.

4 Idem.

sa de que, quando se justifica determinada decisão jurídica se está atribuindo razões que demonstrem que tal decisão está de acordo com o Direito, assim, promovendo a justiça.

Ou seja, seu modelo teórico não tem como objetivo o fato de demonstrar em que circunstâncias uma decisão pode ser tida como justificada, mais do que isso, que tais decisões estejam justificadas através do modelo proposto. Consequentemente, a justificação implica em um enquadramento à normatividade.⁵

Além disso, MacCormick demonstra em sua teoria a possibilidade de integração entre a argumentação jurídica e a prática, dado que admite a aplicação da lógica dedutiva⁶ na justificação dos casos trazidos ao Judiciário.⁷

Contudo, na presente pesquisa, o ponto fulcral da teoria da argumentação de Neil MacCormick circunda em relação à justificação em específico no plano dos casos difíceis, que é o que sucede, normalmente, quando se debate decisões no campo do mínimo existencial, que implica situações que não possuem normas claras e específicas sobre o que deva ser aplicado ou decidido.⁸

Ao se falar em uma justificação concernente aos casos difíceis, o marco teórico adotado demonstra que o processo argumentativo dedutivo possui limites em relação aos problemas de justificação, pois exige um plus de “universalidade”.

5 ATIENZA, 2003, p. 120.

6 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito Neil MacCormick**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24.

7 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; REZENDE DE JESUS, Ricardo Antonio. **A Noção De Coerência Na Teoria Da Argumentação Jurídica De Neil Maccormick**: Caracterização, Limitações, Possibilidades. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37275075/Argemiro_Ricardo_e_Claudia.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_NOC_A_O_DE_COERENCIA_NA_TEO-RIA_DA_ARG.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190906%2Fus-east-1%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190906T223524Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=c5a179ce3db62ce24fddbefe91b721ea5e577f5b4cb642fa9d96da892f5556c9> Acesso em: 06 ago. 2019. p. 6.

8 Idem.

Neste sentido, conforme lembra Manuel ATIENZA, sua tese consiste em afirmar que:

Justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito da universalidade, e, em segundo lugar, que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos de consistência e de coerência) e em relação ao mundo (o que significa que o argumento decisivo – dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento consequencialista).⁹

Bem por isso, para MacCormick, é que deve haver uma prevalência, em casos similares, de um argumento a ser aplicado aos demais, ao passo que o respeito a tal requisito também implica, em casos divergentes, que haja uma exceção à norma geral, isto é, à universalidade, sempre se buscando a justiça como o fim a ser alcançado.¹⁰

Em outras palavras, “o requisito da universalidade indica que a decisão deve conter uma premissa geral de modo que possa ser reproduzida, no caso de ocorrer uma situação idêntica em outro momento. Assim, sempre que se constatar a presença dos fatos A, B, C, teremos a resposta ‘D’”.¹¹ Apesar disso, MacCormick admite que nem sempre o requisito da universalidade consegue apresentar uma primazia, de modo que em casos divergentes haja decisões diversas, mas nem nesse caso pode-se afastar o caráter intrínseco de tal requisito.

Mesmo diante de exceções, estas são tidas como universais a partir de MacCormick, de modo que, para que se possa alcançar uma decisão argumentativa tida como boa, devem ser examinadas as consequências práticas de aplicação da norma.¹²

Através da universalidade adentra-se no requisito da coerência, que é a condição fundamental para a teoria de MacCormick em virtude de que dispõe que as decisões jurídicas devem estar em profunda consonância com o sistema jurídico no

9 ATIENZA, 2003, p. 126.

10 Ibid., p. 127.

11 MARTINS; ROESLER; REZENDE DE JESUS, 2019, p. 6.

12 Idem.

qual estão inseridas, o mesmo exigindo-se em relação os efeitos práticos, isto é, suas consequências no mundo.¹³

Compreende-se que o ordenamento jurídico não deve ser vislumbrado como um aglomerado de normas jurídicas inconstantes, mas sim, que seja enxergado como um aparato de regras harmônicas e que apresentem sentido quando estiverem sob análise conjunta.¹⁴

Assim, verifica-se que a coerência é dividida em normativa e narrativa, onde a primeira remete-se claramente à universalidade, funcionando como um instrumento de justificação, uma vez que se parte do princípio que as normas em meio ao ordenamento jurídico possuem sentido e promovem o Direito, conseqüentemente, a coerência só seria tida como um requisito fraco quando estivesse diante de um mesmo caso com mais de uma decisão coerente.¹⁵

Já a coerência narrativa “oferece um teste com relação a questões de fato, quando não é possível uma prova direta, por observação imediata, dessas questões”.¹⁶ Ela está relacionada com as crenças pressupostas em relação a fatos passados, os quais são mutáveis e, portanto, a coerência narrativa soa um tanto quanto instável, vez que são mutáveis.¹⁷

Deste modo, demonstra-se que a coerência, para MacCormick, está interligada aos princípios, os quais também funcionam como uma forma de justificação argumentativa diante dos casos difíceis.¹⁸

A argumentação calcada nos princípios, e também por analogia, é uma importante aplicação da ideia de coerência na justificação das decisões em casos difíceis.¹⁹

13 ATIENZA, 2003, p. 128.

14 MARTINS; ROESLER; REZENDE DE JESUS, 2019, p. 7.

15 ATIENZA, op. cit., p. 129.

16 Ibid., p. 130.

17 Idem.

18 Ibid., p. 131.

19 MACCORMICK, 2006, p. 197.

Os princípios possuem papel fundamental na justificação na teoria de MacCormick, dado que são tidos como normas e diretrizes gerais, salientando desde logo que demandam avaliações e, posteriormente, apresentam-se como uma justificação, fazendo com que não sejam concludentes, como é o caso de determinada norma obrigatória, conforme leciona ATIENZA.²⁰

Além dos casos difíceis serem resolvidos com base nos princípios, de suma importância para tal resolução são os argumentos por analogia, os quais também são tidos como inconcludentes.²¹ Deste modo a justificação por analogia consiste na aplicação de princípios tácitos, elucidando uma vertente avaliativa em relação aos casos em análise.²² Portanto, uma vez demonstrados os requisitos para solução dos casos difíceis a partir da teoria da argumentação de Neil MacCormick, passa-se a analisar a noção do mínimo existencial.

3. MÍNIMO EXISTENCIAL

Juntamente com a proteção dos direitos fundamentais e sociais amparados pela Constituição, a noção de mínimo existencial²³ exige efetiva prestação do serviço

20 ATIENZA, 2003, p. 131.

21 Idem.

22 MACCORMICK, 2006, p. 209-210.

23 As primeiras manifestações sobre o mínimo existencial são advindas do direito público alemão, em meio à década de 1950, com Otto Bachof, “para quem o princípio da dignidade da pessoa humana não reclamaria somente a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade ficaria sacrificada” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 586). Mas foi através da atuação do Tribunal Constitucional Federal que passou a ter forte destaque, especialmente quando se reconheceu a obrigação do Estado em propiciar garantias mínimas aos necessitados e, indo mais além, consolidou o entendimento de que a garantia das condições mínimas para uma vida digna em sociedade seria tarefa do aparato estatal. Desse contexto, o estado vincula-se ao mínimo existencial de uma forma negativa, ou seja, como limitador frente as atuações do Estado, mas também positiva. Desta feita, o referido direito ao mínimo existencial foi consagrado pela doutrina alemã do século XX como garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma maneira que um dos fundamentos do Estado Social. Posteriormente ao fato do ordenamento jurídico alemão ter reconhecido a importância do mínimo existencial, outros Estados que, também detinham como base o princípio da dignidade da pessoa humana, passaram a reconhecer o instituto, embora com particularidades, como foi o caso de Portugal, Espanha, Colômbia, Chile e Brasil (BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao Mínimo Existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coords.). **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais Diálogos Necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 156).

público para que seja garantido.

Conforme leciona Regina Maria Macedo Nery FERRARI, “por mínimo existencial se deve entender o que a Constituição prevê como conjunto de necessidades básicas do indivíduo, capazes de propiciar a sua participação efetiva na comunidade, o que funciona como limite para a atuação estatal, na medida em que possui o dever de proteger a dignidade humana, cujo conceito não pode ser determinado pelo arbítrio do legislador, na medida em que tem um núcleo irredutível”.²⁴

Independentemente das polêmicas em relação à sua natureza jurídica, conforme leciona Adriana da Costa Ricardo SCHIER, “a doutrina constitucionalista admite, de forma unívoca, que, do conjunto dos direitos fundamentais, estruturados em torno do princípio da dignidade da pessoa, surge um conteúdo mínimo de condições concretas que deve ser assegurado a todos. Trata-se do elenco de situações materiais que permite a todo e qualquer indivíduo reconhecer-se como um sujeito dotado de dignidade”.²⁵ Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang SARLET realça que a doutrina constitucional brasileira, bem como a jurisprudência, tendem a conceber o mínimo existencial não apenas como um garantidor de sobrevivência, de vida, mas sim como um provedor de uma vida saudável, isto é, fazendo com que o princípio da dignidade da pessoa humana percorra caminhos para além do óbvio, alcançando um espaço sociocultural.²⁶

-
- 24 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais Sociais e a Supremacia do Interesse Público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 286.
- 25 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público: Garantia Fundamental e Cláusula de Proibição de Retrocesso Social**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 226-227.
- 26 SARLET; MARINONI; MITIDIERO. 2014, p. 587. No mesmo sentido, Ricardo Lobo TORRES: “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade” (TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 313-339, p. 314).

Assim, quando se fala em um indivíduo dotado de dignidade,²⁷ não se pode compreender a dignidade apenas no panorama de uma mera sobrevivência em sociedade, mas sim juntamente com o intuito de proporcionar uma vida de qualidade aos sujeitos a qual proporciona o alcance a outros direitos. Bem por isso, “a ideia de mínimo existencial está relacionada às condições básicas, mínimas, que possibilitam às pessoas viverem com dignidade e isso exige prestações positivas por parte do Estado”.²⁸

Tendo em vista possuir uma forte carga axiológica e abertura semântica, a noção de dignidade humana mostra-se complexa, sendo certo que ela não se resume a ter acesso a prestações de educação e saúde, a não passar fome e a ter alguma forma de abrigo.²⁹ Desta maneira, a dignidade humana detém complexidade não somente em relação aos direitos que agrega, mas com a correlação de tais direitos. Ou seja, “a manipulação, pela ordem jurídica e estatal, de um aspecto da dignidade humana poderá ter consequências não apenas sobre o aspecto diretamente manipulado, mas também sobre outros”.³⁰

Bem por isso o aparato estatal deve deter plena consciência sobre a sua atuação em relação à dignidade humana, vez que quando se opta pela concessão ou não de determinado direito basilar, está se tratando de uma gama de situações que traz repercussões na vida de um indivíduo e também da coletividade.³¹

Em outras palavras, a dignidade humana, conjugada com o mínimo existencial, deve ser entendida como um degrau para a consecução da maior abrangência possível de todas as dimensões prestacionais e defesa decorrentes e inerentes à globalidade dos direitos sociais.

27 No que tange a dignidade humana, compreende-se ser esta um fenômeno exterior ao mundo jurídico, vez que se concebeu nos anseios da sociedade e posteriormente o ordenamento jurídico à englobou (BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 237).

28 VOLPE, Karina Rocha Martins. **A Judicialização Dos Direitos Sociais Estudos De Caso Na Ótica Do Mínimo Existencial**. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1375/919>> Acesso em: 22 ago. 2019, p. 121.

29 BARCELLOS, 2011, loc. cit.

30 Idem.

31 Mister se faz o posicionamento de Eurico BITENCOURT NETO: “o direito ao mínimo existencial para uma existência digna não deve significar visão minimalista dos direitos sociais, mas refletir uma reserva de eficácia do postulado da dignidade da pessoa humana (BITENCOURT NETO, 2012, p. 155).

Para tanto, de suma importância se faz o entendimento em relação à vida digna, aí englobada a proibição de adoção de qualquer mecanismo que, em última análise, resulte na solução não espontânea do processo vital.³²

Mas não é só isso, pois consoante André Ramos TAVARES, o conteúdo desse direito também impõe o dever de satisfação de um adequado nível de vida.³³ E assim, nota-se que a dignidade humana possui profunda relação com a vida, onde cabe aos direitos fundamentais a guarda de suas diversas dimensões.³⁴

Portanto, “a Dignidade da Pessoa Humana somente atinge seus objetivos, inclusive os de resgate sobre a categoria Pessoa, (...) quando os Direitos Fundamentais estão em sintonia com os movimentos culturais nos quais oferecem a cada pessoa um sentido singular sobre o existir”.³⁵

Em se tratando do posicionamento do texto constitucional em relação ao tema em discussão, não se encontra na Constituição de 1988 menção explícita ao mínimo existencial. Porém tal ausência é “superada pela inserção da garantia de existência digna dentre os princípios e objetivos da ordem constitucional e econômica (art. 170, *caput*, da CF), assim como pela via da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana”.³⁶ Percebe-se que o legislador constitucional se fez valer do direito ao mínimo existencial como um parâmetro para a concretude dos direitos fundamentais sociais, bem como para a sua exigibilidade.³⁷

Assim como os direitos fundamentais, o direito ao mínimo existencial possui uma dupla dimensão, sendo uma negativa, ou seja, o Estado não poderá utilizar de

32 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 127.

33 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 575.

34 GARCIA, Marcos Leite; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Direitos Fundamentais Líquidos em Terrae Brasilis**: reflexões. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-55.2011v32n62p223/18621>> Acesso em: 22 ago. 2019, p. 231.

35 *Ibid.*, p. 236.

36 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 588.

37 *Idem.*

seu aparato para extinguir dos sujeitos a base de uma vida digna, e outra positiva, sendo o fato de que incumbe ao Estado a sua garantia através de prestações materiais que o confirmem.³⁸

Referente à primeira, o mínimo existencial funciona como um eixo em que a sua concretização implica um dever de continência do Estado; ao passo que na segunda dimensão, a prestacional, que se desmembra em duas direções, sendo a de prestações normativas, onde o Estado através das normas infraconstitucionais deve ser provedor de uma existência digna aos seus administrados, e outra, que abrange as prestações materiais, neste caso incumbindo ao Estado garantir os meios para se concretizar uma vida digna.³⁹

4. EXAME JURISPRUDENCIAL DO STF SOB O MÍNIMO EXISTENCIAL À LUZ DA TEORIA DE NEIL MACCORMICK

No presente ponto, adentra-se no tema central do estudo, onde foram selecionados alguns julgados do plenário do Supremo Tribunal Federal que versam sobre o tema do mínimo existencial, assim como de diferentes Turmas julgadoras, de modo a analisar os parâmetros decisórios através dos requisitos trazidos pela Teoria de Neil MacCormick.

Conforme já fora explicitado anteriormente, verifica-se que o mínimo existencial circunda em meio ao ordenamento jurídico brasileiro sem definição própria, contudo, garantido constitucionalmente através da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como, possui grande aparato doutrinário em seu favor.

Tais características do mínimo existencial fazem com que, estando diante de um cenário litigioso, se esteja dentro dos denominados casos difíceis, fator que leva à presente análise.

38 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 589. Igualmente assinala Eurico BITENCOURT NETO: “O conteúdo do mínimo existencial envolve, como todos os direitos fundamentais, uma dimensão de defesa e uma dimensão de prestações (BITENCOURT NETO, 2012, p. 163).

39 BITENCOURT NETO, 2012, loc. cit. Ricardo Lobo TORRES, irá demonstrar o mínimo existencial como um “direito fundamental de dupla face: compreende os direitos fundamentais originários ou da liberdade e os direitos fundamentais sociais, todos em uma expressão mínima irreduzível (TORRES, 2010, p. 315).

O primeiro caso trazido diz respeito à decisão monocrática do AI 564035,⁴⁰ de relatoria da Min. Cármen Lúcia, julgado em 30 de abril de 2007, o qual versa sobre o direito à educação, onde assim compreende o mínimo existencial em sua decisão:

De se enfatizar que a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos.⁴¹

Em tal julgamento constata-se a preocupação na garantia do mínimo existencial como basilar e integrante do direito à educação, tendo o Estado de São Paulo se negado a proporcionar vaga em creche para menor de idade, e onde na fundamentação da referida decisão não é aceita a mera alegação de reserva do possível, trazida pelo poder público para afastar a pretensão. Nesse contexto a Ministra pronunciou que não cabe ao Estado “tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa”.⁴² Isto é, o fator que circunda sob o seguinte caso é da garantia do direito à educação a ser assegurado pelo Estado e a alegação de insuficiência de recurso para tal.

A decisão optou pela concretização do direito à educação no caso específico e a conseqüente promoção do mínimo existencial, onde a motivação aqui trazida em muito se assemelha aos postulados da Teoria de Neil MacCormick. Verifica-se tal ligação pelo fato de que a justificação respeita os parâmetros da universalidade, assim como a coerência da decisão para com o ordenamento jurídico, vez que se está respeitando mandamento constitucional, além da coerência e adequação quanto ao

40 Min, Cármen Lúcia, j. 30/04/2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28564035%2ENUME%2E+OU+564035%2EDMS%2E%29%28%28C%28%28C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%28%28C1RMEN+L%DACIA%29%2ENPRO%2E+OU+%28C%28%28C1RMEN+L%DACIA%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y4zjgb4t>> Acesso em: 01 set. 2019.

41 Idem.

42 Idem.

mundo, dado que o direito à educação é prestacional do estado e a população deve valer-se de tal direito, para garantia de um mínimo existencial.

Em outro julgamento – o RE 581352 AgR –,⁴³ de 29 de outubro de 2013, de relatoria do Min. Celso de Mello, analisou-se demanda em relação ao direito social à saúde, em específico, sobre a melhoria no atendimento das gestantes nas maternidades do estado do Amazonas. O mínimo existencial neste caso é invocado *prima facie*, em relação à cláusula de reserva do possível, onde a segunda restou inaplicável frente à legitimação através do Poder Judiciário no tocante às políticas públicas de saúde, não cabendo ao Estado a mera alegação de insuficiência de recursos para garantir a melhoria e a dignidade humana das gestantes e conseqüentemente dos recém-nascidos em meio à saúde pública.

Elucida o Ministro Relator Celso de Mello:

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível** sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor **e** pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.⁴⁴ (Destaque no original)

Concluindo que:

Entendo, assim, não assistir razão ao acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, **pois o eventual acolhimento** de seus argumentos **certamente** conduziria **a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional** do direito à vida, à saúde **e** à assistência materno-infantil.⁴⁵ (Destaque no original)

43 Min. Celso de Mello, j. 29/10/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>> Acesso em: 01 set. 2019.

44 Ibid., p. 18.

45 Ibid., p. 26.

Neste caso está-se diante mais uma vez do embate entre a cláusula de reserva do possível e o mínimo existencial a ser assegurado, onde, a partir da teoria de MacCormick, verifica-se que o caminho a ser adotado reflete a uma decisão que seja justificada com base na universalidade.

Isto é, conforme se verifica, tal decisão certamente serve de precedente para demais casos em que haja omissão estatal em relação à prestação do serviço público de saúde, onde o voto proferido pelo Min. Celso de Mello mostra a utilização dos requisitos de justificação dos casos difíceis, onde, respeitando a universalidade, vem a manifestar uma decisão coerente com base na invocação clara do princípio da dignidade da pessoa humana.

Proporcionado a garantia material do princípio do mínimo existencial, onde conforme visto anteriormente, é basilar a consecução de demais direitos, no presente caso, direito à vida e a saúde e assistência materno-infantil.

Analisando outro julgado de 19 de dezembro de 2014, também de relatoria do Min. Celso de Mello – ARE 745745 AgR –,⁴⁶ onde novamente estava em questão o direito à saúde, agora em relação à prestação do serviço público pelo município de Belo Horizonte, a matéria em discussão versava sobre a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, demonstrando a essencialidade do direito à saúde que deve ser protegido pelo Estado, conforme entende a Suprema Corte, demonstrando-se através do voto proferido pelo Ministro Relator Celso de Mello:

Não basta, portanto, que o Estado **meramente** proclame o reconhecimento formal de um direito. **Torna-se essencial** que, **para além** da simples declaração constitucional desse direito, **seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido**, especialmente naqueles casos em que o direito – **como o direito à saúde** – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o **poder** do cidadão de exigir, do Estado, **a implementação** de prestações positivas **impostas** pelo próprio ordenamento

46 Min. Celso de Mello, j. 02/12/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>> Acesso em: 01 set. 2019.

constitucional.⁴⁷ (Destaque no original)

No caso em tela, novamente, está-se diante do embate entre o mínimo existencial e a cláusula de reserva do possível. Contudo, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais está em consonância com o entendimento adotado pelo STF.

Verifica-se, a partir dos ensinamentos de MacCormick, que novamente a universalidade é utilizada, de modo que o referido caso difícil em muito se assimila ao caso anterior, e o requisito da universalidade é respeitado, de modo em que há uma argumentação tanto principiológica quanto por analogia no presente caso.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros, trazido na argumentação anterior, a tese da proibição de retrocesso social é invocada no presente voto, onde além da justificação através da analogia aos demais princípios protegidos anteriormente, a decisão invoca novo argumento de cunho universal para justificar a escolha da garantia do mínimo existencial em detrimento da reserva do possível.

Deste modo, verifica-se na análise jurisprudencial que o STF reconhece guardada ao mínimo existencial em sua dupla dimensão, ou seja, salvaguarda tanto a sua dimensão negativa quanto a prestacional.

Referente à dimensão positiva, a que guarda maior relação com o presente trabalho, esclarece, Ingo Wolfgang SARLET:

Já no que diz respeito à assim chamada dimensão positiva (prestacional) do direito ao mínimo existencial, o STF tem consolidado o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana.⁴⁸

47 Min. Celso de Mello, j. 02/12/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>> Acesso em: 01 set. 2019, p. 12.

48 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 590.

Por derradeiro, verifica-se que o Poder Judiciário, através do entendimento demonstrado nos precedentes do STF, vem decidindo em prol da garantia do mínimo existencial e consequentemente do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, além do que, as motivações de tais decisões apresentam-se de acordo com a teoria da argumentação de Neil MacCormick, conforme demonstrado.

5. CONCLUSÃO

Destarte, uma vez exemplificado através dos julgados proferidos, conclui-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal de fato comunga do entendimento de que incumbe ao Poder Público proporcionar aos seus administrados o direito ao mínimo existencial, realçando e aplicando na prática os ditames constitucionais que amarram o aparato estatal ao cumprimento e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, consolidando os direitos fundamentais sociais.

O objetivo central do trabalho foi de apresentar as linhas gerais da teoria da argumentação de Neil MacCormick, analisando seu enquadramento junto às decisões proferidas pelo STF no tocante à garantia do mínimo existencial.

Pela exposição, portanto, é verificado que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que escassas, em relação à garantia do mínimo existencial demonstram convergência em si mesmas, além de uma integração aos requisitos da teoria argumentativa analisada, de forma que os parâmetros de justificação utilizados se amoldam aos requisitos da universalidade e da consequente coerência, fazendo que, diante matérias sob casos difíceis, se verifique uma consonância jurisprudencial e a consequente promoção da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Landy, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao Mínimo Existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coords.). **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais Diálogos Necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 153-173.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: A Justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais Sociais e a Supremacia do Interesse Público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 267-305.

GARCIA, Marcos Leite; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Direitos Fundamentais Líquidos em Terrae Brasilis: reflexões**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-55.2011v32n62p223/18621>> Acesso em: 01 set. 2019.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; REZENDE DE JESUS, Ricardo Antonio. **A Noção De Coerência Na Teoria Da Argumentação Jurídica De Neil Maccormick: Caracterização, Limitações, Possibilidades**. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37275075/Argemiro__Ricardo_e_Claudia.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_NOCA_O_DE_COERENCIA_NA_TEORIA_DA_ARG.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190906%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190906T223524Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=c5a179ce3db62ce24fddbefe91b721ea5e577f5b4cb642fa9d96da892f5556c9> Acesso em: 06 ago. 2019.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito Neil MacCormick**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público: Garantia Fundamental e Cláusula de Proibição de Retrocesso Social**. Curitiba: Íthala, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 313-339.

VOLPE, Karina Rocha Martins. **A Judicialização Dos Direitos Sociais Estudos De Caso Na Ótica Do Mínimo Existencial**. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1375/919>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

PATINETES ELÉTRICOS NO BRASIL: ALTERNATIVA DE MOBILIDADE URBANA SUSTENTÁVEL E OS DESAFIOS JURÍDICOS REGULATÓRIOS NA ERA DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO

RAFAELLA BRUSTOLIN

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUC-PR.



1. INTRODUÇÃO

Diante da necessidade de locomoção nas grandes metrópoles, do caótico trânsito enfrentado diariamente por milhões de motoristas, e da urgência pela criação de alternativas de mobilidade, os patinetes elétricos, ou *e-scooters*, chegam ao mercado brasileiro como alternativa versátil, prática e sustentável de locomoção urbana.

Ao substituir, com emprego criativo de tecnologia, o uso de carros para pequenas e até médias distâncias, os patinetes elétricos se inserem, efetivamente, na agenda das *smart cities*, na qual a mobilidade elétrica e, especialmente, a economia compartilhada, desempenham papel protagonista.

Pautada no redescobrimento das formas tradicionais de acesso a bens e serviços, através de plataformas online que asseguram a confiança nas negociações, o compartilhamento no cerne do consumo se apresenta como uma alternativa para a revelação de coisas e de experiências, não se limitando à posse ou à propriedade de ativos, trazendo, também, novos conceitos, atores e elementos da pós-modernidade, que acabam por culminar em uma reviravolta na relação de consumo tradicional.

Nessa nova conjuntura, o direito posto depara-se com o significativo desafio de reger as repercussões jurídicas implementadas pela nova expressão econômica absorva a dogmas preexistentes, especialmente no que pertence à tutela jurisdicional demandada pelos consumidores da plataforma da economia de compartilhamento fornecedora do serviço de locomoção, ante a situação de fragilidade ocupada por aqueles e também pelos consumidores em equiparação.

No Brasil, discute-se, portanto, a necessidade de regulamentação específica para o uso dos patinetes elétricos, face a ausência de previsão própria no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Trânsito Brasileiro, haja vista a insegurança diante dos possíveis acidentes evidenciada com a nova modalidade de deslocamento.

Ao mesmo tempo, questiona-se a eficiência da regulação estatal, tendo em vista fatores como a influência exercida pelas empresas tradicionais detentoras de poderio econômico sobre os políticos reguladores, agindo como barreiras à inovação e empreendedorismo; a possível alta de preço após a regulamentação; os serviços tendendo a ser de menor qualidade e alheios a modernização; e, principalmente, a perda da versatilidade do instrumento.

Nesse sentido, por meio do método hipotético-dedutivo, o artigo tem como objetivo analisar a transformação estrutural proposta pela era da economia do compartilhamento, em especial no caso dos patinetes elétricos, bem como o desafio jurídico atinente à regulação do novo modal, apresentando alguns dos argumentos favoráveis à regulação por parte do Poder Público e alguns dos argumentos favoráveis à autorregulação do mercado.

2. A ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO

Na atual conjuntura, crescente é a preocupação com o impacto ecológico, sociológico e de desenvolvimento causados pelo consumismo desmedido,¹ já que a noção de desenvolvimento não está relacionada apenas ao mero crescimento

1 HAMARI, Juho; SJÖKLINT, Mimmi; UKKONEN, Antti. The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, v. 67, n. 9, p. 2047-2059, 2016, p. 2050.

econômico, mas também aos seus aspectos sociais e ambientais, devendo estar atrelada, acima de tudo, com a “persecução da melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”.² Neste contexto, o conceito de sustentabilidade surge não somente como uma bandeira pós-moderna, mas também como uma urgência social.³

Inaugura-se, então, fase de transição conjuntural – delineada principalmente por evoluções tecnológicas – que realinha preceitos sociais e econômicos consolidados a fim de alterar o modelo de produção, de trabalho, dos relacionamentos interpessoais e com o meio em que se habita.⁴

O cerne do processo de transformação estrutural pode ser atrelado ao advento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), as quais deram origem à Sociedade da Informação, também denominada de Economia em Rede ou Sociedade em Rede.⁵ Formadas pela transmissão de informações, correspondem a todas as tecnologias que interferem e medeiam os processos informacionais e comunicativos dos seres. Ainda, podem ser entendidas como um conjunto de recursos tecnológicos integrados entre si, que proporcionam, por meio das funções de *hardware*, *software* e telecomunicações, a automação e comunicação dos processos de negócios, da pesquisa científica, de ensino e aprendizagem, entre outros.⁶

Assim, tal estrutura em redes expandiu os horizontes da sociedade ao ampliar o acesso a bens e serviços que até pouco tempo inexistiam.⁷ Atualmente, esses sistemas se tornaram inerentes à rotina do homem pós-moderno, e têm como exemplo nodal a própria Internet, ou até mesmo a importância adquirida pelos *smartphones*.

2 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 29-30.

3 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. 2ª. Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 20-35.

4 BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 2. ed. Coimbra: Edições 70, 2008, p. 40.

5 AMARAL, Luís Mira. **Economiotech**: da indústria à sociedade da informação e do conhecimento. Booknomics, 2008. Disponível em: <http://www.apdsi.pt/wp-content/uploads/prev/22.3_luis%20mira%20amaral_070626.pdf>. Acesso em: 15 junho 2019.

6 CASTELLS, Manuel; MAJER, Roneide Venâncio; GERHARDT, Klaus Brandini. **A sociedade em rede**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 20.

7 BARDHI, Fleura, ECKHARDT, Giana. Access-based consumption: The case of car sharing. **Journal of consumer research**, v. 39, n. 4, p. 881-898, 2012, p. 3.

Desse modo, o alastramento das TIC na era da Internet modificou a forma de consumir e criar na rede, assim como motivou o crescimento da quantidade de conteúdo gerado por seus usuários.⁸ Nesta visão, a Internet tem sido o palco para o desenvolvimento de uma comunidade global de compartilhamento, com fluxo livre de informações que possibilitaram o seu acesso generalizado.⁹

E este universo de acesso e informação dos recursos extensíveis a todos ensejou o nascimento das redes *peer-to-peer* (P2P): plataformas que viabilizam o compartilhamento e colaboração do conteúdo gerado pelo usuário, como softwares de código aberto do *GitHub*, a enciclopédia colaborativa on-line da *Wikipédia*, alguns sites de compartilhamento de conteúdo audiovisual como *Youtube* e o *Instagram*, ou de *crowdfunding*¹⁰ como o *Kickstarter*.¹¹

O P2P opera como uma espécie de rede de computadores em que cada estação possui capacidades e responsabilidades equivalentes.¹² Assim, por intermédio da disponibilização de vários sistemas de informação pela Internet, o desenvolvimento tecnológico P2P simplificou o compartilhamento de dados, e em certos dispositivos, físicos e não físicos, de bens e de serviços.¹³ Porquanto, diferentemente da arquitetura computacional cliente/servidor em que alguns computadores são destinados a servir dados para que os outros tivessem acesso, as redes *peer-to-peer* permitem que qualquer dispositivo possa acessar diretamente os recursos de outro, sem nenhum controle centralizado, ou seja, dependem apenas de contribuições de recursos de seus participantes para funcionar.¹⁴

8 KAPLAN, Andreas M.; HAENLEIN, Michael. Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media. **Business horizons**, v. 53, n. 1, p. 59-68, 2010, p. 3.

9 BELK, Russell. You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online. **Journal of Business Research**, v. 67, n. 8, p. 1595-1600, 2014, p. 9.

10 Trata-se de modalidade de financiamento econômico que utiliza o sistema de compartilhamento *peer-to-peer*. RODRIGUES, Rodrigo; DRUSCHEL, Peter. Peer-to-peer systems. **Communications of the ACM**, v. 53, n. 10, p. 72-82, 2010, p. 75.

11 HAMARI; SJÖKLINT; UKKONEN, 2016, p. 2.

12 PEER-TO-PEER ARCHITECTURE. Disponível: <https://www.webopedia.com/TERM/P/peer_to_peer_architecture.html>. Acesso em: 14 junho 2019.

13 HAMARI; SJÖKLINT; UKKONEN, op. cit., p. 8.

14 Nesse sentido, o compartilhamento de conteúdo online pode acontecer de duas maneiras, a primária ou secundária. Na secundária, há a existência de um provedor, ou servidor, entre os produtores

Deste modo, a partir do crescimento acelerado das tecnologias com diversos setores da economia surgiram oportunidades de negócios antes impensáveis pelos tradicionais modelos de negociações baseados na posse.¹⁵ Surge, assim, um novo modelo de negócio baseado no compartilhamento.

Neste sentido, a chamada economia do compartilhamento constitui-se em um novo modelo de negócio que possibilita ao consumidor o acesso a bens de consumo sem necessariamente adquirir sua propriedade, que se dá através do compartilhamento entre pares das utilidades oferecidas por um mesmo bem/serviço e que se faz possível pelo serviço de intermediação promovido por plataformas digitais.¹⁶

Diferentemente do já conhecido comércio eletrônico,¹⁷ na maioria dos casos, a economia do compartilhamento demanda certo grau de colaboração interpessoal daqueles nela envolvidos. No esforço para a racionalização de recursos e a possibilidade do desenvolvimento de um modelo de negócios sustentável, que permita combater os desafios atuais da massificação do consumo, promovendo a mudança de hábitos dos consumidores, as partes que compartilham precisam estabelecer não só uma confiança entre elas, mas também uma vontade mútua de que o negócio se realize da forma mais eficiente possível, em vista das vantagens buscadas por ambos os lados.¹⁸

Assim, os benefícios do compartilhamento, antigo conhecido das comunidades, mas com uma nova roupagem e com o auxílio da tecnologia,¹⁹ traz aos consumidores valores como abertura, comunidade, acessibilidade, sustentabilidade e,

dos conteúdos e seus consumidores. O compartilhamento primário se dá entre usuários, ou seja, não existem atravessadores entre as informações trocadas que é o caso da P2P.

15 BELK, 2014, p. 9.

16 Idem.

17 Para mais, ver: MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Ed. RT, vol. 15, 57, p. 9-59, jan.-mar. 2006.

18 MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 111, p. 247-268, maio-jun. 2017, p. 258.

19 BELK, op. cit, p. 2.

principalmente, colaboração, derivações diretas da cultura digital.²⁰

Tem-se, deste modo, que a economia do compartilhamento adveio graças à configuração de quatro tendências disruptivas. Primeiro, a inovação tecnológica, ao oferecer inúmeros dispositivos que criaram a eficiência e a confiança para que o compartilhamento funcionasse em grande escala. Segundo, com a mudança de valores da sociedade conectada que está repensando o sentido da propriedade na era digital. Terceiro, as mudanças da realidade econômica com crescente percepção de que a riqueza e o crescimento devem ser aferidos sob outros parâmetros e, por fim, em virtude das pressões ambientais e do uso mais sustentável dos recursos finitos do planeta.²¹

A acessibilidade promovida por essa nova conjuntura revelou-se como uma forma de contornar os desafios da sociedade líquida,²² já que o acesso é um modo mais transitório de consumo que possibilita uma flexibilidade e adaptabilidade intrínsecas às necessidades do consumidor da sociedade de consumo de massa, em oposição às rígidas relações emocionais e sociais impostas na propriedade.²³

Por ainda ter uma abordagem muito recente, o termo economia do compartilhamento é usado de modo genérico para abranger uma gama de modelos organizacionais composta por diversas plataformas de compartilhamento entre pares, com seus particulares mecanismos e políticas, definidos pela diversidade que a Internet permite. Contudo, todas as plataformas apresentam-se estruturadas em uma dinâmica de poder totalmente diferente entre consumidores, empresas e governos²⁴ que revoluciona modelos econômicos consolidados.²⁵

20 BOTSCHAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu**: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Bookman Editora, 2009, p. 149.

21 BOTSCHAN, Rachel. The Sharing Economy Lacks a Shared Definition. **Fast Company**, 21 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>>. Acesso em: 6 junho 2019.

22 Conceito amplamente difundido por BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. John Wiley & Sons, 2013, p. 96.

23 BARDHI; ECKHARDT, 2012, p. 3.

24 JOHAL, Sunil; ZON, Noah. **Policymaking for the sharing economy**: Beyond whack-a-mole. Mowat Centre, 2015, p. 8.

25 BOTSCHAN; ROGERS, op. cit., p. 177.

Assim, os avanços tecnológicos como o melhoramento do armazenamento de dados, disseminação de *smartphones*, agilidade operada pela Internet e a diminuição de distâncias geográficas com as tecnologias de geolocalização criaram um cenário propício ao desenvolvimento de um novo mercado com potencialidade para remodelar a economia e as maneiras de consumir bens e serviços, além de permitirem o melhoramento da prestação de serviços ao consumidor.²⁶

Nesse cenário, o acesso mediado pelo mercado tornou-se um fenômeno cada vez mais importante, em que empresas estão encontrando maneiras de monetizar as possibilidades oferecidas pela Internet.²⁷ Uma nova onda de empresas, muitas constituídas na forma de *startups*, utilizam plataformas digitais para reunir pessoas, ativos e dados e combinar oferta e demanda com a agilidade oferecida por um clique.

Assiste-se nascer um novo mercado com potencialidade para remodelar a economia e as maneiras de consumir bens e serviços no processo.²⁸ As plataformas, também conhecidas como plataformas multilaterais ou simplesmente *matchmakers*,²⁹ atuam como embaixadores que facilitam trocas e as contribuições autogeridas³⁰ e, normalmente, chegam ao conhecimento do público através de aplicativos facilmente acessados por *smartphones*.³¹

26 RAUCH, Daniel E.; SCHLEICHER, David. Like uber, but for local government law: The future of local regulation of the sharing economy. *Ohio St. LJ*, v. 76, p. 901, 2015, p. 10.

27 BARDHI; ECKHARDT, 2012, p. 3.

28 SCHWAB, Klaus. The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond. *World Economic Forum*. 14 jan 2016. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-itmeans-and-how-to-respond/>>. Acesso em: 15 junho 2019.

29 PINTARELLI, Camila Kühn. **As bases constitucionais da economia compartilhada no Brasil**. 2017. Tese (Doutorado em Direito), p. 50.

30 BOTSMAN; ROGERS, 2009, p. 77.

31 Não se pode ignorar que a economia do compartilhamento apresenta números já significativos, tendo um imenso potencial de negócios. Projeções da consultoria PwC mostram que a economia compartilhada deverá movimentar mundialmente US\$ 335 bilhões em 2025, 20 vezes mais do que se apurou em 2014, quando o setor movimentou US\$ 15 bilhões. In: REVISTA PEGN. “Economia do compartilhamento” deveser responsável por 30 do pib de servicos. Disponível em: <<https://revistapegn.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/10/economia-do-compartilhamento-deveraser-responsavel-por-30-do-pib-de-servicos.html>>. Acesso em: 06 jun 2019. Ademais, uma breve consulta em sites de plataformas como o *Airbnb* ou o *Uber* trás uma clara noção do tamanho dessa economia. O nível de profissionalização das plataformas não deixa dúvidas de que se trata de um negócio extremamente bem estruturado e provido de recursos. O aplicativo de transportes *Uber*, por exemplo, atingiu somente no Brasil a marca de mais de 500 mil motoristas parceiros em outo-

Esse processo de transformação conjuntural da sociedade já é uma realidade e as TIC assumem relevante papel nessa mudança ao propiciar o desenvolvimento de um ambiente colaborativo. O indicativo é que, simultaneamente, vivenciam-se tantas revoluções tecnológicas que afetam profundamente na forma que a sociedade se organiza do ponto de vista econômico, social e comportamental, mediante a criação de novos valores, modelos de impacto, mais oportunidades de negócios, além de desafios à gestão pública. Assim, essa mudança não é só sobre a Internet, mas uma marcha em direção de mudança de paradigma social que, frise-se, já começou.

3. O CASO DOS PATINETES ELÉTRICOS: NOVA MODALIDADE DE TRANSPORTE URBANO SUSTENTÁVEL

Entre as iniciativas propostas pela economia de compartilhamento e implementadas no mercado, o setor de transporte se destaca como o maior beneficiário dessa onda de inovação.

O principal exemplo de atuação envolve a contratação de transporte individual de passageiros através de uma plataforma que conecta motoristas e clientes próximos, como é o caso da *Uber* e do *Lyft*; o compartilhamento de carros de passeio de maneira fácil e flexível, como *Zipcar* e *Autoshare*; ou até mesmo um serviço que conecta motoristas e pessoas que necessitam de uma carona para o mesmo destino, como o aplicativo *BlablaCar*.

Atualmente, o trajeto percorrido por veículos que operam esses serviços corresponde a 4% dos quilômetros percorridos por veículos em todo o mundo – até 2030, esse número passará a ser 25%.³² Tal aumento se deve ao fato de que os

bro de 2017, e 17 milhões de usuários ativos. Para se ter uma ideia do crescimento da plataforma, até outubro de 2016, havia 50 mil motoristas cadastrados. No estado de Pernambuco, o número de motoristas é de 21 mil. AL DO COMÉRCIO. Economia do compartilhamento garante renda extra em tempos de crise. Disponível em: <<https://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/pernambuco/noticia/2017/12/31/economia-do-compartilhamento-garante-renda-extra-em-tempos-de-crise-322022.php>>. Acesso em: 08 jun 2019.

32 Fundada em 2009 pelos empreendedores Travis Kalanick e Garrett Camp e presente em mais de 425 cidades ao redor do mundo, a *Uber* não é, ao contrário do que muitos pesquisadores e jornalistas afirmam, simplesmente um “aplicativo móvel para *smartphones*”. A *Uber* é, de fato, uma empresa de tecnologia que busca resolver os problemas de mobilidade dos grandes centros urbanos por meio da inovação. Nesse sentido, a empresa não pretende limitar-se somente a ofere-

serviços de transportes proporcionados pela economia de compartilhamento são mais vantajosos ao consumidor por proporcionarem um meio de transporte acessível e de fácil contratação, fazendo com que o ato de possuir um veículo próprio não seja mais tão interessante e cômodo se comparado à utilização desses serviços.

Diante da enorme adesão ao serviço prestado pela *Uber* e depois de tanto discutir-se o papel da empresa na sociedade contemporânea, no ano de 2019 diversas capitais do país receberam mais uma modalidade de transporte operado pela economia de compartilhamento: os patinetes elétricos, ou *e-scooters*.

Os patinetes elétricos são vistos como uma opção mais prática de deslocamento a curta distância, e também mais “limpa”, ou seja, menos poluente do que o carro ou uma moto, por exemplo. Adequam-se, portanto, à noção de consumo sustentável e representam inovação em termos de mobilidade urbana, conceito chave, inclusive, para a caracterização das *smart cities*.³³

A *Bird*, primeira empresa a introduzi-los nos Estados Unidos, comemorou seu primeiro aniversário em setembro de 2018, registrando mais de 10 milhões de viagens realizadas em âmbito internacional. O número de usuários chega a 2 milhões em cidades americanas e em capitais europeias. A empresa sustenta que quase 40% das viagens de carro nas cidades são de menos de 5 km e, portanto, potencialmente substituíveis por uma forma alternativa de transporte.

cer um serviço que compete diretamente com os táxis; o real objetivo é impactar todo o setor de transporte e automobilístico. UBERWORLD: the world's most valuable startup is leading the race to transform the future of transport. **The Economist**, Londres, 03.09.2016. Disponível em: <www.economist.com/news/leaders/21706258-worlds-most-valuable-startup-leading-race-transform-future>. Acesso em 17 junho 2019 e MARQUES, Alessandra Garcia. Inovação e direitos fundamentais: o impacto do aplicativo Uber no mercado consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 107, ano 25, p. 59-87, set.-out. 2016.

- 33 Uma cidade inteligente - sua tradução para a língua portuguesa - é estudada hoje amplamente como um fenômeno contemporâneo do urbanismo, um modo de viver caracterizado pela ampla inserção cidadã dos indivíduos no espaço da cidade onde habita e realiza as suas atividades cotidianas, com o atendimento satisfatório das suas demandas de locomover-se, trabalhar, comunicar-se e se relacionar com o meio ambiente, com a maior eficiência e qualidade de vida possível. Para mais, ver: GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; DE ALENCAR XAVIER, Yanko Marcus. Smart cities e direito: conceitos e parâmetros de investigação da governança urbana contemporânea. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1362-1380, 2016.

Em seu lançamento na Cidade do México, a empresa sustenta a valia de seu serviço ressaltando que os 20 milhões de habitantes da capital “sofrem com os piores congestionamentos e poluição do mundo” – com os motoristas avançando no trânsito a uma velocidade média de 10 km/h e levando 2,5 horas para chegar ao trabalho. Além de ajudar a vencer o trânsito, os *e-scooters* são fáceis de estacionar, o que representa comodidade relevante no cenário urbano das grandes metrópoles.

Ademais, outra comodidade trazida no conceito das *e-scooters* é a adoção do modelo *dock-free*, o que significa que não há um local específico para pegar ou deixar o patinete. Ou seja, o consumidor pode deixá-lo em qualquer lugar que quiser dentro de sua área de operação e encontra o mais próximo usando o aplicativo para *smartphone*, que também serve para desbloquear o veículo e para pagar a taxa de sua utilização. Essa tecnologia também é usada nos mais modernos sistemas de compartilhamento de bicicletas e é apontada entre as vantagens que levaram esse tipo de serviço a um *boom* na China.³⁴

Como qualquer novidade trazida no mercado, os patinetes elétricos despertam curiosidade entre os seus usuários. Diferentemente de outras inovações introduzidas pela economia de compartilhamento, a relação de consumo existente entre a plataforma fornecedora e o consumidor usuário do serviço é mais facilmente identificável, eis que, no referido modelo, não há a figura do usuário-provedor.

Contudo, embora não se enquadre no modelo “clássico” da relação negocial da economia de compartilhamento, ante a prestação direta do serviço ofertado, os patinetes elétricos podem ser identificados como exemplos da economia de compartilhamento diante de características como o compartilhamento do bem sem a necessidade da propriedade, a característica de acessibilidade e a maneira sustentável em que a relação negocial se opera. O enquadramento da relação contratual é, portanto,

34 A empresa Bird afirma ter evitado a emissão de mais de 5.500 toneladas de CO² (dióxido de carbono) na atmosfera - um dos gases causadores do aquecimento global - o que equivale a mais de 1 mil carros dirigidos por um ano. Neste mesmo sentido, outra empresa que opera os *e-scooters* Enquanto isso, a Lime se comprometeu a tornar toda a sua frota completamente “livre de carbono”, comprando créditos de energia renovável para compensar o carbono que é liberado quando suas *e-bikes* e *e-scooters* são recarregados. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-46551499>>. Acesso em 10 junho 2019.

identificável nos termos dos conceitos de consumidor e fornecedor do Código de Defesa do Consumidor brasileiro e da Constituição da República Federativa do Brasil.

Cumprido ressaltar, no entanto, que o serviço difere-se dos serviços tradicionais justamente por conta da situação de extrema vulnerabilidade do consumidor-usuário. A vulnerabilidade aqui se apresenta na medida em que as plataformas de compartilhamento possuem grande propriedade de informação e tecnologia, com expressivo domínio técnico. Há que se notar, ademais, que o consumidor também é vulnerável quanto à forma de utilização do serviço contratado.

Isso porque se trata de um aparelho tecnológico que possui características próprias de manuseio, muitas vezes desconhecidas pela maior parte da população, o que implica à empresa fornecedora, alinhado com o que disciplina o CDC, o dever de informar o consumidor tanto sobre a contratação do equipamento, quanto sobre as diretrizes para o uso do instrumento, bem como as normas de utilização e procedimentos de segurança, a fim de que não ocorram acidentes indesejados.

Inclusive porque, com o enquadramento das plataformas no conceito de fornecedoras do serviço, incide sobre elas, a um primeiro olhar, a responsabilização sobre eventuais acidentes ocorridos com seus usuários, nos termos dos artigos 12 a 20 do Código de Defesa do Consumidor. Noutro passo, atinente às regras básicas de locomoção, algumas das disposições impostas pelo Código de Trânsito Brasileiro também podem ser aplicadas de maneira subsidiária, eis que disciplinam o padrão de conduta esperado e regem a locomoção urbana de automóveis, motocicletas e pedestres.

No entanto, as plataformas de compartilhamento geralmente procuram minimizar sua própria responsabilidade ao caracterizar seus serviços como empresas de tecnologia, contudo, há que se ressaltar que, na prática, elas operam como prestadoras de serviços diretos e que, inobstante a este fato, a plataforma enquanto detentora de maior poder econômico da relação não pode usar a natureza jurídica de ser um fornecimento de serviço diferenciado – em regra de classificada com natureza jurídica de empresa de tecnologia – à pretexto de se isentar da responsabilidade em detrimento dos direitos do consumidor, vez que o status de intermediário das plataformas de

compartilhamento influencia diretamente na responsabilidade da plataforma.³⁵

4. OS DESAFIOS JURÍDICOS NA TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO: UMA QUESTÃO REGULATÓRIA

As relações negociais dessa nova economia desafiam o *status quo*, no que pertence às regras existentes, à legislação e à estabilidade de grupos organizados. Vê-se, portanto, o direito positivo enfrentando dificuldades progressivas na edição de normas vinculantes para regulamentar os distintos campos da vida socioeconômica. Diante desse cenário, as regras de mudança que, na maioria das vezes, afiançavam a operacionalização e a funcionalidade do sistema jurídico, passaram a se demonstrar por vezes ineficazes,³⁶ como ocorre no caso da economia do compartilhamento.

É nesse ambiente de alterações paradigmáticas que se deve perscrutar a existência de um arcabouço jurídico que se demonstre mais adequado para amparar o consumidor nas relações de consumo instituídas na constância da economia do compartilhamento, bem como a possibilitar e promover o desenvolvimento de uma nova modalidade de locomoção que pode ser muito eficaz para a gestão urbana, seja aplicando o CDC ou concebendo um novo marco regulatório para dispor especificamente tais relações jurídicas, pensado a partir das suas particularidades, em prol do equilíbrio desse tipo de relação de consumo e do interesse público.

No caso específico dos patinetes elétricos, a grande discussão acerca da necessidade de regulação específica gira em torno dos possíveis acidentes causados a partir de sua utilização, tendo em vista se tratarem de aparelhos de mobilidade urbana a serem postos no trânsito, seja em meio a automóveis, em ciclovias ou ainda nas calçadas junto aos pedestres.

Dentre os argumentos favoráveis à regulação específica está o de que a regulamentação atual (seja pelo Código de Trânsito Brasileiro ou pelo Código de Defesa

35 KATZ, Vanessa. Regulating the Sharing Economy, **Berkeley Technology Law Journal**, Volume 30, Issue 4, 29 de Novembro de 2015. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2083&context=btlj>>. Acesso em 10 jun 2019.

36 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. Malheiros, 2002, p. 58.

do Consumidor) não dá conta do novo “modal”, e, inexistindo previsão específica, descaberia sanção administrativa em caso de acidentes.³⁷ Deste modo, os defensores da necessidade de regulamentação estatal específica sustentam que esta não diz respeito somente ao ilícito (lesão/dano), mas especialmente de estabelecer os parâmetros de licitude para orientar o princípio da confiança – tão utilizado no trânsito – na utilização dos patinetes.³⁸

Ademais, sustenta-se que o regramento específico em face desta tecnologia dará conta de questões como: (a) na circulação junto a pedestres e cadeirantes é necessário deixar evidente a preferência destes sobre o novo modal, assim como limitar objetivamente a velocidade que deve ser compatível com a previsibilidade de segurança (redução do risco); ou, (b) se permitida velocidade incompatível com pedestres e cadeirantes, ser proibido seu uso neste reduzido espaço da via de circulação.

Ademais, há que se levar em conta que, diferente das bicicletas, veículos de propulsão humana (e, portanto, limitados pela própria limitação de força e resistência do sujeito), que nas normas do CTB devem circular pela rua, os modais motorizados tendem a ser explorados em seu máximo (velocidade máxima). Somando isto ao pagamento por tempo de uso, fracionado por minuto, temos que o uso em velocidade máxima é o mais econômico. No mundo regido normativa e culturalmente pelo capitalismo, temos que o uso comum/esperado é aquele que representa menor custo e, portanto, maior velocidade, o que, possivelmente, causará maiores acidentes.

37 O artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Tal disposição refere-se claramente ao Direito Penal ao exigir que haja um tipo penal descrito em lei para que se possa cogitar a possibilidade de sancionamento, no entanto o mesmo dispositivo pode claramente ser aplicado ao Direito Administrativo Sancionador. Salta-nos aos olhos, aqui, a presença do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Desta forma, notório que o comportamento indesejado pela sociedade deverá estar previsto em lei para que possa ser exigida do indivíduo conduta condizente com aquela desejada pelo Estado. Lembremos, então, que o princípio da tipicidade é corolário à legalidade, sendo que aquele, nos dizeres de Fábio Medina Osório, “apenas desempenha funções de dar desdobramentos à legalidade garantista do Direito Punitivo”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 262.

38 Neste sentido ver: Os Desafios dos patinetes elétricos no Brasil. Disponível em: <<https://caosplanejado.com/os-desafios-dos-patinetes-eletricos-no-brasil/>>. Acesso em 14 jun 2019.

Ademais, o uso de calçada como estacionamento atrapalha a circulação e acesso, além de violar o CTB e leis urbanísticas locais.

Outro argumento consiste no fato de que o provedor das plataformas de compartilhamento não possui a mesma estrutura profissional que os fornecedores de serviços de transporte do modelo econômico clássico. Como não seria diferente, o mesmo ocorre com os encargos legais, vez que não aparenta ser razoável que aqueles suportem o mesmo peso legal de impostos para o exercício das atividades profissionais no modelo de consumo tradicional.³⁹

Isso gera externalidades práticas que podem ser consideradas positivas para os consumidores, pela prática de preços mais baixos, por exemplo, mas que também podem ser negativas para os fornecedores tradicionais, os quais passaram a atuar no mercado com uma nova concorrência que, embora na maioria das vezes forneçam o mesmo produto/serviço final, o fazem de modo mais ágil, mais barato e, ao utilizar-se de recursos tecnológicos, possuem menor custo de transação e ainda despertando uma sensação de maior prestação nos consumidores.⁴⁰

Um dos fortes argumentos pró-regulação é justamente a defesa do melhor interesse dos consumidores, afinal, a regulação tem como finalidade protegê-los das externalidades, tais como a concorrência inadequada, a manipulação de preços, a informação assimétrica, o poder de barganha, e uma série de outras “falhas de mercado” percebidas.⁴¹

Quanto à gestão urbana, a proposição de uma regulação específica coaduna-se com as políticas urbanas voltadas à regulamentação dos demais meios de transporte, tais como do transporte coletivo e do serviço de transporte individual de passageiros – o táxi –, e pode auxiliar no alinhamento do novo modal com os preceitos insculpidos

39 KATZ, 2015.

40 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 8, n. 4. p. 1757-1777.

41 KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. The sharing economy and consumer protection regulation: The case for policy change. **J. Bus. Entrepreneurship & L.**, v. 8, p. 529, 2014, p. 8-9.

no Estatuto das Cidades e nas leis municipais urbanísticas, além de auxiliar na garantia da mobilidade urbana.⁴²

Por outro lado, quem se opõe à regulamentação aduz que outros elementos também devem ser levados em consideração no debate a esse despeito.

Vários são os argumentos conexos com questões que suscitam a desconfiança da eficiência da regulação estatal, como a influência desempenhada pelas empresas detentoras de poderio econômico e superioridade organizacional/informacional sobre os políticos reguladores, em troca da percepção de vantagens.

Nesse sentido, o enfoque argumentativo é que os reguladores, na maior parte das vezes, não atuam em nome do interesse público e difuso dos consumidores, mas como árbitro para satisfazer grupos de interesses. Nessa dinâmica, as empresas saem em vantagem, enquanto os consumidores acabam arcando com as consequências desta relação e, assim, a regulação finda por prejudicar o consumidor e o interesse dos cidadãos.⁴³

Ademais, o excesso de regulamentação específica poderia inibir a formação de um ambiente seguro para inovação que afugente os agentes econômicos, mediante a temeridade em saber se os novos modelos de negócios serão aceitos pelos reguladores ou, em caso de aceitação, se os seus modelos de negócios não serão alvos de constantes revisões legislativas ou judiciais a respeito desses modelos.⁴⁴

42 Historicamente consagrada como competência do Estado, a garantia do direito à mobilidade tem sido assumida diretamente pelo governo ou transferida à iniciativa privada, sob a forma de colaboração com o poder público. A Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 167 - Da ordem econômica e social, reforça esse papel, reservando ao governo municipal as funções de planejamento, fiscalização e controle da operação do transporte urbano. A regulamentação deve representar, assim, o mecanismo do Estado para fazer com que os serviços de transportes coletivos sejam verdadeiramente públicos, sendo eficientes e cumprindo suas finalidades sociais. Para mais, ver: DE SIQUEIRA, Moema Miranda. O papel da regulamentação na gestão pública: o exemplo do transporte coletivo por ônibus. **Revista de Administração Pública**, v. 31, n. 1, p. 17-29, 1997.

43 KOOPMAN; MITCHELL; THIERER, 2014, p. 11-12.

44 MARTINS, João Victor Ruiz; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Economia do Compartilhamento, Assimetria Informacional e Regulação Econômica Consumerista. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 2, n. 2, p. 34-52, 2017, p. 15.

Em via de consequência, argumenta-se também que frequentemente a regulamentação poderia minar a concorrência, através da limitação da entrada de novos concorrentes com homogeneização de preço e da qualidade do produto/serviço. Assim, isoladas da concorrência de novos operadores, as empresas tradicionais podem exercer um monopólio ou poder de precificação. Com efeito, algumas consequências são geradas, como a alta de preço, diminuição de oferta e os serviços tendendo a ser de menor qualidade e alheios a modernização, tudo isso em detrimento do bem-estar do consumidor e em prol do lucro do produtor consolidado.⁴⁵ Revela-se, assim, uma relação simbiótica de interesses recíprocos entre reguladores e setor privado, no qual os reguladores fornecem barreiras ao novo modelo de negócio em troca em troca de recursos e apoio político.

Noutro passo, quem se opõe à regulamentação aduz que não se pode olvidar que os mercados são dinâmicos e, mediante o cenário no qual inexistam proteções legais aos consumidores, chega-se à conclusão de que o próprio mercado se encarregaria em providenciar mecanismos e instrumentos de proteção ao consumidor.

Nesse pórtico, a tendência é que a própria economia de mercado sofra novas mutações e com isso novos problemas jurídicos também surgirão, e, nesse sentido, surge o questionamento se um novo marco regulatório iria acompanhar essas novas expressões de relação jurídica ou, além disso, se o mesmo já não nasceria fadado à obsolescência.

Considera-se também que, de fato, a aplicação de regulações defasadas ou aparentemente inócuas, podem surtir efeitos contraproducentes inibindo o livre desenvolvimento da economia do compartilhamento podendo representar, por fim, em mais uma forma de boicotar o melhor interesse do consumidor.⁴⁶

Quanto ao caso específico dos patinetes, a criação de normas excessivas de segurança como a exigência de uso de cotoveleiras e capacetes de propriedade do

45 KOOPMAN; MITCHELL; THIERER, 2014, p. 11-12.

46 ARRIBAS, Gracia Vara; STEIBLE, Bettina; DE BONDT, Anthony. **Cost of non-Europe in the sharing economy: legal aspects**. Barcelona: European Institute of Public Administration (EIPA), 2016, p. 53.

usuário, a proibição do tráfego nas calçadas, a contratação de um seguro-acidente a um preço exacerbado, e a exigência de exame de aptidão para o uso a ser realizado pelo DETRAN acabam por retirar a versatilidade e acessibilidade pensada ao equipamento.⁴⁷

Outro argumento que deve ser levado em consideração é o que o direito posto já daria conta das situações que porventura ocorram quando do uso de patinetes. Por exemplo: se alguém, por falta de cautela ao trafegar por uma calçada, acaba lesando outrem, deverá responder pelo dano. Trata-se de responsabilidade extracontratual, nos termos do artigo 927 do Código Civil de 2002.

A crítica se dá justamente nessa profusão de regulações *build to suit* às novas tecnologias, ignorando o sistema conceitualístico do *civil law*, pautado na concepção de que os fatos tem pouca importância e as figuras jurídicas são as lentes de interpretação. Cada vez mais surgem normas específicas a determinados contextos, ignorando que o que faz uma norma é a característica de generalidade e abstração.

5. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o fenômeno da economia de compartilhamento provoca intensas modificações no mercado e nas relações de consumo, gerando atmosfera de incerteza quanto às novas relações jurídicas criadas com essas inovadoras interações econômicas.

Atualmente, não há, em nenhum ordenamento jurídico afetado pela economia de compartilhamento, um consenso sobre a melhor forma de regulação desse setor. Porém, é perceptível em todos eles entraves comuns que o processo regulatório dos negócios oriundos da economia de compartilhamento sofre. Nesse sentido, deve haver um esforço conjunto entre Poder Público, agentes econômicos e consumidores para discutir e superar tais obstáculos, de maneira que a inovação trazida pela economia de compartilhamento encontre amparo legal específico compatível com suas especificidades, e, assim, seja devidamente fomentada.

47 Neste sentido, ver <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/13/alerj-aprova-lei-que-exige-prova-no-detrans-para-usuarios-de-patinetes-eletricos.ghtml>>. Acesso em 14 jun 2019.

Entre os maiores desafios a serem enfrentados, percebe-se que a falta de familiaridade com os modelos econômicos propostos pela economia de compartilhamento dificulta o Poder Público em entender o fenômeno e abraçar os potenciais benefícios à sociedade, como, no caso dos patinetes, o transporte e logística urbana mais eficientes, além de uma modalidade de deslocamento mais sustentável.

Não é de hoje que esse problema ocorre; em todos os momentos na história em que houve uma transição de modelos econômicos, o poder regulador tem dificuldades em acompanhar esses processos na mesma velocidade e a quebra paradigmática que trouxeram consigo. Portanto, no momento de deliberação sobre qualquer medida regulatória que afete o mercado e as relações jurídicas entre seus respectivos sujeitos, o legislador deve respeitar as garantias legais da livre concorrência, da defesa do consumidor, da proteção do meio ambiente e do livre exercício de atividade econômica.

Dadas essas disposições legais, tem-se que as estruturas normativas que regem o ordenamento jurídico brasileiro não devem intimidar as iniciativas inovadoras que muito têm a acrescentar no desenvolvimento e na gestão urbana, sobretudo quanto à solução de problemas e à criação de novos mercados e novas oportunidades, voltados à proteção dos direitos difusos e do interesse público. Como demonstrado anteriormente, as comunidades digitais possuem um grande grau de influência e potencial transformador na esfera socioeconômica, principalmente na criação de soluções para os grandes desafios contemporâneos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Luís Mira. **Economiatech**: da indústria à sociedade da informação e do conhecimento. Booknomics, 2008. Disponível em: <http://www.apdsi.pt/wpcontent/uploads/prev/22.3_luis%20mira%20amaral_070626.pdf>. Acesso em: 15 jun 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. John Wiley & Sons, 2013.

BARDHI, Fleura, ECKHARDT, Giana. Access-based consumption: The case of car sharing. **Journal of consumer research**, v. 39, n. 4, p. 881-898, 2012.

BELK, Russell. Why not share rather than own?. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 611, n. 1, p. 126-140, 2007.

_____. Sharing. **Journal of consumer research**, v. 36, n. 5, p. 715-734, 2009.

_____. You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online. **Journal of Business Research**, v. 67, n. 8, p. 1595-1600, 2014.

BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Bookman Editora, 2009.

_____. The Sharing Economy Lacks a Shared Definition. **Fast Company**, 21 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>>.

_____. Defining the sharing economy: what is collaborative consumption – and what isn't? **Fast Company**, 2015. Disponível em: <<https://www.fastcompany.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborativeconsumption-and-what-isnt>>.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de V., VASCONCELOS, Fernando Antônio. A proteção do consumidor nos contratos eletrônicos de consumo. XAVIER, Yanko Marcus de Alencar, ALVES, Fabrício Germano, LANZILLO, Anderson Souza. **Perspectivas Atuais do Direito do Consumidor no Brasil e na Europa**. Vol. II. Natal, RN: EDURN, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

CHASE, Robin. **Economia compartilhada: como pessoas e plataformas da Peers Inc. estão reinventando o capitalismo**. São Paulo: HSM, 2015.

DE SIQUEIRA, Moema Miranda. O papel da regulamentação na gestão pública: o exemplo do transporte coletivo por ônibus. **Revista de Administração Pública**, v. 31, n. 1, p. 17-29, 1997.

ERT, Eyal; FLEISCHER, Aliza; MAGEN, Nathan. Trust and reputation in the sharing economy: The role of personal photos in Airbnb. **Tourism Management**, v. 55, p. 62-73, 2016.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. Malheiros, 2002.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; DE ALENCAR XAVIER, Yanko Marcius. Smart cities e direito: conceitos e parâmetros de investigação da governança urbana contemporânea. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1362-1380, 2016.

HAMARI, Juho; SJÖKLINT, Mimmi; UKKONEN, Antti. The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption. **Journal of the Association for Information Science and Technology**, v. 67, n. 9, p. 2047-2059, 2016.

HARTL, Barbara; HOFMANN, Eva; KIRCHLER, Erich. Do we need rules for “what’s mine is yours”? Governance in collaborative consumption communities. **Journal of Business Research**, v. 69, n. 8, p. 2756-2763, 2016.

KATZ, Vanessa. Regulating the sharing economy. **Berkeley Tech. LJ**, v. 30, p. 1067, 2015.

KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. The sharing economy and consumer protection regulation: The case for policy change. **J. Bus. Entrepreneurship & L.**, v. 8, p. 529, 2014.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno Tratado do decrescimento sereno**. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARTINS, João Victor Ruiz; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Economia do Compartilhamento, Assimetria Informacional e Regulação Econômica Consumerista. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 2, n. 2, p. 34-52, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEREZ FILHO, José Augusto. Proteção ao consumidor e comércio eletrônico no Brasil. XAVIER, Yanko Marcius de Alencar, ALVES, Fabrício Germano, LANZILLO, Anderson Souza. **Perspectivas Atuais do Direito do Consumidor no Brasil e na Europa**. Vol. II. Natal, RN: EDURN, 2014. PEER-TO-PEER ARCHITECTURE. Disponível em: <https://www.webopedia.com/TERM/P/peer_to_peer_architecture.html>.

PWC, Pricewaterhouse Coopers. Outlook for the sharing economy in the UK 2016. London, 2016. Disponível em: <<https://www.pwc.co.uk/issues/megatrends/collisions/sharingeconomy/outlook-for-thesharing-economy-in-the-uk-2016.html>>.

RAUCH, Daniel E.; SCHLEICHER, David. Like uber, but for local government law: The future of local regulation of the sharing economy. **Ohio St. LJ**, v. 76, p. 901, 2015.

RODRIGUES, Rodrigo; DRUSCHEL, Peter. Peer-to-peer systems. **Communications of the ACM**, v. 53, n. 10, p. 72-82, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS ADMINISTRADOS EM FACE DA PANDEMIA DO COVID-19

REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI

Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Doutora em Direito do Estado pela UFPR. Coordenadora Geral do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora aposentada de Direito Constitucional da UFPR.

PAOLA NERY FERRARI

Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora da Universidade Tuiuti do Paraná. Professora do Centro Universitário Dom Bosco.



1. INTRODUÇÃO

Estas são apenas algumas reflexões acerca dos direitos fundamentais dos administrados, em face da pandemia que nos assola no momento, com foco no Estado Democrático de Direito, preconizado em nossa Lei Fundamental.

Enclausurados, isolados, na eminência de decretação de um sistema mais rígido, no que tange à circulação de pessoas, à abertura do comércio em geral, para evitar a propagação deste vírus, que, ainda desconhecido da ciência, não tem fármaco para sua cura, nem vacina para imunização em massa.

O exemplo da Itália, dos Estados Unidos da América do Norte, da Espanha e de outros países, revela que o risco é real, entretanto já vimos, por meio televisivos, o Presidente da República Federativa do Brasil afirmar que ele, como qualquer outra pessoa, tem o direito fundamental de ir e vir.

Surge, então, a questão: considerando que o mundo vivencia um crescimento exponencial do número de mortos e infectados pelo COVID-19, como ficam os direitos fundamentais dos administrados, previstos em nossa Lei Maior?

É preciso aclarar quem são os administrados, notadamente a sua relação

com o Estado, porque, da multiplicação das funções acometidas ao Estado, deriva a multiplicação das dimensões da vida, pessoal ou jurídica, contidas em sua relação com a Administração Pública, isto é, de iguais perante a lei, com igual identidade, os administrados assumem várias condições, como contribuinte, consumidor, usuário, concessionário, educando, pacientes.¹

2. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição, em um Estado Democrático de Direitos, determina um rol de direitos fundamentais e, dentre eles, aqueles conhecidos como “direitos de liberdade”, ou “direitos de defesa”, que se destinam a impor ao Estado uma abstenção em relação aos indivíduos.

Nesta toada, estão o direito à vida, à liberdade e à igualdade. Porém, é bom que se diga, não se trata apenas de proteger a liberdade, mas, de assegurar que ela seja alcançada, a fim de que o indivíduo possa viver dignamente.

Com o impacto da revolução industrial, após a 2ª. Grande Guerra, os direitos de liberdade, igualdade, de vida digna, passam a ser complementados, constitucionalmente, pelos chamados direitos sociais, tais como: à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, os quais necessitam da atuação positiva do Estado, pela imposição de deveres de promoção de ação concreta, para efetivar a igualdade, material, dos cidadãos.

Não é o momento do nascimento que estabelecem a diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, mas, principalmente, seu conteúdo político e suas repercussões jurídicas, pois, nem sempre uma estratégia política, para sua realização, se mostra efetiva para a prática de tais direitos.

A constitucionalização dos direitos sociais como fundamentais, bem como, sua realização positiva, concreta, depende do conteúdo e do alcance que terão, já

1 MAIORANO, Jorge Luis. **EL OMBUDSMAN** – Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1987, p. 12.

que não é o mesmo tratar de um problema global do que de uma situação jurídica individual, concreta.

É com este sentido que Roberto Alexy afirma que um direito fundamental possui várias formas de eficácia jurídica, o que depende de sua função predominante.²

Quando consideramos o direito social à saúde como um direito fundamental de igual estatura com os demais, estamos embasados no parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, quando diz:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O tema acerca da concretização dos direitos sociais para ter uma vida digna é apaixonante, mas, neste momento, para o objeto desta reflexão, não será motivo de análise mais profunda, porém, o importante é saber que a norma constitucional prevê o direito à saúde de modo inequívoco.

O direito fundamental à saúde está consagrado no art. 6º, da nossa Constituição Federal, ao prever:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Por sua vez, o art. 196, dispõe:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”.

2 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 186 e ss.

Surge, assim, para o Estado o dever de fornecer ao cidadão bens econômicos, sociais ou culturais e sanitários indispensáveis para uma vida digna, que dependem da aplicação de recursos para produzi-los, dentre os quais, segundo Jorge Reis Novais, importam: o de respeitar, o de proteger e de promovê-los.³

O direito à saúde é complexo, o que pode acarretar para sua concretização, intervenções autorizadas pela Constituição, o respeito aos procedimentos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Com o dever de o Estado de estruturar mecanismos e procedimentos que viabilizem a proteção e a promoção do direito à saúde, tanto individual como coletivo, surge “o caso da atuação da vigilância sanitária, voltada à coibição de condutas que possam gerar danos à saúde pública”, porque não basta reconhecer o direito à saúde como sendo formalmente fundamental, mas, é preciso que exista uma organização apta a suprir as demandas da população.⁴

É a realidade com a qual, agora, deparamos que exige do Estado e da população a tomada de medidas necessárias para combater a pandemia do Covid-19, inclusive, com o que diz respeito ao isolamento social.

Tal comportamento pode ocasionar o comprometimento do exercício da atividade econômica, e em nome das circunstâncias atuais, do fechamento do comércio, tido como não essencial, se vê a imposição de medidas que podem chocar com o exercício de direitos fundamentais constitucionalmente, tais como os previstos no art. 5 e 6 da Constituição Federal, ou seja: os de liberdade, os trabalhistas.

3. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O homem é um ser social por excelência, o que significa dizer que a existência humana tem como característica a coexistência. Desse modo, se os homens

3 Novais, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed. 2010, p. 41-42.

4 PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à saúde** - Regime Jurídico, políticas públicas e controle judicial, SP. Revista dos Tribunais, 2014, p. 42-44.

coexistem, seus direitos, por natureza, possuem este mesmo atributo e se limitam mutuamente.

Os direitos fundamentais, por decorrerem da própria natureza humana, não podem ser absolutos, porque são direitos positivados em um determinado tempo e lugar, que possuem uma dimensão subjetiva e outra objetiva.

Na sua dimensão subjetiva, não remetem ao arbítrio do titular determinar o âmbito de satisfação do seu interesse, e, na sua dimensão objetiva, como valores previstos na Constituição, estão integrados na comunidade e ligados à ideia de responsabilidade.

Desse modo, tais direitos mantêm, entre si e com os outros bens constitucionalmente protegidos, uma relação de harmonia, em que pese ser comum o conflito entre eles, como, por exemplo, entre a liberdade de expressão e comunicação e o direito à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada; entre a liberdade de circulação e a saúde pública.

O próprio texto constitucional permite, expressamente em alguns casos, a restrição do conteúdo do direito fundamental por meio de lei, por exemplo: o art. 5.º, XIII, prevê que a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão fica restrita às qualificações profissionais que a lei estabelecer; o inc. XXII do citado art. 5.º garante o direito de propriedade, enquanto o inc. XXIII exige que ela atenda à sua função social.

Como se pode observar, ao falar em limite e em restrição, se identifica expressões que, conforme Jorge Miranda, não querem dizer a mesma coisa. A *restrição* “tem que ver com o direito em si, com sua extensão objetiva; o *limite* ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afecta o direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas; o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de

razões ou condições de caráter geral, válidas para quaisquer direitos”.⁵

Existem limites instituídos pelo legislador, sem reserva de lei, para os direitos fundamentais, em decorrência de uma potencial tensão entre eles, quando de seu exercício por diferentes titulares, na sua concretização no mundo fenomênico.

São os também denominados limites imanes, teoria que adentrou na dogmática jurídica dos direitos fundamentais pelo Tribunal Federal administrativo alemão (BVerwGE), em 15 de dezembro de 1953, ao decidir que um direito fundamental não deve ser protegido quando põe em perigo um bem jurídico necessário para a estabilidade da comunidade.

Um direito fundamental pode entrar em conflito com outros direitos ou com bens constitucionalmente protegidos, quando, então, se identifica uma colisão.

Isso acontece em virtude da abertura das normas constitucionais que os preveem e seu conteúdo só poderá ser revelado frente a um caso concreto, momento no qual devem ser observados limites, que têm origem no próprio conteúdo dos direitos fundamentais e dimanam da análise do programa e do âmbito normativo, o que significa dizer que decorrem da interpretação constitucional, na medida em que resultam não só de sua norma definidora, mas da sua articulação com outras normas constitucionais de direito fundamental, de uma interpretação unitária e sistemática da Constituição.

É pela ponderação entre princípios constitucionais que se chegará a uma otimização racional dogmática do que pode resultar de uma restrição do direito fundamental que, *prima facie*, não a possuía.

3.1 Colisão de direitos fundamentais

Um direito fundamental pode entrar em conflito com outros direitos ou com bens constitucionalmente protegidos.

5 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª. Ed. Coimbra: Coimbra Ed. 2000, t4, p. 329.

Assim, a colisão existe quando o exercício de um direito fundamental, por parte de um titular, impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental, ou seja, quando a Constituição protege, simultaneamente, dois valores ou bens em contradição concreta.

O fenômeno da colisão de direitos fundamentais pode ocorrer concretamente:

1. quando se depara com a concorrência de direitos fundamentais;
2. com a colisão, propriamente dita, isto é, quando o exercício de um direito fundamental, por parte de um titular, impede ou embaraça o exercício de outro direito, por outro titular e;
3. quando envolve conflito entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.

Isto ocorre na medida em que, um mesmo comportamento, de um mesmo titular, se torna o âmbito de vários direitos, liberdades e garantias, que possuem igual cobertura normativa.

Na hipótese não existe uma oposição de pretensões jurídicas. Há apenas um titular e dois ou mais direitos fundamentais previstos constitucionalmente, que podem concorrer para proteger a conduta ou comportamento do titular.

Disso decorre um problema, pois, os direitos protegidos estão sujeitos a limites divergentes e é difícil determinar quais seriam os critérios prevalentes para orientar sua seleção.

O conflito entre direitos individuais fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos ocorre quando um bem protegido pela Constituição sofre um prejuízo decorrente do exercício de um direito fundamental. Quando se fala em bens constitucionalmente protegidos, se quer referir àqueles a quem a Lei Fundamental presenteou com especial reconhecimento.

A proteção referida pode justificar uma redução do universo dos direitos fundamentais, já que estes, como as liberdades e as garantias, que são passíveis de restrição, não são ilimitados. Muito pelo contrário, como decorrem da própria Lei Fundamental, necessariamente devem respeitar a proteção de um núcleo essencial do direito, com a clareza, generalidade e proporcionalidade da contenção imposta.

Isso porque é preciso impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais, tanto pela ação do Legislativo como do Judiciário, garantindo, pelo menos, o respeito de núcleo essencial.

A doutrina e a jurisprudência não têm dado tratamento unívoco no que tange a definir o âmbito do núcleo essencial, apresentando indagações que podem ser reunidas em dois polos.

De um lado, os que entendem que o núcleo essencial, por ser unidade autônoma, independe da situação concreta e está a salvo de eventual decisão legislativa.

De outro os pensam que o núcleo essencial deve ser determinado conforme o caso concreto, o que depende da ponderação entre meios e fins, embasado no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial não é fixo, nem é medida preestabelecida, já que um não é elemento autônomo.

É preciso impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais, garantindo, pelo menos, o respeito ao núcleo essencial de tais direitos.

Mas, como se pode resolver uma colisão entre de direitos fundamentais? Qual deve prevalecer?

Primeiramente, é preciso ressaltar que a colisão se dá em face de um conflito entre direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, ou entre eles e os bens constitucionalmente protegidos, previstos em normas que possuem idêntica hierarquia, o que exigirá uma decisão que satisfaça à unidade da Constituição e à sua efetividade.

Portanto, não se trata apenas de sacrificar um dos direitos em jogo, ou de subsumir o fato à norma, mas de solucionar a colisão a partir dos cânones da interpretação constitucional, da aplicação do princípio da proporcionalidade e da argumentação jusfundamental.

É pela ponderação que se poderá chegar à solução da colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e os bens constitucionalmente protegidos, de modo a conferir equilíbrio aos direitos tensionados. É pela interpretação que se terá a reconstrução e a harmonia entre interesses contrapostos, ponderando os fatos concretos a partir da norma e, por fim, conferindo critérios para uma decisão constitucionalmente adequada.

Devem ser levados em consideração, em um eventual juízo de ponderação, os valores vinculados ao princípio da dignidade humana, ou seja, aqueles que constituem sua expressão inequívoca – por exemplo, sua integridade física e moral, a inviolabilidade da pessoa humana.

Foi neste sentido que decidiu o STF na ADIn 4815, cuja relatoria coube à Ministra Cármen Lúcia, cuja proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel), em 2012, questionava o alcance dos artigos 20 e 21 do Código Civil, sob o argumento de conterem regras incompatíveis com a liberdade de expressão e informação.

A entidade requereu interpretação conforme a Constituição dos dispositivos questionados, para afastar a necessidade de consentimento da pessoa biografada para a publicação literária.

A Ministra se posicionou contra a necessidade de prévia autorização e defendeu a liberdade de expressão e o direito à informação, mas, também, reconheceu que a Constituição garante o direito à privacidade e a proteção da honra. Por isso, aceitou que eventuais danos causados à imagem dos biografados deveriam dar lugar à indenização (<<http://www.stf.jus.br> em 14/1/2016>).

A pandemia do novo Covid-19 trouxe uma avalanche de normas restritivas de direitos, como o fechamento do comércio, a proibição de missas e cultos religiosos,

a redução do transporte público, mas, cabe perguntar: tais medidas ferem direitos fundamentais?

Para interpretação e solução do conflito analisado, antes de qualquer coisa é preciso saber qual seria o mais importante: o direito individual ou o coletivo?

Geralmente as normas jurídicas são postas em um momento de normalidade jurídica e social, mas, quando se enfrenta um momento excepcional, este é o direito a ser aplicado, embasado na ponderação de valores.

O conflito entre direitos fundamentais sempre será decidido pela ponderação entre valores, por exemplo: há de ser considerado com cautela aquele apresentado entre o direito individual de ir e vir e o direito coletivo à saúde. Do mesmo modo no que diz respeito à questão tributária, ou seja, a prioridade é manter as empresas ou atender as necessidades sociais.

Portanto, não se trata apenas de sacrificar um dos direitos em jogo, ou de subsumir o fato à norma, mas de solucionar a colisão a partir dos cânones da interpretação constitucional, da aplicação do princípio da proporcionalidade e da argumentação jusfundamental, para conferir equilíbrio entre os direitos tensionados, ponderando os fatos concretos a partir da norma e, por fim, conferindo critérios para uma decisão constitucionalmente adequada.

A Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

Seu art. 1º, estabelece medidas que, em vista do interesse público, representam, em diferentes graus, restrições a direitos e liberdades individuais.

Diversas delas vêm sendo adotadas, como a restrição à liberdade de ir e vir, pelo isolamento social e pela excepcional e temporária determinação que impede a entrada e saída do País.

Conforme o raciocínio revelado acima, o conflito deve ser resolvido mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, para a preservação dos direitos individuais, e demonstrar que, no momento, não há outro meio capaz de proteger a saúde, a integridade física, a vida da coletividade.

É importante frisar que tais medidas possuem fundamento constitucional, na exata medida da necessidade e adequação para a prevalência do direito de todos à saúde, em que pese as consequências econômicas e sociais.

Neste diapasão e considerando que o direito à vida exige, também, que ela seja digna, surge para o Estado o dever de criar políticas públicas como o aporte de recursos públicos para suprir as necessidades daqueles que, em situação de miséria, ou de impedimento do exercício de seu labor, não podem arcar com o gasto em moradia, alimentação, para si e sua família.

O dever do Estado, para o enfrentamento da crise causada pela pandemia, necessita oferecer soluções plausíveis, e, neste contexto, a Administração Pública, com a tomada de decisões céleres, serve como fiel da balança para equilibrar o respeito aos direitos fundamentais.

Falar em limites e restrições de direitos significa aceitar que não se pode atentar contra um mínimo existencial, aquele que possibilite ao indivíduo viver com dignidade.

Existem limites, na realidade dos fatos, que condicionam a aplicação do direito. Mas, como pode ser considerada a reserva do possível: como princípio, e, portanto, de natureza normativa, ou como um elemento extrajurídico, que exerce influência na aplicação das normas e realização dos direitos fundamentais sociais?

A reserva do possível não prescreve um estado de coisas a ser atingido, e a possibilidade de ponderação, por si só, não é suficiente para identificá-la como princípio, pois o que se pondera são os recursos existentes para a observância do comando normativo constitucional, que prevê a proteção de um direito fundamental social.

Enquanto dado da realidade, se apresenta como condicionante para a realização

dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que o direito não pode prescrever o impossível, pois depende, sempre, da correspondência entre a norma e a realidade.

Os direitos fundamentais sociais têm dimensão prestacional, ou seja, preveem a realização de condutas materiais pelo Estado, para proteção ou realização dos direitos atinentes à educação, à saúde, à cultura, à previdência, e, aí, a dimensão fática assume importância especial.

Porém, como observa Vieira de Andrade, “para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes, e mais, que o Estado possa dispor desses recursos”.⁶

É lógico não ser possível exigir, dos Poderes Públicos, o logicamente impossível, ou aquilo que é absurdo em face do dever do Estado para com a saúde de todos, não se pode pleitear, mesmo que em juízo, o fornecimento de remédio capaz de curar todos os tipos de câncer, pois se trata de uma prestação inviável, na medida em que ainda não existe remédio que cure todo e qualquer tipo desta enfermidade.

É preciso, ao tratar da efetividade das normas programáticas que, embora prescrevam um objetivo a ser perseguido pelo Estado para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, muitas vezes faticamente esbarra-se na insuficiência de recursos.

A questão mais relevante quando se discute a efetividade das normas constitucionais programáticas, que determinam direitos fundamentais prestacionais, é a que enfoca a existência de recursos materiais, isto é, a disponibilidade fática do meio necessário para a realização do direito e a disponibilidade jurídica de tal meio.

Para que a norma programática seja efetiva, o objeto da norma deve estar disponível para que o agente público destinatário da obrigação prestacional tenha os meios indispensáveis ao cumprimento da prestação, pois, “não basta a existência de

6 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina. 1978, p. 200.

recursos, o Estado deve ter a capacidade jurídica para deles dispor”.⁷

Nessas condições, no caso do direito à saúde, só é possível pleitear ao Estado um determinado bem jurídico se ele estiver disponível naquele momento, bem como se sua concessão for juridicamente possível, o quer dizer que o Estado não pode ser condenado a tirar a vida de um cidadão, para disponibilizar o fígado necessário para um transplante. É dentro deste parâmetro que se pode pensar em “reserva do possível”.

Não obstante, se o enfoque a considerar for atinente à disponibilidade de recursos econômico-financeiros, necessários para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, a solução poderá ser diferente.

É lógico que a observância de tais direitos demanda a existência de dinheiro suficiente para seu atendimento por parte dos Poderes Públicos, já que, os direitos fundamentais sociais, só podem ser efetivados na medida em que existam recursos financeiros disponíveis para tanto.

Em suma, alerta Ana Paula Barcellos:

Pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.⁸

Ora, se o cumprimento dos direitos fundamentais sociais prestacionais, a cargo dos órgãos do Estado, não foge à reserva do possível, da efetiva disponibilidade de recursos financeiros no momento da prestação, mesmo dentro dela é necessário evitar que o agente público se furte ao dever que lhe é imposto pelo comando constitucional. O que não é aceitável é que, em nome da reserva do possível, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou

7 OLSEN, Ana Carolina. **Direitos Fundamentais sociais, efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 205.

8 BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 236-237.

mesmo políticas, a Constituição acabe destituída de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade.

Cabe, então, perguntar: quando se vê a Lei Fundamental dizer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, significa que qualquer um ou apenas os que comprovem carência de recursos, para manterem um plano de saúde privado, deverão ter acesso aos serviços de saúde?

O Estado é obrigado a prestar a saúde de acordo com os padrões mínimos de prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material, no sentido de uma igualdade de oportunidades.

Ana Paula Barcellos ressalta que “a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico” e que “a iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas”.⁹

A Constituição determinou que cabe ao Estado o atendimento da educação, da saúde e que essas questões representam direitos do indivíduo e deveres do Estado, que é obrigado criar condições materiais para a sua realização, e, na hipótese do seu não atendimento, se estará frente a um comportamento estatal, por ação ou omissão, inconstitucional.

A questão não é fácil de ser resolvida, mas é preciso entendê-la como sujeita ao ditame da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não permite considerá-la como algo absoluto. Portanto, se, por um lado, não pode caracterizar a proibição do excesso, de outro a faz dependente do sentido de proporcionalidade, o que significa que a efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado, além de um conteúdo de possibilidade fática, deve estar dimensionada, razoável e proporcionalmente, pela alocação de recursos cuja escassez ou falta não pode, em sentido absoluto, decorrer de sua utilização para outros fins.

9 BARCELLOS, 2002, p. 237.

Surgem dois questionamentos: a) quando se percebe a possibilidade de aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na questão da reserva do possível? A quem compete tal avaliação? b) se a previsão constitucional de direitos fundamentais sociais prestacionais não foi suficiente para, de modo absoluto, levar à sua efetivação, em que medida razoável se pode exigir do Estado a satisfação de tais direitos?

De fato, primeiramente é preciso ponderar que o constituinte, ao elevar o direito à educação básica a direito social prestacional e o direito à saúde como dever do Estado, determinou, imediatamente, que deve criar todas as condições necessárias para a sua realização.

Mas, a reserva do possível não pode aparecer como força contrária à efetivação do direito fundamental a prestações positivas do Estado, assumindo-a no sentido de nada poder fazer em que pese haver vontade política.

Aqui se faz oportuno discutir a atuação do Poder Judiciário, já que os direitos fundamentais sociais são princípios que determinam situações jurídicas subjetivas, no sentido de o interessado poder exigir o cumprimento das previsões constitucionais.

3.2 O mínimo existencial

Ao analisar a dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sob a alegação da reserva do possível, na medida em que sua realização depende de provisão econômica, surge a questão relativa à possibilidade de se exigir em juízo, diretamente, o objeto dos direitos constitucionalmente previstos, e, dentro desse contexto, a necessidade, a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de se estabelecer o que se deve entender como o mínimo, para considerar a sua efetivação.

Luiz Edson Fachin afirma que “a sustentação do mínimo não quantifica e sim qualifica o objeto”. Exemplifica o autor que “uma padrão mínimo de qualidade de ensino pode ser o extremo abaixo do qual o ensino deixa de ser ensino”. O mínimo pode,

então, estar vinculado à ideia de básico e elementar.¹⁰

Ao considerar o mínimo existencial em relação à efetivação dos direitos fundamentais sociais, é preciso considerá-lo como o conjunto mínimo de condições materiais capazes de, sob condições de equidade e dentro de regras de convivência que propiciem o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, garantir sua inviolabilidade pessoal e a maior quantidade possível de bem-estar.

É dentro desse universo que Ana Paula Barcellos afirma que o mínimo existencial deixa de ser um fim a ser atingido pela atuação do legislador, para se transformar em direito subjetivo constitucionalmente assegurado, independentemente da intervenção legislativa.¹¹

Por mínimo existencial se deve entender o que a Constituição prevê como conjunto de necessidades básicas do indivíduo, capazes de propiciar a sua participação efetiva na comunidade, o que funcionaria como limite para a atuação estatal, na medida em que possui o dever de proteger a dignidade humana, o que não pode ser determinado pelo arbítrio do legislador, na medida em que possui um núcleo irredutível.

Na Alemanha, após a 2ª Guerra Mundial, surge a convicção de que o Estado social deve garantir aos indivíduos existência física com dignidade, como um mínimo vital, de atendimento às necessidades sem as quais não seria possível viver como gente.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7.º, IV, prevê o mínimo salarial para atendimento da vida digna do trabalhador e sua família, com o sentido de mínimo para sobrevivência, o que, mesmo não sendo igual em todos os países, deve incluir o direito à saúde, à alimentação, ao vestuário, à moradia, à educação, à previdência social, e, conseqüentemente, o acesso à justiça, como forma de exigir o seu atendimento pelo Estado, para a preservação da vida humana dentro de padrões de dignidade.

10 FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar 2006, p. 271-276.

11 BARCELLOS, 2002, p. 126.

Mas o que será vida digna? Este é um conceito que se encontra dentro dos tidos como indeterminados, por não possuir contornos precisos, depende de considerações e atualizações segundo diversos entendimentos, o que, no mais das vezes, é assentado pela esfera política. No Brasil o salário-mínimo é considerado suficiente para que o brasileiro consiga viver, ele e sua família, com dignidade. Entretanto ano após ano, este valor, como se sabe, é inconstitucional, por não atender à satisfação de todos os requisitos previstos no art. 7.º, IV, da CF, determinado segundo os padrões econômicos tidos como possíveis.

Mas se o mínimo existencial está voltado para o mínimo necessário para atendimento do bem-estar físico, moral e psíquico da pessoa humana, como se pode exigir que o Estado o observe? Como definir este mínimo?

A essência deste mínimo corresponde à porção oriunda da ponderação de princípios, interesses e bens em conflito, a partir da proporcionalidade, quando a parte intangível do direito fundamental social é determinada em face de um caso concreto. Sem este mínimo não haverá dignidade humana.

Não existe valia em prever, constitucionalmente, direitos fundamentais sociais se eles podem não ser efetivados por conta de comportamentos dos órgãos do Poder Público. Assim, é crucial a existência de um órgão capaz de garantir a sua efetividade, de modo a responsabilizar aqueles que agirem em desconformidade com o constitucionalmente disciplinado.

É neste cenário que se faz necessário discutir a atuação do Poder Judiciário.

Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como aqueles que, para serem efetivados, necessitam da atuação positiva do Estado e que dependem da existência de recursos materiais e financeiros, surge a questão relativa à atuação do Judiciário, no que tange ao cumprimento das disposições constitucionais que determinam uma atividade estatal.

Neste particular, doutrina e jurisprudência ainda não chegaram a um acordo: existem os que consideram que o juiz não pode efetivar direitos sem que existam

meios materiais disponíveis e, mais, que o atendimento de determinada pretensão pode esvaziar outras; e os que acham que ao Judiciário cabe determinar a observância da Constituição, sem perder de vista que ele não pode tornar viável o inviável. Isso necessita, também, ser motivo de distinção e apreciação, podendo ser resolvido a partir de dados empíricos, quando, então, se poderá saber em que medida as prestações materiais podem ser atendidas.

Não obstante, não se pode ignorar que, por primeiro, existe a obrigação, constitucionalmente prevista, de o Estado destinar recursos em seu orçamento para o atendimento dos direitos prestacionais. Se a alocação de recursos não se verificar nos termos da Constituição, ter-se-á a violação do comando constitucional. Mas, e se a destinação existe, no valor mínimo, e os demais recursos foram destinados para o atendimento de outras atividades?

O orçamento público é, talvez, o documento de mais difícil compreensão para o brasileiro de cultura mediana, o que significa que dificilmente o cidadão comum saberá qual a destinação prevista e em quais termos. Isso, porém, não justifica a burla da inteligência do povo brasileiro e a alocação de recursos para outras atividades, eleitas conforme o entendimento político, embasado na conveniência e oportunidade, mesmo considerando que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade deve reger o estabelecimento de políticas públicas.

Os soropositivos impulsionaram, no Brasil, o reconhecimento do direito ao fornecimento de medicamentos pelo Estado e propiciaram o atendimento de outras classes de doenças.

Provocado, no sentido de fazer cumprir um dever constitucionalmente previsto, não pode ignorar a hierarquia normativa, o que equivale a dizer que, sem levar em conta as questões orçamentárias, deve fazer valer o dispositivo constitucional que prevê o encargo do Estado de fazer efetivos os direitos fundamentais sociais.

Assim se pronunciou o Min. Celso de Mello, no julgamento do AgRg no RE 273.834-RS: “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz, ao qual incumbe a administração da justiça, mas apenas o administrador, que deve atender

equilibradamente às necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes”.

Tem razão o Min. Celso de Mello, pois, por mais relevantes que sejam as questões orçamentárias, não é possível desrespeitar a Constituição e serem dados ao administrador poderes para decidir se deve ou não observá-la. Mesmo porque a alegação de escassez de recursos não deve comprometer a racionalidade do sistema e gerar o descrédito da própria Lei Fundamental.

Não obstante, é preciso ressaltar que a questão da efetividade dos direitos não é reconhecida só no âmbito individual, mas é analisada, também, em caráter coletivo, em julgamentos de ações civis públicas, por exemplo.

Parece, neste ponto, importante diferenciar o impacto decisivo de uma questão coletiva daquele derivado da análise da efetividade dos direitos sociais tomados individualmente, pois nesse caso não se pode ignorar seu reflexo no andamento e na opção por determinadas políticas públicas, o que pode afetar, de algum modo, o princípio da separação dos poderes. Este argumento é usado, direta ou indiretamente, como empecilho para que o Judiciário atue, por considerar que tal tarefa estaria fora do alcance do controle jurisdicional.

Mais uma vez se traz a baila a posição do Min. Celso de Mello, proferida na ADPF 45 MC/DF, quando ponderou que o processo de concretização dos direitos fundamentais sociais se traduz em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão, inclusive individual, deduzida em juízo, e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas essas prestações.

“Não obstante a formulação de políticas públicas dependa de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo”.

Portanto, se os Poderes do Estado agirem de modo irrazoável, ou com a intenção de comprometer a eficácia dos direitos sociais, pode existir a possibilidade

de intervenção do Judiciário para viabilizar a fruição injustamente recusada, o que significa dizer que a questão da escassez de recursos fica submetida à observância dos direitos fundamentais.

Quando se fala de afronta ao princípio da tripartição das funções do Estado, que o Judiciário, ao obrigar o respeito à Constituição, está entrando em competência que não é sua, é preciso lembrar que o exercício das funções estatais se sujeita ao sistema de controle mútuo, isto é, ao sistema de freios e contrapesos, e que cabe ao Judiciário zelar pela observância do ordenamento jurídico, capitaneado e fundamentado na Lei Maior da ordem normativa.

Portanto, compete ao Judiciário zelar pelo respeito à Constituição e ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de nossa Corte Constitucional, declarar, em tese, a inconstitucionalidade de qualquer ato que viole nossa Lei Fundamental. Mas poderia o Supremo Tribunal Federal declarar, em tese, abstratamente, dissociada de um caso concreto, a inconstitucionalidade de uma política pública, bem como de sua execução pela Administração?

Considerando que a inconstitucionalidade pode advir de uma atuação e de uma omissão dos órgãos do Poder Público, a não observância dos preceitos constitucionais que veiculam direitos fundamentais sociais pode surgir tanto de uma atuação em desconformidade com a Constituição, como de uma inércia que caracteriza o desrespeito da norma constitucional que determina a ação.

Nosso sistema jurídico admite o controle da inconstitucionalidade por omissão, mas, ao impedir a inércia inconstitucional, não previu sanção de grande valia jurídica, na medida em que indica que, após a sua caracterização como omissão inconstitucional pela Suprema Corte brasileira, deverá ser dada ciência ao poder competente, e, quando o órgão for administrativo, será concedido o prazo de 30 dias para que atue, podendo acarretar a responsabilidade objetiva do órgão e, conforme o caso, dar ensejo ao processo de impedimento para o exercício do cargo.

Mas o mais importante, quando se observa a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, surge ao se focar o que se denomina de omissão

inconstitucional parcial, a que ocorre quando o órgão atuou, porém de modo insuficiente, quando não atendeu, por completo, o comando constitucional. Neste caso, que pode, também, consolidar uma inconstitucionalidade por ação, o resultado da identificação da omissão parcial ou relativa não invalida o ato, pois sua retirada do universo jurídico pode acarretar prejuízo maior. Desse modo, apenas se reconhece uma atuação defeituosa, que será mantida, nos limites e contornos da atuação, mas da qual será dada ciência ao órgão competente.

É possível o controle da constitucionalidade das políticas públicas que não efetivem os direitos fundamentais sociais, e isso ainda quando se identifique uma omissão inconstitucional parcial.

3.3 A questão Orçamentária E A Pandemia De Covid-19

A Constituição Federal de 1988 proíbe qualquer despesa que não seja prevista no orçamento público. Do mesmo modo, se identifica, ainda, no conteúdo de nossa Lei Maior, a preocupação do constituinte em viabilizar, economicamente, a realização dos direitos fundamentais sociais, sem, contudo, engessar a política, na medida em deixou à mercê do administrador a discricionariedade de escolher os meios que ele considere mais eficientes para atingir a finalidade constitucionalmente prevista.

Ao se falar em alocação de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais prestacionais, não se deve pensar em um mínimo, mas no necessário, desde que seja preciso, e aí se vê, em países como o nosso, que a ideologia neoliberal não pode ser adotada, pois o mercado não pode determinar a reserva do possível, sob pena de comprometer a efetividade das prestações ou tarefas impostas ao Estado.

A investigação da atividade orçamentária, no que diz respeito à aplicação de recursos pelo Estado, é necessária, mas não satisfatória, pois, a alegação da falta de recursos não pode ser usada como forma de comprometer a dignidade da pessoa humana.

Isto não significa exigir o impossível, mas considerar que a Constituição não afirmou que os direitos existem só na medida da disponibilidade financeira.

Como já anotado, a pandemia da COVID-19 tem afetado tanto o mercado global, como o brasileiro, com uma forte desaceleração da economia, ocasionada pelo isolamento social e pelo fechamento do comércio não essencial.

Os gastos na área da saúde para o enfrentamento da pandemia, juntamente com a diminuição da receita, tem levado o Estado a prover a manutenção de empregos e garantir um mínimo de renda para os mais necessitados, principalmente para aqueles que pertencem à economia informal.

Este é um momento excepcional, que requer atitudes de igual espécie, assim, no Decreto Legislativo nº 06/2020, identificou que estamos vivendo uma calamidade pública, o que propicia obter os benefícios do art. 65, da Lei de Responsabilidade Fiscal, pela dispensa de atingir resultados fiscais, previstos na LDO, e a suspensão da limitação de empenho.

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar, datada de 29/03/2020, na ADIn 6357-DF, embora alertando que a “responsabilidade fiscal é um conceito indispensável”, considerou impossível o cumprimento de requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade, e deferiu medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, nos seguintes termos:

“conceder interpretação conforme à Constituição Federal aos artigos 14, 16,17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e parágrafo 14 da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de Covid-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentária em relação à criação/expansão de programas opela disseminação de Covid-19”.

Surge, nesta toada, no Legislativo, a PEC-10/2020, a qual já foi aprovada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal para o mesmo fim.

Tempos excepcionais merecem leis que os acompanhem e criem normativas, extraordinárias, para atendê-los, como o faz a PEC10/2020, que instituiu regime fiscal, financeiro e de contratações próprio e afasta a regra prevista no inciso III, do art. 167 da Constituição Federal, que veda o endividamento para pagamento de despesas correntes.

4. CONCLUSÃO

Esta é uma situação, temporária, que exige medidas extremas, não só para movimentar a economia, mas, principalmente, para salvar vidas e, neste universo se constata a colisão, o conflito entre direitos fundamentais, que devem ser resolvidos com sabedoria, pela aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAIORANO, Jorge Luis. **EL OMBUDSMAN – Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas**. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª. Ed. Coimbra: Coimbra Ed. 2000, t 4.

NOVAIS, Jorge Reis Novais. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed. 2010.

OLSEN, Ana Carolina. **Direitos Fundamentais sociais, efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PIVETTA, Saulo Lindorfer: **Direito Fundamental à saúde - Regime Jurídico, políticas públicas e controle judicial**, SP. Revista dos Tribunais, 2014.

A SOCIEDADE DE RISCO E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

RENATO CARDOSO DE ALMEIDA ANDRADE



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 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 criminal.²

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 audiência 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 há muito ultrapassaram as linhas geográficas dos países e tornaram-se de tal modo comuns que não passam de estatísticas intermináveis e constante tema

1 Escrito originariamente para a obra **Direito Público no Mercosul** – Intervenção Estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2013. Trabalho revisto e atualizado.

2 FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na Litteratura**. 2ª. Edição, Roma, 1902.

de enfrentamento pelos governos, independentemente da ideologia que os possam orientar. Assim é com os crimes contra a Administração Pública.

VOLTAIRE,³ 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 XVIII 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. Nascem, crescem e vivem em sociedades e delas tiram 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 fossemos 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 obre 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 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*.

3 Pseudônimo do francês François-Marie Arouet, nascido em Paris a 21 de novembro de 1694 e morto em 30 de maio de 1778.

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. 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 a pandemia do *covid-19 (coronavirus)*. Ela ainda nos atinge direta e dolorosamente nesse interminável ano de 2020, quando, perplexos, vemos que nada mais do que 19 governadores de Estado em nosso país estão sendo investigados pelos mais diversos comportamentos desviados, principalmente vinculados à aquisição de bens e materiais de combate a esse

4 MORAL/MORALIDADE. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

invisível e fatal acontecimento. Impera, assim, entre a administração central do Brasil, a par do negacionismo do mal, 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 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

Creio 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. Ambos – 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 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., 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

5 SILVA SANCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002, p. 81.

6 FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna, O sujeito passivo nos crimes contra a Administração Pública. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ed. Forense, vol. 35, p. 153.

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 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

7 PUIG, Carlos Mir, **Los delitos contra la administracion publica en el nuevoCodigo Penal**. Barcelona: J. M. Bosh, 2000.

8 BUOMPADRE, Jorge E. **Delitos contra la administraci3n publica – doctrina e jurisprudencia**. Buenos Aires: Mave, 2001.

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 ao 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 para a 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

9 BUOMPADRE, 2001.

10 NOGALES, Inês Olaizola, Os delitos contra a Administração Pública. In: **Nuevas tendencias en política criminal**. Buenos Aires: Reus, 2006.

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 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 Limpa.¹¹ 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 desvio 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 o surgimento daquilo que conhecemos como globalização, desenvolvida exponencialmente através das redes sociais de computadores que, salvo lamentáveis e gravíssimos patrulhamentos e censuras,

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 acen-tuadamente aqueles contra a Administração Pública.

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 so 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 subpolítica. A política transborda do Estado para outras esferas, transformando o que antes era 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 inadequado. E isso porque, conforme já assinala 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,

12 Sociedade de risco, verbete da enciclopédia mundial Wikipédia – <www.wikipedia.org>.

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 esboçam 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, o 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 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 à 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 envolvem 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 à 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, há 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 atingem toda a sociedade, e ela, ao final de uma análise da gravidade do delito, que é 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 motivacion etica de esta nueva criminalizacion rara vez tine que ver con comportamientos violentos (normalmente y de forma correcta ya penalizados), pues se trata de comportamientos cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clasica violenta y que, analizados superficialmente, resultam 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 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: *“Estado de Direito no puede fundam, entarse exclusivamente sobre la base do homo oeconomicus. Solo el castigo de las infracciones pude conjurar el peligro de um rebaldecimiento generalizado de la fidelidad normativa y proporcionar el aprendizaje de estrategias de comportamiento normativamente conformes y, con ello, la adquisicion generalizada de estrategias de conduta adecuadas.”*¹⁴

13 PRITTWITZ, Cornelius. Sociedade de Risco. In: **El Penalista Liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 147 e 151.

14 Idem.

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 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 nascidos de blocos econômicos, como o Mercado Comum Europeu, o NAFTA, o MERCOSUL, e assim por diante. A cooperação jurídica entre os membros de 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 o 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 é praticamente irreparável 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. E o especial fim de agir do agente e insito 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. Daí 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 TIEDEMANN,¹⁵ 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 unico o al menos el principal problema del Derecho Penal Economico y de la criminalidad economica se solucionarían Mejorando la justicia penal a traves de la adopcion de medidas relativas al personal, a recursos materiales y a cuestiones de organizacion. Juridicamente seria suficiente, en gran medida, el tipo penal de la estafa (estelionato)”*. E completa: *“los tipos generales de estafa (estafa informatica, administracion desleal, usura e cohecho (suborno, corrupcao) representan bajo consideraciones procesales (de competencia sobre delitos penales economicos), delitos economicos en la medida que seja el juzgamento del caso se requiera de conocimientos especiales de la vida economica.”*

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

15 TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal Economico**: introducción y parte general. Peru: Grijley, 2009, p. 70.

Administração Pública, emprestando-lhe o caráter interpretativo que desafia o tema deste debate. É 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(enla economía nacional o en sus componentes) y, en parte, en el abuso de la confianza necesaria en el trafico económico,la cual no db e entenderse como una confianza individuale 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 da 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 perniciosa 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 non potest*, exatamente porque a sofisticação da prática criminosa passa pela criação de corporações destinadas a cometer delitos transnacionais, em

16 TIEDEMANN, 2009, 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.

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 esta 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 é nos países ricos – anfitriões das empresas multinacionais – que as infrações de maiores proporções são observadas. O dinheiro move montanhas e está corrompendo políticos em todo o mundo. É difícil, lamentavelmente, que haja um dia em que não venha à tona um novo caso de práticas administrativas questionáveis ou ilegais. Ao longo da ultima 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

18 SACHS, Jeffrey D., “A onda da global de crimes corporativos”. Jornal O Estado de São Paulo, Edição de 8/5/11, p. a-22.

19 Idem.

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 pessoas 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;

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

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.

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 (insuportavelmente 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. E deixo absolutamente claro: o anteprojeto não se confunde com o pacote anticrime (Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, que é oportunista, intempestiva e inadequada).

E 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 desafiadoras 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*, no mínimo, discretamente beneficiados pelos lucros corporativos. Cerca de

metade dos congressistas americanos e composta por milionários e muitos deles mantem 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, que o mínimo desvio de conduta com consequências econômicas e penais 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 supra individuais, 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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUOMPADRE, Jorge E. **Delitos contra la administración publica** – doutrina e jurisprudência. Buenos Aires: Mave, 2001.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna, O sujeito passivo nos crimes contra a Administração Pública. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ed. Forense, vol. 35.

FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na Litteratura**. 2ª. Edição, Roma, 1902.

LASCANO, Carlos. Funcionários públicos corruptos, empresários corruptores e direito penal. In: **El Derecho Penal del Siglo XXI**. Mendoza: Cuyo, 2005.

MORAL/MORALIDADE. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

21 Idem.

22 “Se eles não têm pão, que comam brioques.”

NOGALES, Inês Olaizola, Os delitos contra a Administração Pública. In: **Nuevas tendencias en política criminal**. Buenos Aires: Reus, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedade de Risco. In: **El Penalista Liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

PUIG, Carlos Mir, **Los delitos contra la administracion publica en el nuevoCodigo Penal**. Barcelona: J. M. Bosh, 2000.

SACHS, Jeffrey D., “A onda da global de crimes corporativos”. *Jornal O Estado de São Paulo*, Edição de 8/5/11.

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal Economico**: introducción y parte general. Peru: Grijley, 2009.

GRAU DE RISCO DE INTEGRIDADE (GRI): A NECESSIDADE DO RESPEITO À CONSTITUIÇÃO PARA A LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA

RODRIGO PIRONTI

Pós-Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela PUC-PR. Advogado e parecerista.



Uma das grandes pautas no cenário da Gestão de Riscos e do Compliance é a discussão sobre o GRI (grau de risco de integridade), que, em síntese, permite o afastamento de potenciais interessados em participar dos processos de licitação em razão de seu alto grau de risco de integridade.

Para que não se diga que sou contra a avaliação realizada com base no grau de risco de integridade (GRI) e de que ele não é um importante e eficaz instrumento de combate à corrupção, deixo claro desde já: trata-se de um instrumento muito importante para que as contratações públicas no país sejam pautadas pela ética e pela moralidade, portanto, sou favorável à exigência, contudo, não para fins de exclusão do processo competitivo (porque isto é evidentemente inconstitucional), mas para fins de reforço às garantias e exigências contratuais. Caso contrário, esta importante ferramenta, terá sua inconstitucionalidade questionada e seguramente reconhecida pelo Poder Judiciário, quando for manejada tese concreta neste sentido.¹ Explico.

Nesse sentido, compartilho alguns aspectos que devem ser observados neste tema, e os faço por meio de questões objetivas:

1 As demandas até então relacionadas ao tema se limitaram a questionar a noção de GRI sob o prisma do combate à corrupção (e isso em minha ótica não se discute, pois como já versamos, é um instrumento importante e eficaz), mas nunca sob o prisma de sua evidente inconstitucionalidade material, como por exemplo, que passa ao largo da discussão feita neste artigo.

1. É POSSÍVEL SOLICITAR O PREENCHIMENTO, POR POTENCIAIS LICITANTES OU CONTRATADOS, DE QUESTIONÁRIO DE *DUE DILIGENCE* DE INTEGRIDADE (INFORMAÇÕES RELACIONADAS A PERFIL DA PESSOA JURÍDICA, GESTÃO DA ENTIDADE, RELACIONAMENTO COM AGENTES PÚBLICOS, HISTÓRICO DE LITÍGIOS, PROGRAMA DE INTEGRIDADE E RELACIONAMENTO COM TERCEIROS)?

É perfeitamente possível. Essa exigência não conflita com os princípios gerais das licitações públicas previstos no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988, tampouco com as normas gerais disciplinadas na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 13.303/2016, ao contrário, busca exaltar os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, de modo a conjugar esforços para concretização da integridade contratual, mitigação e redução dos riscos e obtenção de melhores resultados.

A *due diligence*, como conceito, é um processo que visa buscar informações sobre determinadas empresas e pessoas com as quais a Administração tem a intenção de se relacionar. Esses processos podem ser realizados em diversas situações, como a contratação de fornecedores, prestadores de serviços, terceiros, patrocinados, consorciados e empregados (*background check*), entre outras situações.

Durante esse processo, analisam-se informações fornecidas pela pessoa física ou jurídica interessada, bem como informações coletadas por meio de bases de dados específicas para cada diligência.

Essas informações – no caso dos contratos com estatais, por exemplo – são estruturadas de forma que apoiem determinadas decisões e os controles relativos à contratação pretendida.

Portanto, esse questionário tem como principal objetivo permitir que a Administração conheça efetivamente seu contratado e suas práticas de mercado, principalmente aquelas vinculadas a condutas éticas em sua atuação comercial ou, ainda, outras que possam prejudicar o relacionamento das partes durante o período de vigência contratual.

O questionário deve ter como premissa a avaliação de risco de integridade,

podendo, por exemplo, utilizar-se de parâmetros de avaliação e localização geográfica da empresa e da execução de seus negócios, de seu histórico reputacional e relacional, de sua interação com agentes públicos, bem como da efetividade de seu eventual programa de integridade entre outros.

2. EM QUE MOMENTO DO PROCEDIMENTO É POSSÍVEL EXIGIR ESSE PREENCHIMENTO? PODE-SE EXIGI-LO COMO CONDIÇÃO PARA INTEGRAR O CADASTRO DE FORNECEDORES, COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO OU COMO CONDIÇÃO DE CONTRATAÇÃO?

Aqui, existem dois cenários distintos: (a) o primeiro refere-se ao momento em que é possível exigir o questionário; (b) o segundo refere-se ao momento em que essa exigência pode tornar-se executável do ponto de vista de exclusão do licitante/interessado no processo competitivo.

Com relação à exigência do questionário, a resposta não demanda maiores problemas, por um simples fator: é possível exigir o preenchimento do documento em quaisquer das fases do procedimento – quando do cadastro de fornecedores; como declaração constante dos documentos que compõem a habilitação da empresa; ou ainda, no momento da convocação para a assinatura do contrato. Exigir o preenchimento, portanto, é mera formalização da vontade administrativa em conhecer seu futuro contratado, sem que, com isso, decorra ônus algum aos licitantes ou aos interessados.

Agora, bastante distinta é a pergunta relacionada ao momento em que é possível exigir, para fins de exclusão da participação do licitante/interessado, pois daqui, derivam aspectos constitucionais e legais relevantes. Vejamos.

2.1 A questão das inconstitucionalidades formal e material da exigência do GRI

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade formal aventam que a exigência dos questionários de integridade nas licitações, independentemente da fase, estaria violando a competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos, disciplinada no art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal de 1988.

Isto é, as inovações normativas criariam uma condição especial mais restritiva, que somente poderia ser veiculada por meio de norma geral, ou seja, de novo diploma normativo de caráter geral que previsse, especificamente, esse critério como condição limitadora do relacionamento entre as partes.

Neste ponto, em minha análise, a exigência de questionários de integridade nas relações com a Administração Pública (direta ou indireta) não imputa nenhuma inconstitucionalidade formal, já que, ao contrário dos que entendem que não haveria fundamento de validade da referida exigência em norma de caráter geral, a requisição de “indicadores de integridade” vai exatamente ao encontro (corrobora) das diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), que, como normas gerais aplicáveis respectivamente à Administração direta e indireta, deixam evidente seu apego e sua aderência aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, conferindo, portanto, caráter constitucional à exigência.

Em suma, sob o aspecto formal, não há inconstitucionalidade alguma, pois as leis gerais que regem as contratações pretendidas ratificam os princípios da legalidade, da moralidade e da probidade administrativa, que balizam a referida exigência. É que, se a requisição está em estrita concordância às diretrizes da norma geral, ainda que esta não tenha disciplinado de modo expresso determinada obrigação – o que sequer é de sua natureza, já que as normas gerais disciplinam balizas, que serão mais bem delineadas pela legislação específica sobre o tema –, não há de se falar em inconstitucionalidade.

A questão polêmica sobre a inconstitucionalidade da exigência decorre da análise de seu fundamento material de constitucionalidade diante da exigência de questionários de integridade como condição nos processos de contratação pública.

E neste tema, me parece evidente que, ao tratar-se da inconstitucionalidade material, haveria restrição à competitividade do certame pela violação direta do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, que assegura a igualdade de concorrência entre

todos os participantes.² É aqui que a questão ganha relevância, ou seja, na análise das fases em que a exigência é executada (ou executável).

Obviamente que, para fins de participação na licitação – quando a exigência é solicitada como condição excludente de participação no processo competitivo –, há direta e evidente violação do caráter material previsto na Constituição. Não se pode permitir, por lei ou ato normativo posterior, de caráter não geral, a previsão de condições restritivas de competição. Isso viola a própria lógica do processo concorrencial e de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Portanto, não se pode, por um indicador de risco da futura contratação, impedir que um licitante/interessado participe livremente do processo competitivo, sob pena de inconstitucionalidade material da exigência.³

E que não se diga que o art. 32 da Lei das Estatais (Lei 13.303/16) autoriza interpretação contrária ao texto constitucional, pois ao mencionar que “nas licitações e contratos de que trata esta Lei” será observada a “política de integridade nas transações com partes interessadas”, a referida Lei nunca esteve a autorizar: a) o estabelecimento de caráter restritivo que derroga a previsão constitucional de não restrição de competitividade e; b) que a política de integridade como ato normativo seja utilizado como veículo de impedimento do direito de contratar pelo particular, com caráter sancionador, sem o devido processo legal (ampla defesa) e contrário à regra expressa do art. 37, XXI da CF.

Referida inconstitucionalidade, em minha análise, ganha contornos mais evidentes com a objetivação de alguns conceitos, que ainda não foram colocados à

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

3 E que não se diga que o art. 58, inc. I, da Lei nº 13.303/2016 autoriza expressamente tal exigência como condição excludente de habilitação, pois, da leitura do referido inciso, fica claro que o objetivo de sua redação é pautar a razoabilidade da exigência de documentos relativos à habilitação jurídica do licitante e não dá “carta em branco” ao regulamento de licitações para criar condições excludentes distantes da norma constitucional, que preza pela isonomia concorrencial nos processos competitivos. O art. 37, inc. XXI, da CF é claro ao estabelecer que a lei deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, e não o contrário.

análise do Poder Judiciário e reforçam a inconstitucionalidade da medida para fins de exclusão do processo. Sob essa perspectiva é importante a análise: (a) Qual o conceito de risco?; (b) Os critérios da *due diligence* (DDI e GRI) são pautados pela Administração ou por critérios aferíveis em um contexto dialógico (de participação com o particular)?; (c) Os critérios da *due diligence* (DDI e GRI) são fixados previamente e abertos ao contraditório em sua formação, ou exigidos do particular e, eventualmente, conferido contraditório posterior?

Essas são questões fundamentais à confirmação da inconstitucionalidade da exigência para fins de exclusão de participação do certame competitivo. Vejamos objetivamente:

- a)** O conceito de risco “envolve a quantificação e qualificação da incerteza, tanto no que diz respeito às ‘perdas’ como aos ‘ganhos’, com relação ao rumo dos acontecimentos planejados, seja por indivíduos, seja por organizações” (IBGC, 2007, p. 11, grifamos). O próprio Tribunal de Contas da União define risco como a “possibilidade de ocorrência de um evento que afete adversamente a realização de objetivos” (TCU, 2018a, grifamos) e ratifica tal conceito quando assevera que os riscos são “o efeito da incerteza sobre objetivos estabelecidos. É a possibilidade de ocorrência de eventos que afetem a realização ou alcance dos objetivos, combinada com o impacto dessa ocorrência sobre os resultados pretendidos” (TCU, 2018b, grifamos). Não há dúvida, portanto, que, ao balizar a exigência em indicadores de risco às contratações públicas, os questionários de integridade não podem ser utilizados como excludentes de participação do processo competitivo. Ora, seria não apenas ilegal, mas também ilógico pautar a exclusão de um pretense licitante, que pode, inclusive, determinar a proposta mais vantajosa à Administração, por critérios futuros e incertos, que não são passíveis de materialização naquele contrato. É impedir a reabilitação da empresa, condicioná-la a uma penalização vinculada à lógica de “verdade-sabida” e com caráter atemporal. É dizer, a condição excludente não se sustenta pela natureza jurídica da própria exigência, pautada em uma incerteza que, não necessariamente, será materializada naquela contratação. Ora, se não há

sobre estas empresas a penalidade administrativa de suspensão do direito de contratar, não pode a administração inovar uma condição de participação no certame que, para além de inconstitucional, se converte em sanção, aplicada sem o devido processo legal e não prevista na norma.

- b)** A segunda questão proposta consolida, ainda mais fortemente, a impossibilidade dessa exigência como excludente de participação no processo competitivo. Ora, se a incerteza por si só já impediria a exclusão, o que dizer, então, dos critérios para definição de *due diligence* para possível materialização da incerteza? Veja que a definição de “apetite de risco” traz a noção de “quantidade de risco em nível amplo que uma organização está disposta a aceitar na busca de seus objetivos” (TCU, 2018b), ou seja, o critério para definir o apetite de risco é discricionário e pode variar de uma organização para outra. É dizer, compelir o particular (licitante/interessado), como condição de participação nos processos competitivos da Administração, a estar aderente ao apetite discricionário de todos os entes/entidades em que tenha interesse em se apresentar como concorrente é algo que, além de não parecer razoável, traria inúmeras distorções à isonomia. Exemplifico: imaginemos que, em uma estatal, um dos critérios para aferição do nível de integridade seja a existência de “política de consequência ao código de conduta” e, em outra, isso não integre o questionário de integridade como condição de aferição do nível de risco e da aderência empresarial. Nesses casos, vislumbra-se claramente que as exigências seriam tão díspares e inerentes ao apetite de risco de cada uma das estatais que, sob o aspecto de competição isonômica, ficaria quase impossível a um particular estar plenamente aderente a todas as exigências estipuladas nos diversos “apetites de riscos” das estatais nas quais participa de processos competitivos e essa quebra de isonomia concorrencial é outro fator determinante para a ilegalidade da exigência para fins de exclusão do processo concorrencial.⁴

4 Deixo de considerar ainda – pois tratamos, aqui, de uma situação objetiva e com a premissa da exigência para fins de probidade e ética relacional – a utilização de critérios distintivos (vinculados ao apetite de risco) pelas estatais para excluir “legalmente” determinadas empresas do processo competitivo, sem que isso fosse revisitado pelo Judiciário, em razão de albergar o mérito da análise administrativa.

- c) Por fim, como os critérios da exigência são definidos com base no apetite de risco da Administração, sequer é dado ao particular a possibilidade de participar da formação da “vontade estatal” em excluí-lo do processo concorrencial, pois os critérios de *due diligence* não são passíveis de impugnação por sua própria natureza jurídica. É dizer, além de todos os aspectos que justificam a análise de inconstitucionalidade da exigência, ainda este último complementa a assertiva, pois justifica condição restritiva e excludente de participação, sem que os critérios que fundamentam tal exclusão sejam passíveis de insurgência pelo particular. Mesmo que fosse dada, portanto, possibilidade de impugnação ou de recurso posterior à exclusão, isso poderia conferir um simulacro de legalidade, que, após já definida a exclusão por critérios de não atenção a requisitos discricionários de risco, submeteria o particular a um *double-check* de conformidade, sem a mínima chance de revisitação dos fatos que ensejaram sua classificação, que sob o aspecto reputacional – inclusive – lhe agrega um “carimbo” negativo, que sequer as eventuais sanções em processos anteriores lhe outorgaram.

Importante: Em uma leitura apressada deste texto, pode-se imaginar que a opinião aqui externada seria que a exigência é – em todos os casos – inconstitucional. Ora, isso não corresponde à realidade. Fica claro, de tudo o que foi aqui exposto, que a exigência de questionários de integridade (ou de programas de integridade) apenas como condição de participação no processo competitivo é inconstitucional, porém, não há nada de inconstitucional nessa mesma exigência para fins de contratação, é dizer, quando já houve a seleção da proposta mais vantajosa adjudicada a um dos licitantes do processo. Aqui, o preenchimento de questionários de integridade é exigida como obrigação contratual, e não como condição de habilitação ou participação. Em outras palavras, não se trata de uma condição à participação no certame, mas de uma obrigação que deverá ser concretizada após a assinatura do contrato. Assim, qualquer empresa poderá participar da licitação, e os critérios de risco avaliados no preenchimento do documento servirão para reforço de gestão contratual ou, ainda, como exigências de algumas condições mitigadoras do risco avaliado, a exemplo da obrigatoriedade de implementação de programa de *compliance*, do reforço aos controles internos ou de outras atividades de submissão a maior rigor na fiscalização contratual.

Dessa forma, é possível concluir que a exigência do preenchimento de questionários de integridade e a avaliação de grau de risco de integridade é possível, porém não pode restringir a possibilidade de participação dessas empresas no processo competitivo (licitação) em razão do grau de risco aferido pela análise do questionário aplicado pela Administração. Em contrapartida, é plenamente possível – não havendo inconstitucionalidade formal ou material – que tal exigência figure como condição de contratação, após a seleção da proposta mais vantajosa e no ato de assinatura do contrato, seja pelo estabelecimento de exigências posteriores e com prazo ao particular, a exemplo do estabelecimento de um programa de integridade com requisitos objetivos em um prazo de X dias para implementação (como é o caso de algumas legislações estaduais que inovaram o tema – Lei Estadual RJ nº 7.753/2017 e Lei Distrital DF nº 6.112/), seja pela submissão do particular e do contrato a condições mais rigorosas de fiscalização e controle.

O combate à corrupção é fundamental e o grau de risco de integridade um importante instrumento para sua efetivação, contudo, sem os devidos cuidados, o remédio – hoje heróico – pode, em um futuro próximo, ser prejudicial ao próprio interesse que hoje o legitima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

IBGC – INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Guia de orientação para gerenciamento de riscos corporativos**. São Paulo: IBGC, 2007.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Gestão de riscos: avaliação da maturidade**. Brasília: SEGECEX, ADEGECEX, SEMEC, 2018a.

_____. **Referencial básico de gestão de riscos**. Brasília: SEGECEX, ADEGECEX, SEMEC, 2018b.

A DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA NO BRASIL POR ATOS ADMINISTRATIVOS DO PODER EXECUTIVO: ARTE, CORAGEM E LOUCURA

TARSO CABRAL VIOLIN

Advogado, Mestre em Direito do Estado e Doutor em Estado, Economia e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná, Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito do Terceiro Setor e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade Curitibana da Universidade Paulista (FAC-UNIP).



“A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.”¹

Celso Antônio Bandeira de Mello

1. INTRODUÇÃO

Foi uma honra ter participado de mesa sobre Direito do Terceiro Setor do XX Congresso Paranaense de Direito Administrativo, realizado em Curitiba/PR em 2019, cuja temática foi “passando a limpo a gestão pública: arte, coragem e loucura”, assim como é honroso participar do presente livro que é resultado desse evento realizado pelo nosso querido Instituto Paranaense de Direito Administrativo, o qual tenho a satisfação de ser membro e de participar dos seus congressos paranaenses desde a época da Faculdade.

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Social* nº 7, p. 137. In: <<https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/05/05/eficacia-das-normas-constitucionais-sobre-justica-social-celso-antonio-bandeira-de-mello-2/>>. Acesso em 10.11.2017.

A Democratização dos Meios de Comunicação é algo primordial no Brasil, conforme já analisado em outras obras e estudos.² Para que a gestão pública seja realizada com arte e coragem pelos agentes públicos, para atendimento do interesse público e garantia dos direitos fundamentais, e com pitadas de loucura, no sentido bom da palavra, à la Raul Seixas, o maluco beleza,³ é urgente que a radiodifusão (TVs e rádios), que são serviços públicos, e os demais meios de comunicação sejam explorados de forma democrática e plural, e não com monopólios e oligopólios.

2. A APLICABILIDADE E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, ARTE E LOUCURA

Uma das justificativas de governantes para que no Brasil não ocorra a democratização dos meios de comunicação é o imobilismo por parte dos Parlamentos na regulamentação, por meio de lei, de dispositivos constitucionais que tratam do tema.⁴ Entretanto, pelo menos parte das políticas públicas para fins de limitação dos monopólios e oligopólios e para implementação de uma maior pluralidade nas mídias são possíveis de serem implementadas por simples atos administrativos do Poder Executivo.

Sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais, o que necessita de muita arte e loucura, toda a norma da Constituição, seja uma regra ou um princípio, sempre tem alguma eficácia, podendo, conforme doutrina variada, ser autoaplicáveis/eficácia plena/direta (aplicabilidade imediata, direta e integral), de eficácia

2 VIOLIN, Tarso Cabral. **Democratização dos meios de comunicação**: Estado, Direito e Políticas Públicas. Porto Alegre: Fi, 2020. VIOLIN, Tarso Cabral. Democratização dos Meios de Comunicação no Brasil nos 30 anos da Constituição de 1988. In: MANSUR, André Luiz Ache; DUTRA, Yuri Frederico; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; DUFOUR, Flávia Pitaki; CARVALHO, Marcella Souza (Org.). **Atualidades Jurídicas** – um olhar após 30 anos da Constituição. Curitiba: JM, 2019, p. 207-222.

3 SEIXAS, Raul; ROBERTO, Cláudio. Maluco Beleza. Álbum O Dia que a Terra Parou. 1977. In: Apple Music. Acesso em 04.05.2020.

4 Fábio Konder Comparato entrou com duas ações no Supremo Tribunal Federal para responsabilizar o Congresso pela omissão de não regulamentar os artigos da Constituição que tratam da comunicação, o que seria apenas uma sanção moral/política, a Procuradoria-Geral da República deu parecer favorável, mas continua “na gaveta” da Ministra Rosa Weber, segundo Paulo Henrique Amorim. AMORIM, Paulo Henrique. **O quarto poder**: uma outra história. São Paulo: Hedra, 2015, p. 530. O outro advogado na ação foi Georghio Alessandro Tomelin.

contida (aplicabilidade imediata e direta, mas podem ser restringidas pelo legislador, portanto, possivelmente não integrais) ou dependentes de complementação/eficácia limitada/indireta (dependem de regulamentação), sendo essas de legislação/diferida, programáticas ou de princípios.⁵

José Afonso da Silva, que divide em normas de eficácia plena, contida e limitada, entende que são de eficácia plena as normas constitucionais que contenham vedações/proibições, confirmem isenções/imunidades/prerrogativas, não designem órgãos/autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução, não indiquem processos especiais de sua execução, não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes complementem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.⁶ Portanto, de forma exemplificativa, como a Constituição veda a celebração de acordos de vontade entre Poder Público e parlamentares, essa norma é de eficácia plena, por conter uma proibição, sendo que esses parlamentares não poderão ser concessionários de serviços públicos de radiodifusão, sendo uma prática que ocorre no Brasil e poderia ser resolvida no âmbito do próprio Poder Executivo.⁷

5 Sobre o tema ver SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84-90.

6 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 86 e 101.

7 O art. 54 da Constituição dispõe o seguinte: “Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; (...) II - desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, “a”,”. São 40 deputados federais e senadores que são donos de concessões de TVs e rádios, mas o Ministério das Comunicações entende que a legislação proíbe o controle e a gestão dos canais, mas não a propriedade, por mais que haja voto da Ministra Rosa Weber em sentido contrário na Ação penal 530 no Supremo tribunal Federal. Sobre o tema ver BARBOSA, Bia. Novo alvo do MPF: os políticos donos da mídia. In: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/novo-alvo-do-mpf-os-politicos-donos-da-midia-3650.html>>. Acesso em 17.11.2017. Sobre o tema ver, ainda, PELLEGRINI, Marcelo. Rádio e TV no Brasil, uma terra sem lei. In: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/radio-e-tv-no-brasil-uma-terra-sem-lei-8055.html>>. Acesso em 17.11.2017. O governo Michel Temer, por meio da Advocacia-Geral da União, pediu no STF que o Supremo considere legal esse tipo de concessão para deputados e senadores. In: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/temer-stf-favor-concessao-radio-tv-politicos>>. Acesso em 17.11.2017.

Sobre as normas programáticas, José Afonso da Silva diz que elas buscam atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico, e tendem a instaurar uma democracia substancial, mas sem considerar fácil realizar a justiça social num sistema que predomina a concentração de riqueza, e que possibilitam uma humanização do capitalismo, “se é que isso seja possível, com valor jurídico e eficácia”. Para ele a determinação constitucional segundo a qual as ordens econômica e social têm por fim realizar a justiça social, por exemplo, constitui uma norma-fim, plenamente eficaz e diretamente aplicável. Entende que as normas programáticas que não mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, não ficam dependentes da atividade do legislador e de sua discricionariedade, pois vinculam todo o Poder Público e abrem campo à discricionariedade da legislação, da Administração Pública e da jurisdição, até onde possam, nem sempre carecendo de lei para seu cumprimento. Para o autor há normas programáticas dirigidas à ordem econômica e social em geral, como por exemplo o direito à saúde, que se não for satisfeito pelo Estado, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito. São, para ele, regras jurídicas diretamente aplicáveis, vinculativas de todos os órgãos do Estado, e por mais que dependam de providências institucionais, são imposições constitucionais aos órgãos públicos. Portanto, para o constitucionalista, muitas normas programáticas podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como por exemplo a que visa o amparo da cultura pelo Estado. Com relação aos artigos constitucionais que tratam da comunicação social, José Afonso da Silva entende que são normas socioideológicas de eficácia plena o art. 220 (menos os §§ 3º e 4º, que são de natureza intuitiva), 222 e 223.⁸

Assim, é de eficácia plena a exigência de que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição; a proibição de que lei contenha dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social; a vedação de toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística; a vedação de que os meios de comunicação social, direta ou indiretamente, sejam objeto de monopólio ou oligopólio; e a desnecessidade

8 SILVA, 2009, p. 141, 142, 144, 147, 150, 152, 154, 155, 163, 164 e 193.

de exigência de licença de autoridade para qualquer publicação de veículo impresso de comunicação (art. 220). Depende de lei apenas a regulação das diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; e o estabelecimento dos meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem a Constituição, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Também são de eficácia plena a fixação de que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País; assim como a fixação de competência ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão), observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. O Congresso Nacional apenas apreciará esse ato, e a não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal, sendo que o ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, e o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

Celso Antônio Bandeira de Mello cria outro critério, que é o da investidura, em prol dos administrados, de direitos mais ou menos amplos descendentes direta e imediatamente da Constituição, sendo três as categorias: normas que outorgam poderes jurídicos (prescindem de regramento subsequente); normas que outorgam direitos (norma desenha a conduta, sem necessidade de regra subsequente); e normas que expressam uma finalidade a ser cumprida (não apontam os meios a serem adotados para a satisfação do bem jurídico, com a posição dos administrados menos consistente). Para as normas que expressam uma finalidade a ser cumprida o autor entende que conferem, ao administrado, direito de opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido

do preceito constitucional; ou obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras.⁹

Entretanto, defende-se que, com relação às normas que expressam uma finalidade a ser cumprida, não cabe apenas ao cidadão opor-se, mas também a possibilidade do Poder Executivo atuar por meio de atos administrativos para o atendimento das normas constitucionais, ainda mais quando não existir lei regulamentadora. Seriam atos administrativos infraconstitucionais, respeitadores de obrigações constitucionais, permitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Celso Antônio Bandeira de Mello alerta “que pode haver alguma hipótese excepcional na qual a Constituição regule de maneira inteiramente vinculada um dado comportamento administrativo obrigatório”, seria um “ato administrativo imediatamente infraconstitucional”, mesmo com a falta de uma lei.¹⁰

Bandeira de Mello ainda entende que entre as normas que outorgam direitos imediatamente fruíveis e exigíveis há normas que delimitam aproximativamente o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional vale-se de expressões elásticas, isto é, de significado algo fluído e impreciso. Para ele, a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo invidioso de sua significação; e supor a necessidade de lei para delimitar este campo implicaria outorgar à lei mais força que a Constituição, pois deixaria sem resposta a seguinte pergunta: “de onde a lei sacou a base significativa para dispor do modo em que o fez, ao regular o alcance do preceito constitucional?”.¹¹

Portando, mesmo existindo termos indeterminados na Constituição, é possível que mesmo não existindo lei os explicitando, que o Poder Executivo aplique o dispositivo constitucional, por meio de atos administrativos.

9 BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 137.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 369.

11 BANDEIRA DE MELLO, 2013, loc. cit.

André Ramos Tavares entende que não se pode tolerar o abuso de direito que se tem instalado na atividade desempenhada pelos responsáveis por implementar as chamadas normas programáticas e, após diversos anos de vigência da Constituição, com o desprezo a determinados comandos constitucionais.¹²

Sobre a Ordem Social da Constituição, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que são normas prescritivas, expressam um comando, um ‘dever ser’. Por exemplo, quando a Constituição trata da “valorização do trabalho” e dignidade humana, o autor entende que essa regra não é apenas um comando para o legislador e uma diretriz inafastável quer para o Executivo, na produção de sua política econômica e social, quer para os empregadores, mas também uma fonte de direito subjetivo para o trabalhador. O autor ensina que a Constituição, como um corpo de normas jurídicas, é a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas, em comandos, em preceitos obrigatórios para todos, seja para os órgãos do Poder ou para os cidadãos; não são conselhos, são determinações; a Constituição é um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Para o autor, mesmo quando dispõe sobre a realização da Justiça Social, com as chamadas normas programáticas, está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la. Conclui que a Constituição, como norma jurídica, é desobedecida quer quando se faz o que ela proíbe, quer quando não se faz o que ela determina, há violação a ela tanto quando se faz o que ela inadmitte como quando se omite fazer o que ela impõe, e se omissão houver ficará configurada uma inconstitucionalidade.¹³

J. J. Gomes Canotinho alerta que às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico aos dos demais preceitos constitucionais, e eventual mediação legisferante não significa que esse tipo de norma careça de positividade jurídica, isto é, que sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador. Para o autor, há uma vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, seja na legislação, execução ou jurisdição. Segundo Canotinho há uma aplicabilidade direta de direitos, liberdades, garantias e de normas organizatórias, mas

12 TAVARES, 2003, p. 84-90.

13 BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 137.

também das normas programáticas (normas-fim e normas-tarefa), pois constituem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislativo e para a Administração Pública e vinculam também os tribunais.¹⁴

3. A DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA NO BRASIL POR ATOS ADMINISTRATIVOS DO PODER EXECUTIVO, CORAGEM E LOUCURA

A função administrativa, segundo a clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, 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. Para o autor, a função legislativa é a que exerce, por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica. Para ele, o princípio da legalidade prevê a subordinação da Administração Pública à lei, do Poder Legislativo, e surge como decorrência natural do princípio da indisponibilidade do interesse público, é o que qualifica e que dá identidade própria ao Estado de Direito, é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo. Bandeira de Mello alerta que esse princípio se contrapõe ao personalismo de governantes, sejam os autoritários, absolutistas ou os caudilhos e messiânicos de países subdesenvolvidos, é um antídoto natural do poder monocrático/oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania, contra a relação de submissão de soberano-súdito. De forma acertada, o autor ainda deixa claro que não existe regulamento ou decreto autônomo no Direito brasileiro, sendo que apenas em situações excepcionais haverá a possibilidade da utilização de medias provisórias ou decretação de estado de defesa ou de sítio.¹⁵

Romeu Felipe Bacellar Filho alerta que o princípio da legalidade tem sido entendido em duas acepções absolutamente distintas, em sentido estrito (conformidade da Administração com a lei) e em sentido amplo (ou juridicidade, a conformidade não

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1176-1180.

15 BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 35, 36, 72, 73, 96-103.

só com a lei, mas com o direito como um todo, abarcando princípios como finalidade pública, moralidade, boa-fé, confiança, ética etc.)¹⁶

O princípio da legalidade é previsto no art. 5º, inc. II, da Constituição, no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, a não ser em virtude de lei, mas a Administração Pública tem uma vinculação positiva a esse princípio, no sentido de só poder fazer o que está previsto no ordenamento jurídico. O Poder Executivo não pode inovar na ordem jurídica, devendo atuar conforme as normas constitucionais e legais, mas, é claro, há postulados nos quais há reserva legal, com matéria prevista na Constituição, que só podem ser disciplinados por lei estrita do poder Legislativo.¹⁷ Hely Lopes Meirelles é claro quando diz que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.¹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que em decorrência do princípio da legalidade “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”.¹⁹

Contrário ao que chama de princípio da constitucionalidade, que seria “ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da Constituição”, o que seria uma tese fundada “na supremacia da Constituição na ordem jurídica”, Marçal Justen Filho diz que essa proposta deve ser examinada com cautela, pois ele entende que o princípio da constitucionalidade não substitui o princípio da legalidade, pois o termo “lei” do art. 5º, inc. II, seria um ato normativo infraconstitucional de órgão que represente a soberania popular, e “a atividade administrativa depende, como regra, da existência de uma lei propriamente dita”, e o princípio da legalidade significa “em grande parte dos casos, a insuficiência da previsão constitucional para a validade de uma atividade administrativa”, sendo a Constituição “insuficiente para disciplinar

16 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

17 Sobre o tema ver NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65-70.

18 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

a atividade administrativa” e as leis infraconstitucionais como “garantia específica e precisa da existência de normas mais concretas e determinadas”, e por mais que a atividade administrativa seja determinada pela própria Constituição e as leis devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, “isso não significa a desnecessidade da existência de leis infraconstitucionais disciplinadoras da atividade administrativa”. Mas ele mesmo cita Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que amplia o princípio da legalidade, no sentido de que a Constituição de 1988 ampliou o conceito, no sentido de que a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais do direito e nos princípios constitucionais (RMS 16.536/PE, 2.2.2010).²⁰

Note-se que está a se analisar a possibilidade de atuação via atos administrativos quando existir previsão constitucional e sem previsão legal para fins da democratização dos meios de comunicação. Mas lembre-se que também é possível a democratização dos meios de comunicação por meio de legislação já existente. Por exemplo, o art. 26 da Lei 8.987/95 admite a subconcessão de serviços públicos apenas se essa possibilidade estiver prevista no contrato administrativo de concessão e expressamente autorizada pelo Poder concedente, desde que realizada por meio de licitação na modalidade concorrência. O próprio art. 175 da Constituição prevê, sem ressalvas, a necessidade de licitação para as concessões de serviços públicos exclusivos.²¹ Assim, o Poder Executivo já tem instrumentos para evitar o que ocorre na prática no Brasil, que é o repasse de uma concessão de serviços de radiodifusão de um particular para outro particular, sem licitação, o que desrespeita a Constituição e legislação já existente.

Mas para isso é necessária muita arte na política e no Direito, além de coragem e pitadas de loucura.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 192-193.

21 Nesse sentido ver GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagem – “Aluguel” de horários para televentas e programas religiosos. **A & C - Revista de Direito administrativo e Constitucional**, ano 14, nº 57, p. 85-103, jul/set. 2014. Em sentido contrário FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

4. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, entende-se que:

- a) Mesmo sem regulamentação por meio de lei exarada pelo Parlamento, no Brasil é possível a efetivação de políticas públicas para fins da democratização dos meios de comunicação por meio de atos administrativos infraconstitucionais expedidos pelo Poder Executivo, no exercício da função administrativa, para fins de limitação dos monopólios e oligopólios e pluralidade da mídia no país, nos termos do princípio da juridicidade ou constitucionalidade, atos esses que não seriam atos ou decretos autônomos, pois não estariam inovando na ordem jurídica. Mas para isso, é preciso de muita arte, coragem e loucura;
- b) A não ser normas constitucionais dependentes expressamente de regulamentação, as normas de eficácia plena com proibições e que confirmam prerrogativas são autoaplicáveis, mesmo com atos administrativos do Poder Executivo, assim como as chamadas “normas programáticas” na parte da Ordem Social, da qual a radiodifusão faz parte, com o intuito da instauração da democracia substancial;
- c) Assim, pode, ou melhor, deve o Poder Executivo Federal, desde que tenha coragem, seja por meio da Presidência da República ou o Ministério das Comunicações,²² por meio de atos administrativos, proibir a existência de monopólios e oligopólios incontroversos de TVs, rádios, jornais, revistas e sites de notícias; proibir que parlamentares sejam “donos” de concessões de rádio e televisão; outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens,²³ observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal;

22 Note-se que o governo federal liderado pelo presidente Michel Temer (PMDB) extinguiu o Ministério das Comunicações e transformou o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação em Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Lei 13.341/2016), o que foi mantido pelo Presidente Jair Bolsonaro.

23 Com apreciação do Congresso Nacional, sendo que o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

d) Mesmo existindo autorização constitucional para a atuação via atos administrativos do Poder Executivo para a democratização da mídia, seria ainda mais legítimo que o governo implementasse as políticas públicas por meio de amplo debate com o povo, com muita arte na política, com a sociedade civil organizada, movimentos sociais e demais interessados diretos e indiretos no tema da comunicação, com muita coragem, adotando instrumentos de Democracia direta, participativa e deliberativa, para o melhor atendimento da Constituição Social, Republicana, Desenvolvimentista e Democrática de Direito de 1988.

É o que todos nós, loucos ou não, malucos ou não, desejamos! Enquanto isso não ocorre, vamos um pouco de Raul Seixas, o Maluco Beleza:²⁴

Enquanto você
Se esforça pra ser
Um sujeito normal
E fazer tudo igual
Eu do meu lado
Aprendendo a ser louco
Um maluco total
Na loucura real
Controlando
A minha maluquez
Misturada
Com minha lucidez
Vou ficar
Ficar com certeza
Maluco beleza
Eu vou ficar
Ficar com certeza
Maluco beleza

24 SEIXAS, Raul; ROBERTO, Cláudio. Maluco Beleza. Álbum O Dia que a Terra Parou. 1977. In: Apple Music. Acesso em 04.05.2020.

E esse caminho
Que eu mesmo escolhi
É tão fácil seguir
Por não ter onde ir
Controlando
A minha maluquez
Misturada
Com minha lucidez
Eeeeeeeuu!
Controlando
A minha maluquez
Misturada
Com minha lucidez
Vou ficar
Ficar com certeza
Maluco beleza
Eu vou ficar
Ficar com certeza
Maluco beleza
Eu vou ficar
Ficar com toda certeza
Maluco, maluco beleza

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Paulo Henrique. **O quarto poder: uma outra história**. São Paulo: Hedra, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Social** nº 7, p. 137. In: <<https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/05/05/eficacia-das-normas-constitucionais-sobre-justica-social-celso-antonio-bandeira-de-mello-2/>>. Acesso em 10.11.2017.

BARBOSA, Bia. Novo alvo do MPF: os políticos donos da mídia. In: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/novo-alvo-do-mpf-os-politicos-donos-da-midia-3650.html>>. Acesso em 17.11.2017.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagem – “Aluguel” de horários para televidas e programas religiosos. **A & C - Revista de Direito administrativo e Constitucional**, ano 14, nº 57, p. 85-103, jul/set. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Michel Temer vai ao Supremo a favor da concessão de rádio e TV a parlamentares. In: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/temer-stf-favor-concessao-radio-tv-politicos>>. Acesso em 17.11.2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PELLEGRINI, Marcelo. Rádio e TV no Brasil, uma terra sem lei. In: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/radio-e-tv-no-brasil-uma-terra-sem-lei-8055.html>>. Acesso em 17.11.2017.

SEIXAS, Raul; ROBERTO, Cláudio. Maluco Beleza. Álbum O Dia que a Terra Parou. 1977. In: Apple Music. Acesso em 04.05.2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIOLIN, Tarso Cabral. Democratização dos Meios de Comunicação no Brasil nos 30 anos da Constituição de 1988. In: MANSUR, André Luiz Ache; DUTRA, Yuri Frederico; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; DUFOUR, Flávia Pitaki; CARVALHO, Marcella Souza (Org.). **Atualidades Jurídicas** – um olhar após 30 anos da Constituição. Curitiba: JM, 2019, p. 207-222.

_____. **Democratização dos meios de comunicação**: Estado, Direito e Políticas Públicas. Porto Alegre: Fi, 2020.

COMPLIANCE NA GESTÃO PÚBLICA: O GERENCIAMENTO DE RISCOS NA ARTE DE BEM ADMINISTRAR

UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Presidente da Comissão de Estudos sobre *Compliance e Anticorrupção Empresarial* da OAB/PR.



A Administração Pública, assim como qualquer organização, está sujeita a riscos de corrupção, quebra de integridade e atos de improbidade de seus agentes.

Daí a fundamental importância de se fortalecer no âmbito interno da Administração Pública a “Gestão de Riscos”, aqui considerada como processo de natureza permanente, estabelecido, executado e monitorado pela alta administração de cada um dos Poderes, voltado a identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam atingir a integridade da organização.

Implantar um programa de integridade na Administração Pública representa uma evolução na gestão da coisa pública e reforça a concretização dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, em especial no tocante à gestão de riscos.

“Proatividade” é a palavra de ordem nesse novo momento de combate da corrupção praticada contra a Administração Pública, pois neste campo “cai como uma luva” o velho ditado popular segundo o qual “é melhor prevenir do que remediar”.

“Gestão de riscos”, “programas de integridade”, “proatividade”, em suma, são termos e expressões que precisam ocupar relevante espaço no dicionário da Administração Pública contemporânea, uma vez que são manifestações concretas dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, como se pretende demonstrar neste artigo.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Os programas de *compliance*¹ ganharam inédita e ampla repercussão no direito brasileiro com o advento da Lei 12.846/2013, na medida em que o seu art. 7.º incluiu no respectivo inciso VIII, entre as circunstâncias atenuantes, para fins de dosimetria das sanções, “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”.

A regulamentação desse dispositivo legal deu-se por meio do Decreto nº 8.420, de 18/03/2015, especialmente nos arts. 41 e 42, valendo aqui transcrever a definição dada à expressão “programa de integridade”:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

1.2 No final do ano de 2015, o Governo Federal passou a estimular a implantação de programas de integridade no interior da própria Administração Pública, mediante a divulgação do “Guia de Integridade Pública” (Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional) e do “Guia de Implantação de Programa de Integridade em Empresas Estatais” (sociedades de economia mistas, empresas públicas e

1 Neste artigo, utilizar-se-á a expressão “programa de *compliance*” no sentido restrito de “programa de integridade”, embora o autor tenha ciência de que o campo de aplicação do *compliance* seja mais amplo, podendo alcançar áreas como meio ambiente, antitruste, lavagem de dinheiro etc.

respectivas subsidiárias).²

Em 10/05/2016, a CGPAR – Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – aprovou a Resolução nº 10/2016, dispondo sobre a aplicação das regras de programa de integridade do Decreto 8.420/2015 às empresas estatais federais.³

Por fim, em 2016, dois atos normativos merecem referência.

Primeiro, o Governo Federal instituiu o PROFIP – Programa de Fomento da Integridade Pública da Controladoria-Geral da União, por meio da Portaria CGU nº 784, de 28/04/2016, “com o objetivo de orientar e capacitar os órgãos, autarquias e fundações do Poder Executivo Federal a implementar Programas de Integridade”.

Segundo, deu-se a promulgação da Lei 13.303/2016 (estatuto jurídico das estatais), dispondo sobre medidas de *compliance* e integridade corporativa nas empresas estatais em seu art. 9.º.

1.3 Toda essa normatização federal destinada à Administração Pública é sem dúvida fundamental nesse fortalecimento de mecanismos legais de combate

2 Disponívels no site <www.cgu.gov.br>.

3 A **CGPAR** é órgão do Governo Federal criado por meio do Decreto nº 6.021/2007, assim dispondo seu art. 1.º: “**Art. 1º** Fica criada a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União - CGPAR, com a finalidade de tratar de matérias relacionadas com a governança corporativa nas empresas estatais federais e da administração de participações societárias da União.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, consideram-se:

I - empresas estatais federais: as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais sociedades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

II - participações: os direitos da União decorrentes da propriedade, direta ou indireta, do total ou de parcela do capital de sociedades;

III - administração de participações: todas as atividades administrativas relacionadas ao exercício das funções de acionista, quotista ou proprietário do capital de empresas; e

IV - governança corporativa: conjunto de práticas de gestão, envolvendo, entre outros, os relacionamentos entre acionistas ou quotistas, conselhos de administração e fiscal, ou órgãos com funções equivalentes, diretoria e auditoria independente, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa e proteger os direitos de todas as partes interessadas, com transparência e equidade, com vistas a maximizar os resultados econômico-sociais da atuação das empresas estatais federais.”

à corrupção, pois pouco adianta melhorar os controles internos do usual agente corruptor (a empresa privada) se não houver igual melhora nos controles internos no polo passivo da corrupção (a Administração Pública).⁴

Por tudo isso, parece que os programas de integridade anticorrupção “vieram para ficar”, como se diz popularmente, justificando-se, portanto, sua maior atenção por parte da doutrina.

Implantar um programa de integridade na Administração Pública representa uma evolução na gestão da coisa pública e reforça a concretização dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, como se pretende demonstrar neste artigo.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GESTÃO DE RISCOS

2.1 É inconteste que a Administração Pública, assim como qualquer organização, está sujeita a riscos de corrupção, quebra de integridade e atos de improbidade.

Daí a fundamental importância de se fortalecer no âmbito interno da Administração Pública,⁵ a “Gestão de Riscos”, aqui considerada como processo de natureza

4 Essa iniciativa do Governo Federal começa a inspirar outros entes federados, sendo digno de nota o pioneirismo, em âmbito estadual, do Estado do Paraná, que aprovou a Lei Estadual nº 19.857, de 29/05/2019, instituindo o programa de integridade e *compliance* da Administração Pública Estadual.

5 Vale lembrar que a noção de Administração Pública não coincide com a de Poder Executivo, ao contrário do que pode supor o leigo. Levando-se em conta a clássica visão tripartite dos Poderes do Estado, releva sublinhar que a Administração Pública está espalhada entre eles, todos os quais desempenham atividades/funções administrativas, em certa medida. Nesse sentido, o magistério de Lucas Rocha Furtado: “A expressão Administração Pública pode ser entendida em sentido orgânico ou em sentido funcional. Do ponto de vista orgânico, a Administração Pública compreende as diversas unidades administrativas (órgãos e entidades) incumbidas de cumprir os fins do Estado, incluídos aqueles afetos às funções legislativas ou judiciais. Os órgãos incumbidos de exercer essas atividades – legislativas e judiciais -, no exercício de suas atividades fins, não se sujeitam ao Direito Administrativo. Eles integram, todavia, a Administração Pública e submetem-se ao Direito Administrativo em todos os demais aspectos de sua atuação. Desse modo, as Casas Legislativas – Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores – e os tribunais judiciários – Supremo Tribunal Federal, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça etc. – integram as administrações diretas em suas respectivas esferas de governo e, nesta condição, submetem-se a regras do Direito Administrativo”. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 150.

permanente, estabelecido, executado e monitorado pela alta administração de cada um dos Poderes, voltado a identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam atingir a integridade da organização.⁶

A preocupação com a gestão de riscos na Administração Pública ultrapassa as discussões meramente doutrinárias e se impõe, mandatória, por força de expressa previsão normativa, em certos setores da administração.⁷

2.2 No âmbito da administração direta, autárquica e fundacional federal, por exemplo, tal assunto está disciplinado pelo Decreto 9.203/2017, que trata da governança pública, definida em seu art. 2.º, I, como “o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

Segundo o art. 4.º, VI, do referido decreto, uma das diretrizes da governança pública é a de “implementar controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores”, indicando a necessidade de se utilizar a gestão de riscos para prevenir problemas, mais do que para repará-los depois que acontecem.

Tal decreto foi complementado pela Portaria da CGU 1.089/2018, alterada pela Portaria CGU 57/2019, da qual interessa aqui transcrever os seguintes dispositivos:

Art. 1.º - Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão instituir Programa de Integridade que demonstre o comprometimento da alta administração e que seja compatível com sua natureza, porte, complexidade, estrutura e área de atuação.

6 Conceito extraído do art. 2.º, IV, do Decreto 9.203/2017. Como o foco deste artigo é a defesa da integridade da Administração Pública, enfatizou-se a gestão de riscos nesta área, mas, na prática, a gestão de riscos vai além da integridade e deve compreender riscos de outras naturezas também.

7 Para um aprofundamento do assunto, sugere-se a leitura de “Referencial básico de gestão de risco”, publicação do Tribunal de Contas da União disponível em seu site na Internet <<https://portal.tcu.gov.br>>, consulta em 12/07/2020.

§1.º - O comprometimento da alta administração deverá estar refletido em elevados padrões de gestão, ética e conduta, bem como em estratégias e ações para disseminação da cultura de integridade no órgão ou entidade.

§2.º - A instituição do Programa de Integridade ocorrerá por fases e será formalizada por meio de Plano de Integridade.

Art. 2.º - Para os efeitos do disposto nesta Portaria, considera-se:

I - Programa de Integridade: conjunto estruturado de medidas institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e desvios éticos e de conduta;

II - Risco para a Integridade: vulnerabilidade que pode favorecer ou facilitar a ocorrência de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e/ou desvios éticos e de conduta, podendo comprometer os objetivos da instituição;

III - Plano de Integridade: documento, aprovado pela alta administração, que organiza as medidas de integridade a serem adotadas em determinado período de tempo, devendo ser revisado periodicamente.

2.3 Em relação a empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias, da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, também já se encontra normatizada a importância da gestão de riscos, desde que entrou em vigor a Lei 13.303/2016 (regulamentada pelo Decreto 8.945/2016),⁸ prevendo expressamente a necessidade de gestão de riscos nessas modalidades de empresas estatais.

8 Lei 13.303/2016: “**Art. 1º** Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.”

3 O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE INTERNO

ANTICORRUPÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA

3.1 A corrupção praticada contra a Administração Pública é tratada como conduta ilícita pela nossa legislação penal desde sempre. Para se ter uma ideia de seu histórico, o Código Criminal do Brasil Império (Lei de 16 de dezembro de 1830) já tipificava entre seus vários crimes os comportamentos envolvendo ações de corrupção, denominando-os “peita”, “suborno” e “concussão”, assim descritos:

SECÇÃO II

Peita

Art. 130. Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei.

Penas - de perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer; de multa igual ao tresdobro da peita; e de prisão por tres a nove mezes.

A pena de prisão não terá lugar, quando o acto, em vista do qual se recebeu, ou aceitou a peita, se não tiver effectuado.

Art.131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto, ou Arbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja.

Se a sentença fôr injusta, a prisão será de seis mezes a dous annos; e se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena, que tiver imposto, ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido; caso, em que se imporá ao réo a de prisão perpetua.

Em todos estes casos a sentença, dada por peita, será nulla.

Art.132. O que der, ou prometter peita, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado na conformidade dos artigos antecedentes, menos a de perda do emprego, quando o tiver; e todo o acto, em que intervir a peita, será nullo.

SECÇÃO III

Suborno

Art. 133. Deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguém,

para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever.

Decidir-se por dadia, ou promessa, a eleger, ou propôr alguém para algum emprego, ainda que para elle tenha as qualidades requeridas.

Penas - as mesmas estabelecidas para os casos da peita.

Art.134. Todas as disposições dos artigos cento e trinta, cento trinta e um, e cento trinta e dous, relativas aos peitados, e peitantes, se observarão a respeito dos subornados e subornadores.

SECÇÃO IV

Concussão

Art.135. Julgar-se-ha commettido este crime:

1º Pelo empregado publico, encarregado da arrecadação, cobrança, ou administração de quaesquer rendas, ou dinheiros publicos, ou da distribuição de algum imposto, que directa, ou indirectamente exigir, ou fizer pagar aos contribuintes, o que souber não deverem.

Penas - de suspensão do emprego por seis mezes a dous annos.

No caso, em que o empregado publico se aproprie o que assim tiver exigido, ou o exija para esse fim.

Penas - de perda do emprego; prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do que tiver exigido, ou feito pagar.

2º Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legitimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos, do que os prescriptos nas leis; ou lhes fizer soffrer injustas vexações.

Penas - de suspensão do emprego por seis a dezoito mezes; e as mais, em que incorrer pela vexação que tiver praticado.

O que para commetter algum destes delictos, usar de força armada, além das penas estabelecidas, soffrerá mais a de prisão por tres mezes a dous annos.

3º Pelo que, tendo de fazer algum pagamento em razão do seu officio, exigir por si, ou por outrem, ou consentir que outrem exija de quem o deve receber algum premio, gratificação, desconto, ou emolumento não determinado por lei.

Penas - de perda do emprego; prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor exigido, que restituirá se o tiver recebido.

4º Pelo que deixar de fazer pagamento, como, e quando dever por desempenho do seu officio, a não ser por motivo justo.

Penas - de suspensão do emprego por um a tres mezes, e de multa de cinco a vinte por cento do que individamente deixar de pagar.

5º Pelo que, para cumprir o seu dever, exigir directa, ou indirectamente gratificação, emolumento, ou premio não determinado por lei.

Penas - perda do emprego; prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor exigido, que restituirá, se o tiver recebido.

O que em qualquer dos casos mencionados nos numeros primeiro e segundo se figurar munido de ordem superior, que não tenha.

Penas - de prisão por seis mezes a um anno, além das mais estabelecidas, em que incorrer.⁹

3.2 Passados quase 200 anos, o combate à corrupção contra a Administração Pública persiste e se tornou preocupação mundial, por meio de inúmeras convenções internacionais, três das quais contam com a adesão do Brasil, quais sejam a “Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE,¹⁰ a “Convenção Interamericana contra a Corrupção”¹¹ da OEA – Organização dos Estados Americanos e a “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção”.¹²

Também merece lembrança a norma NBR ISO 37001, editada em 2017 pela *International Organization for Standardization*,¹³ que traz boas práticas internacionais

9 Manteve-se a redação na ortografia original.

10 Convenção concluída pela OCDE em Paris, em 17/12/1997, e promulgada no Brasil pelo Dec. 3.678/2000.

11 Convenção aprovada pela OEA em Caracas, em 29/03/1996, e promulgada no Brasil pelo Dec. 4.410/2002.

12 Convenção aprovada pela ONU em Mérida/México, em 31/10/2003, e promulgada no Brasil pelo Dec. 5.687/2006.

13 A ISO é uma organização internacional independente, não governamental, sediada em Genebra, na Suíça, que reúne especialistas para compartilhar conhecimento e desenvolver normas internacionais voluntárias, baseadas em consenso e relevantes para o mercado.

para a elaboração e implantação de um sistema de gestão antissuborno em organizações.

O objetivo dessa norma é ajudar a implementação de medidas razoáveis e proporcionais, concebidas para prevenir, detectar e responder ao suborno. Ela se aplica tanto a organizações que praticam o suborno, oferecendo vantagens indevidas, quanto a organizações que são alvos dessas práticas, como é o caso das organizações públicas

Além dessa crescente internacionalização do combate à corrupção, no direito brasileiro observou-se também nas últimas décadas a inclusão do assunto na seara do direito administrativo, surgindo leis de direito administrativo para reforçar a legislação penal de combate à corrupção contra a Administração Pública.

À diferença da legislação penal, todavia, a legislação administrativa não emprega o *nomen iuris* “corrupção”, embora descreva condutas iguais àquelas tipificadas como “corrupção” pela lei penal. Merecem menção, especialmente, a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei 8.666/93 (Lei geral de licitações públicas), os estatutos de servidores públicos em geral¹⁴ e a Lei 12.846/2013.

3.3 A adoção de programas de integridade pela Administração Pública, outrossim, guarda especial relação com a concretização dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, indicados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Com o princípio da moralidade é evidente a afinidade dos programas de integridade, pois a corrupção praticada no interior da Administração Pública é absolutamente incompatível com os valores da ética, da honestidade e da boa-fé, inerentes ao princípio da moralidade.

Com o princípio da eficiência também existe afinidade, na medida em que um programa de integridade efetivo pode contribuir para o fortalecimento dos mecanismos

14 A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis federais, por exemplo, inclui entre as proibições impostas aos servidores a conduta de “receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições” (art. 117, XII).

internos de combate à corrupção, tanto preventiva, quanto repressivamente, resultando num uso mais eficiente do dinheiro público, de modo a evitar desperdícios e desvios de recursos públicos para atender interesses meramente particulares (normalmente, do agente corruptor).

4. CONCLUSÃO: POR UMA POSTURA PROATIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

4.1 O Tribunal de Contas da União, em obra própria disponível no seu *site* na *Internet*, afirma:

Em geral, devido ao melhor custo-benefício, medidas preventivas devem ser adotadas para evitar o risco de fraude e corrupção, reduzindo as chances do seu acometimento. Uma vez que o recurso toma um destino fraudulento, tentar mitigar o dano provocado por um desvio é uma atividade pouco eficiente. O histórico de recuperação administrativa desses ativos é desfavorável para qualquer esfera de governo e de poder. Os meios de recuperação são lentos e custosos, obrigando a organização a alocar recursos humanos e, portanto, mais recursos financeiros, para recuperar o recurso desviado, sem garantia de êxito. Entretanto, a maior perda não está no recurso desviado nem no seu custo de recuperação, porque mesmo que ao fim de um procedimento administrativo ou judicial seja possível recuperar um recurso desviado, o dano provocado pela perda de oportunidades é irrecuperável. Na medida em que um recurso é alocado para atender a uma política pública, um serviço público, uma obra ou algum outro benefício à sociedade e por conta do desvio esse objetivo inicial deixa de ser atingido, a posterior recuperação desse recurso não vai restabelecer o benefício social que deixou de ser proporcionado, gerando uma perda de oportunidade. O risco de fraude e corrupção deve ser considerado já nas etapas iniciais de elaboração de políticas, programas, atividades ou processos públicos, para que medidas preventivas sejam concebidas desde a origem. Portanto, a prevenção não só é mais eficiente na preservação do recurso público, mas também confere efetividade ao benefício social que se pretenda alcançar com esses recursos.¹⁵

15 “Referencial de combate a fraude e corrupção”, disponível em <<https://portal.tcu.gov.br>>, p. 34-35, consulta em 12/07/2020. Grifamos.

4.2 Concorde-se inteiramente com essa posição.

O histórico do combate à corrupção pública no Brasil é repleto de exemplos de ineficiência do seu combate repressivo, isto é, aquele combate que se realiza após a Administração Pública receber denúncia de determinado caso concreto de ocorrência de fraude e corrupção, partindo dessa denúncia “para correr atrás do prejuízo”, valendo-se de várias leis sancionatórias para punir os responsáveis por ato lesivo aos cofres públicos.

O tempo a ser consumido com tal processo sancionatório e os recursos humanos que terão de ser nele investidos costumam sempre ser desvantajosos para a Administração Pública, em comparação com os resultados finais alcançados.

Ademais, quando as denúncias envolvem licitações de grandes obras pública, invariavelmente a apuração das denúncias acarreta a paralisação das obras e a suspensão dos pagamentos ao contratado, prejudicando diretamente a coletividade que precisava daquela obra (uma estrada, uma ponte, uma escola pública, um hospital público). Daí por que sobram no Brasil exemplos de obras inacabadas.

Pior do que isso, não raro a máquina sancionatória estatal deixa de punir por causa da prescrição, donde ser bastante difundida entre nós a ideia de que o crime compensa, porque o Estado sempre chega tarde.

4.3 Eduardo BUENO relata como a corrupção aqui remonta aos tempos coloniais:

Os abusos e desmandos perpetrados durante os dois primeiros governos-gerais (de Tomé de Sousa, de 1549 a 1553, e de D. Duarte da Costa, de 1553 a 1556) vão desde o adiantamento dos salários mais altos (pagos com um ano de antecedência aos funcionários mais graduados) até o cancelamento puro e simples do pagamento aos trabalhadores menos qualificados (que precisavam labutar o ano todo antes de receber – no caso, de não receber). Muitas das empreitadas contratadas pelo Estado durante a construção da cidade de Salvador foram feitas com preços superfaturados após licitações fraudadas, de acordo com as análises

do historiador Teodoro Sampaio. Deve-se ressaltar que o regime das capitânicas hereditárias não tinha sido mais eficiente ou impoluto: até 1549, a Terra de Santa Cruz vivera sob o signo do arbítrio. O abuso, a corrupção e a incompetência foram regra e não exceção durante os 15 anos do regime das capitânicas. (...)

Ao decretar a instauração do governo-geral, em dezembro de 1548, a Coroa pretendia não apenas garantir a defesa da terra e a cobrança de impostos: queria assegurar também a aplicação da justiça real no Brasil. O homem escolhido para a árdua tarefa foi o desembargador Pero Borges, ex-corregedor de Justiça no Algarve. (...)

Mas o homem que chegou à Colônia com a missão de distribuir justiça não tinha ficha limpa. Em 1543, enquanto exercia o cargo de Corregedor de Justiça em Elvas, no Alentejo, próximo à fronteira com a Espanha, Pero Borges foi encarregado pelo rei de supervisionar a construção de um aqueduto. Quando as verbas se esgotaram sem que o aqueduto estivesse pronto, “algum clamor de desconfiança se levantou no povo”, conforme registrado por Vitorino de Almada, em Elementos para um dicionário de geografia e história portuguesa, editado em Elvas, em 1888. Os vereadores da Câmara de Elvas escreveram ao rei solicitando uma investigação. Em 30 de abril de 1543, D. João III autorizou a abertura de um inquérito. Uma comissão averiguou detidamente as contas e apurou que Borges recebera indevidamente quantias de dinheiro que lhe eram levadas a casa, provenientes das obras ao aqueduto, sem que fossem presentes nem o depositário, nem o escrivão. O prosseguimento das investigações comprovou que Borges havia desviado 114.064 reais – cerca de 50% do total da verba e o equivalente a um ano de seu salário como corregedor. No dia 17.05.1547, depois do julgamento ser adiado por três anos, Pero Borges foi condenado a pagar à custa de sua fazenda o dinheiro extraviado. A mesma sentença suspendeu-o por três anos do exercício de cargos públicos. O corregedor retornou a Lisboa deixando atrás de si triste celebridade. A 17 de dezembro de 1548, um ano e sete meses após a sentença, o mesmo Pero Borges foi nomeado, pelo mesmo rei, ouvidor-geral do Brasil.¹⁶ (grifamos)

16 BUENO, Eduardo. “O mau ladrão: ficha suja”. In: FIGUEIREDO, Luciano. (org.). **História do Brasil para ocupados**: os mais importantes historiadores apresentam de um jeito original os episódios decisivos e os personagens fascinantes que fizeram o nosso país”. 1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013. p. 258-259.

4.4 Também entre nós, em meados do século passado, Nelson HUNGRIA, ao comentar o art. 317 do Código Penal, descreveu a extensão do problema:

A corrupção (sic) campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o “contínuo”, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio: mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à sua própria sorte. São raras as môscas que caem na tela de Aracne. O “estado-maior” da corrupção (sic) quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições. (...) Deve reconhecer-se, entretanto, que a corrupção (sic) não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea: ela é de todos os tempos.¹⁷

4.5 E, lembrando um passado mais recente da história brasileira, José Murilo de Carvalho aponta:

Uma sequência de episódios reforça a impressão de que a corrupção sempre esteve entre nós. No século XIX, os republicanos acusavam o sistema imperial de corrupto e despótico. Em 1930, a Primeira República e seus políticos foram chamados de carcomidos. Getúlio Vargas foi derrubado em 1954 sob acusação de ter criado um mar de lama no Catete. O golpe de 1964 foi dado em nome da luta contra a subversão e a corrupção. A ditadura militar chegou ao fim sob acusações de corrupção, despotismo, desrespeito pela coisa pública. Após a redemocratização, Fernando Collor foi eleito em 1989 com a promessa de combater a corrupção, e foi expulso de poder acusado de fazer o que condenou. Nos últimos anos, as denúncias proliferam, atingindo todos os poderes e instituições da República e a própria sociedade.¹⁸

17 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 9. p. 362-363.

18 CARVALHO, José Murilo de. “Basta de corrupção”. In: FIGUEIREDO, Luciano. (Org.). **História do Bra-**

4.6 Diante desse cenário, parece muito apropriada e recomendável a adoção de programas de *compliance* no âmbito interno da Administração Pública, tal qual nas organizações privadas, pois a soma de esforços para prevenir o ilícito pode trazer resultados positivos à sociedade brasileira.

Logicamente, não se pode ter a ingenuidade de supor que a simples adoção do *compliance* na Administração Pública e no setor privado acabarão com a corrupção, como num passe de mágica. O caminho é longo, pois exige a implantação de uma nova cultura nas relações público-privadas, o que, certamente, é tarefa para mais de uma geração.

4.7 O ponto a frisar é outro, porém: é preciso começar. E, quanto a isso, deve-se reconhecer que o arcabouço normativo vigente, citado anteriormente neste artigo, é suficiente para tal começo.

“Proatividade” e “gestão de riscos” são as palavras de ordem neste novo momento de combate à corrupção, no qual “cai como uma luva” o velho ditado popular segundo o qual “é melhor prevenir do que remediar”.

Os agentes públicos precisam ser treinados e estimulados a conhecer e gerenciar os riscos à integridade de sua organização, atuando proativamente para prevenir a fraude e a corrupção, sem esperar que tais ilícitos ocorram primeiro, para depois eles agirem.

Nesse contexto, os programas de integridade/*compliance* se mostram ferramentas adequadas e eficazes, quando bem usadas, para auxiliar o agente público no gerenciamento de riscos e na prevenção à corrupção, sendo certo que sua implementação na Administração Pública representará uma evolução na gestão da coisa pública e reforçará a concretização dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.

O desafio que se apresenta ao administrador público envolvido com a sua implantação é o de criar um programa de integridade de Estado, hábil a funcionar de modo perene e permanente, resistente às mudanças de governo e às ingerências e vontades pessoais do governante de plantão.

Oxalá a Administração Pública brasileira possa caminhar nessa direção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Eduardo. “O mau ladrão: ficha suja”. In: FIGUEIREDO, Luciano. (Org.). **História do Brasil para ocupados**: os mais importantes historiadores apresentam de um jeito original os episódios decisivos e os personagens fascinantes que fizeram o nosso país. 1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013, p. 258-259.

CARVALHO, José Murilo de. “Basta de corrupção”. In: FIGUEIREDO, Luciano. (Org.). **História do Brasil para ocupados**: os mais importantes historiadores apresentam de um jeito original os episódios decisivos e os personagens fascinantes que fizeram o nosso país. 1.ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013, p. 263-268.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 9.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial básico de gestão de risco. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 12 de jul. de 2020.

_____. Referencial de combate à fraude e corrupção. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 12 de jul. 2020.

PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE: A PROBLEMÁTICA DA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

VIVIAN LIMA LÓPEZ VALLE

Pós-doutoranda pela Universitat Rovira i Virgili na Espanha. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Contratação Pública pela Universidade de Coimbra. Professora Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito da PUC-PR. Líder do Grupo de Estudos em Serviços Públicos e Administração Pública Digital GESPAD, vinculado ao NUPED/PUC-PR. Advogada e parecerista.

Contato: vivian.lima@pucpr.br

DANIEL CASTANHA DE FREITAS

Doutorando e Mestre em Direito pela PUC-PR. Professor de Direito Administrativo da FAE Centro Universitário. Membro do Núcleo de Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – NUPED/PUC-PR. Advogado.

Contato: advcastanha@gmail.com

BIANCA SANCHES LOPES

Graduanda do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica da mesma instituição (PAIC 2019-2020).

Contato: bianca_sanchesls@hotmail.com



1. INTRODUÇÃO

O cenário nacional é cotidianamente marcado pela crescente judicialização do fornecimento de medicamentos de alto custo já negados pela via administrativa. De forma positiva, este subcampo foi influenciado pelos efeitos da implementação de políticas que vêm permitindo debates para o reconhecimento das tensões acerca do assunto, onde é nítido o conflito entre a Administração e a prerrogativa do Judiciário de garantir e defender os interesses das minorias.

Diante da situação apresentada, é necessário compreender que apesar de direito fundamental consagrado na Constituição da República, o direito à saúde carece ainda de medidas públicas efetivas para sua aplicação, mais ainda quando da análise de casos que envolvem fármacos de alto custo. Ocorre que o direito à saúde sofre

inúmeras restrições e obstáculos a fim de atingir sua efetividade, isso porque a garantia, oferta e manutenção de tais provimentos de saúde necessitam da destinação de verbas vultosas para possibilitar infraestrutura, pessoal e atendimento adequados ao público.

Por isso, não há como se falar em consagração do direito fundamental à saúde no Brasil, haja vista uma restrição de investimentos e uma amplitude de necessidades sociais, as quais se alicerçam no direito “incondicional” previsto na Constituição de 1988, buscando no Judiciário uma via para satisfazer e concretizar direitos.

Entretanto, é possível evidenciar com clareza que o processo administrativo de concessão dos medicamentos de alto custo pela Administração Pública não é linear, tampouco simples. Ao contrário, trata-se de caminho conflituoso e que exige prévio conhecimento acerca dos requisitos de concessão, bem como as razões pelas quais tais medicamentos são negados já na via administrativa, tudo isso a fim de que se passe a conferir maior efetividade e eficiência ao atual sistema de saúde brasileiro, eis que, no panorama atual, tais limites fundamentais à concessão parecem não existir.

Ante o reconhecimento da importância e a necessidade de que o mandamento constitucional à saúde seja efetivado da melhor maneira a toda população, bem como não venha ocasionar prejuízos orçamentários à Administração Pública, a análise proposta por este artigo em face da concessão de medicamentos ou procedimentos a determinados cidadãos é de suma relevância.

Assim, o objeto de análise versará na investigação dos reflexos da judicialização da concessão de medicamentos de alto custo, a qual visa cumprir políticas públicas em favor de determinado público. A partir desta premissa, a questão problematizadora do presente estudo será: a concessão de medicamentos de alto custo viola o princípio da separação dos poderes ou auxilia o cumprimento de políticas públicas ineficazes?

2. O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A busca ao acesso à saúde nos termos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 196)¹ encontra nos últimos anos inúmeros percalços para sua concretização. Deste modo, a judicialização da concessão de medicamentos e procedimentos médicos ganha força junto aos tribunais. Os arts. 6º, 196 e 197 da CRFB/88, preveem que a saúde é direito fundamental social, sendo dever do Estado assegurar aos cidadãos os meios para ao acesso aos tratamentos necessários quando de suas necessidades clínicas. Em que pese a previsão constitucional, esta não apresenta quaisquer limites de caráter orçamentário, administrativo e/ou moral para o exercício desta atribuição.

Entretanto, os usuários encontram obstáculos de todo gênero à efetivação de seu direito, dentre os quais encontram-se questões econômicas e sociais, que impossibilitam o alcance de um direito universal e isonômico.

Ocorre que os artigos supramencionados referem-se a normas de direito subjetivo individual e de exigência imediata, necessitando para seu efetivo cumprimento, a execução de procedimentos e a criação de estruturas organizacionais de modo a promover, preservar e recuperar a saúde. Sobre o assunto, Ingo Wolfgang Sarlet é claro quando preceitua que “os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes de organização e do procedimento, mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”.²

Isto implica dizer que os deveres de proteção do Estado no cumprimento da tutela e promoção dos direitos devem se concretizar por meio de normas administrativas e da criação de órgãos especializados, sem que se olvide que os limites de tais normas e órgãos são impostos pelo próprio texto constitucional.

-
- 1 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
 - 2 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo - RePro**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 175, p. 254-, set. 2009.

No entanto, a Constituição da República de 1988 não se limitou a prever estrutura responsável pela garantia do direito à saúde e um esboço prévio do que hoje se conhece como Sistema Único de Saúde, tampouco esclareceu o funcionamento e as atribuições específicas do referido órgão. Por essa razão, houve a edição da Lei Federal nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), complementada pela Lei nº 8.142/90.

O aludido diploma normativo prevê a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização, funcionamento e demais providências dos serviços correspondentes. Sendo assim, ao reconhecer tal norma como direito social fundamental, o Estado passou a se obrigar a prestações positivas, as quais acabam por demandar maiores recursos públicos para a sua efetiva concretização.

A exemplo de todo o extenso rol de direitos fundamentais sociais, a saúde possui rigorosamente a mesma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de liberdade, tendo em vista a sua multifuncionalidade, identificadora de um “direito fundamental como um todo”, por sua vez representado por um feixe de posições jusfundamentais que reclama, a um só tempo, deveres de respeito, de proteção e de prestação.³

No contexto apresentado, é lícito concluir, portanto, que ambos – direitos fundamentais de liberdade e direitos fundamentais sociais – dependem da existência de recursos orçamentários para a implementação, notadamente, de sua função prestacional (dever de prestação). Ocorre que, justamente por dependerem de verbas pecuniárias advindas do Estado, estão sujeitos todos, em casos excepcionais, à incidência da teoria da reserva do possível. Esta construção, oriunda de trabalho hermenêutico levado a efeito pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em um contexto de acesso gratuito e limitado ao ensino superior,⁴ prevê, em suma, que a efetivação de tais direitos constitucionais será feita de acordo com a possibilidade financeira do Poder Público.

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

4 FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 152.

Assim, tem-se que tal teoria não pode servir como justificativa universal para a ausência de efetivação dos direitos sociais. Afinal, deve o Estado buscar garantir um “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual”.⁵ Trata-se do “direito ao mínimo existencial”, também retratado por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino como o dever do Estado em zelar e assegurar aos cidadãos o direito à efetividade dos direitos mínimos através das prestações sociais, de modo a garantir uma vida digna através da fruição de direitos sociais básicos, como o direito à saúde.⁶

Logo, em caso de inadimplemento da determinação constitucional de implementação do mínimo existencial pelo Executivo, é lícito deduzir que poderia o Judiciário atuar de maneira a assegurar tais condições para uma vida digna. No entanto, não se pode descuidar que eventual intervenção do órgão jurisdicional em assuntos para além do mínimo poderia, por outro lado, ocasionar violação das escolhas políticas engendradas pelos poderes democráticos, afrontando o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República.

A via judicial passa a se tornar o caminho alternativo para a concretização do direito à saúde a partir do momento em que o seu respectivo titular pleiteia o fármaco ou procedimento que: (i) não consta das listagens oficiais – RENAME, RESME ou REMUME⁷ – ou dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)⁸ do Sistema Único de Saúde – SUS; ou que (ii) embora conste de tais catálogos, deixam de ser

5 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 247.

6 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 254.

7 Respectivamente: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (âmbito federal), Relação Estadual de Medicamentos Essenciais (âmbito estadual) e Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (âmbito municipal), todos documentos oficiais que auxiliam na concretização da diretriz constitucional da integralidade da assistência, prevista no art. 198, II da Constituição (BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda et al. Assistência farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 1937-1951, jun. 2018).

8 Os PCDT são os que estabelecem “os critérios de diagnóstico de doenças, o algoritmo de tratamento com os medicamentos e suas respectivas doses adequadas, os mecanismos para o monitoramento clínico quanto à efetividade do tratamento, a supervisão de possíveis efeitos adversos e a criação de mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz” (BRASIL, 2010, p. 10).

fornecidos pelo ente federativo responsável injustificadamente.

A fase administrativa precede a seara judicial. Requer-se o medicamento ou tratamento necessitado por meio de formulário específico e documentos médico-hospitalares justificadores, junto a uma unidade de saúde ou regional de saúde. Em havendo negativa de fornecimento, o Judiciário é a instância última para o atendimento da prescrição.

Embora as negativas administrativas, em princípio, contem com justificativas lastreadas em políticas públicas materializadas em lei pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo, poderes que contam com legitimidade democrática, depreende-se que o Judiciário não usurpa a competência constitucional dos demais ramos do poder público quando restringe sua atuação à aplicação de medidas coercitivas para o cumprimento efetivo do direito fundamental à saúde.⁹

No mais, uma vez inserido no âmbito judicial, deverá o paciente postular o medicamento em face do ente federativo efetivamente responsável pelo seu fornecimento,¹⁰ considerando a previsão constitucional do art. 23, II da Constituição,¹¹ que grafa expressamente a competência comum das esferas de poder – municipal, estadual e federal.

No entanto, não se olvida que o entendimento jurisprudencial sobre o assunto caminhou no sentido de reconhecer a solidariedade entre os entes federativos, com posterior encaminhamento, pelo magistrado, ao ente responsável. É o que se depreende do primeiro precedente estabelecido pela STA nº 175/2009¹² e que, sendo utilizado

9 FREITAS, Daniel Castanha de. Medicamentos de alto custo no Brasil: análise da Política Nacional de Medicamentos e balizas para a adoção de critérios nas decisões do Poder Judiciário. **Revista do AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 43-71, jan./jun. 2017.

10 “competência comum às três esferas federativas na atenção básica, exclusiva da União nos programas estratégicos de controle de endemias, União e Estados responsáveis por medicamentos excepcionais previstos na RENAME” (FREITAS, 2018, p. 166).

11 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

12 EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos ca-

como precedente para outros entendimentos, culminou com a recente tese fixada no âmbito do RE nº 855.178/SE, em sede de repercussão geral – *verbis*: “Tema nº 793: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.”

Para além da discussão sobre a incongruência da solidariedade entre os entes federativos para o fornecimento de fármacos e tratamentos de alto custo, é preciso apontar o referencial teórico utilizado para lançar luzes sobre o significado da expressão “alto custo”, uma vez que jurisprudência e doutrina hodiernas ainda não estabeleceram balizas seguras para o termo. Nesse passo, vale-se a pesquisa da noção conceitual relativa definida por Daniel Castanha de Freitas,¹³ em obra monográfica dedicada aos medicamentos de alto custo, como sendo os medicamentos de alto custo os que se encontram nas listagens oficiais do Poder Executivo e que representam um gasto que impossibilite sua aquisição sem prejuízo das necessidades básicas do indivíduo e de seu grupo familiar.

Nesse compasso, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ainda em 2007, a existência de repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário nº 566.471/RN, acerca da obrigatoriedade do fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo a portadores de doenças graves sem condições materiais para adquiri-los.¹⁴ Após mais de uma década, foi proferido o julgamento de mérito da demanda, em que restou assentada tal obrigação, após a decisão, por maioria, pela negativa de provimento ao recurso da União. Entretanto, deliberou a Corte pela fixação

sos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STA nº 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe 30.04.2010b).

13 FREITAS, 2018.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Reconhecimento de repercussão geral. Rel. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 15 nov. 2007. Publicado em: 7 dez. 2007.

posterior de tese a respeito.¹⁵

Sob outra perspectiva, bem de ver que, durante o lapso temporal em que não houve qualquer pronunciamento de mérito pela Corte Constitucional, importante decisão fora proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o que assenta a relevância e atualidade do tema. Trata-se do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.657.156/RJ, por meio do qual foi estabelecido um rol cumulativo de condições para guiar as decisões de instâncias recursais em todo o país.¹⁶ A tese firmada, integralizada em embargos de declaração apenas para determinar a modulação de efeitos e consignar validade para processos ajuizados a partir de 4 de maio de 2018, evidencia a necessidade de requisitos cumulativos para a concessão de fármacos não previstos nos PCDT – em grande parte, considerados de alto custo –, a exemplo de relatório específico expedido pelo médico do paciente, em que ateste a impossibilidade do uso de outro medicamento, a falta de recursos materiais pelo enfermo, além do prévio registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.¹⁷

Pois bem. Exposta a moldura doutrinário-jurisprudencial sobre o tema dos medicamentos considerados “de alto custo”, sobreleva ressaltar que os fármacos a cargo do SUS, aprovados após devido processo administrativo de incorporação no âmbito da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC,¹⁸ são atualizados periodicamente por meio da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. Note-se, ilustrativamente, o alcance do sistema público de saúde, a partir da incorporação de fármacos sequer permitidos no Brasil anteriormente, mas que, por força de diálogos institucionais, tiveram seu trânsito permitido. É o que se depreende

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Julgamento de mérito. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 11 mar. 2020. Publicação DJe: 17 mar. 2020.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.657.156. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 25 abr. 2018. Publicado DJe: 4 mai. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisa-Generica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

17 “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.”.

18 FREITAS, 2017, p. 48.

da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 66/2016 da ANVISA, que fez incluir medicamentos derivados da planta *Cannabis* para tratamentos específicos.¹⁹

Preocupado com a crescente judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 107/2010, procedeu à criação do “fórum nacional de monitoramento e resolução de demandas de assistência à saúde”, para subsidiar práticas que empreguem efetividade aos processos judiciais e objetivem prevenir litígios. Para melhor funcionamento, foram criados os Comitês Executivos Estaduais. No Paraná, o Comitê Estadual foi criado em 2011 e atua desde então, disponibilizando uma série de enunciados e recomendações acerca do assunto, facilitando a aplicação efetiva dos direitos à saúde.²⁰

Entretanto, se a atuação do Judiciário não fere o Princípio da Separação dos Poderes, estaria sendo ele um baluarte institucional para a efetivação de políticas públicas? Para investigar a pergunta proposta na pesquisa, imprescindível aclarar o que se entende pela expressão “políticas públicas”.

Eros Grau evidencia que “a expressão política pública designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.²¹ Trata-se, assim, de um conjunto de ações ou decisões governamentais para solucionar eventuais problemas da sociedade, por meio do estabelecimento de referências, organizadas e sistematizadas em atos administrativos e materializadas, usualmente, pela prestação de serviços públicos.²²

Nessa conta, tem-se que a interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas de saúde, a rigor, deve permanecer restrita à determinação judicial para o seu efetivo cumprimento em caso de omissão ou ineficiência.

19 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Resolução da diretoria colegiada – RDC nº 66, de 18 de março de 2016. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_66_2016_.pdf/e6f8f9cd-8046-4120-983c-42d3bf8c705e?version=1.0>. Acesso em: 6 jul. 2020.

20 BRASIL. Comitê executivo de saúde do Paraná. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

21 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124.

22 FREITAS, 2018, p. 32.

Isso porque, em certos casos, diante da elaboração prévia de políticas amplas pelo Estado – a exemplo do SUS –, medidas coercitivas por vezes são necessárias para garantir o direito público subjetivo por cidadãos acometidos de enfermidades diversas.

Portanto, a análise judicial, diante de eventuais negativas de fornecimento de fármacos, pondera se houve justificativa amparada em documentos oficiais, bem como se houve omissão legislativa ou administrativa, considerando, inclusive, a existência de proibições de importação e manipulação de fármacos pelo órgão regulador (ANVISA).

O exame pelo Poder Judiciário, diga-se, é complexo e parte de premissas estabelecidas pela macropolítica de saúde existente. Por essa razão, situações específicas devem ser devidamente consideradas e sopesadas, a exemplo de medicamentos que, embora constantes das listas oficiais do SUS como prioritários para a maioria dos pacientes, são imprestáveis para combater a mesma enfermidade para outras pessoas. Veja-se ainda os casos em que os efeitos colaterais de medicação indicada para determinada moléstia em protocolo clínico específico (PCDT)²³ resultam na melhora de pacientes acometidos de outras patologias.²⁴

Nessa senda, caso seja objeto de apreciação no âmbito judicial, a concessão de determinado medicamento deve ser precedida de ampla justificação probatória, de modo a comprovar a ineficácia ou inadequação de determinado fármaco existente no âmbito do SUS, ou mesmo apontamentos acerca da necessidade extravagante exigida no caso concreto.²⁵

Do exposto, evidencia-se que a judicialização de medicamentos de alto custo não é de todo prejudicial ao cenário atual e à Administração Pública, observadas as matizes jurídicas apresentadas. A crescente procura pelo Judiciário, que pode indicar

23 “[O]s PCDTs [Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas] têm o objetivo de estabelecer os critérios de diagnóstico de doenças, o algoritmo de tratamento com os medicamentos e as doses adequadas, os mecanismos para o monitoramento clínico quanto à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos, além de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz” (BRASIL, 2010a, p. 6).

24 FREITAS, 2018, p. 83.

25 *Ibid.*, p. 160-165.

certas deficiências nas políticas públicas arquitetadas pela Administração Pública, desencadeia um constante processo de análise e mudança com vistas à sua sofisticação, na medida em que “um efeito benéfico na responsabilização do Estado está em desenvolver procedimentos adequados de compra e distribuição de procedimentos terapêuticos pela rede pública”.²⁶

Uma das formas subsidiar a tomada de decisões judiciais a respeito da concessão de medicamentos de alto custo e, com isso, contribuir de maneira efetiva para fomentar o aperfeiçoamento da política estatal como um todo, é a consulta, pelos magistrados, aos chamados “NAT-Jus” – Núcleo de Apoio Técnico dos Tribunais de Justiça dos Estados –, os quais possuem, entre outras, a seguinte atribuição, prevista no art. 3º, I do Decreto Judiciário nº 348, de 12 de setembro de 2018: “Elaborar notas técnicas, respostas técnicas ou pareceres, a partir de critérios de medicina baseada em evidências, mediante solicitação dos magistrados, em relação a ações ou processos que digam com o direito à saúde (...)”.²⁷

Logo, despicienda a criação de novas políticas públicas no âmbito da saúde. Conforme abordado na presente pesquisa, o aperfeiçoamento do sistema de dispensação de medicamentos e outros insumos de saúde, tanto por meio de seu órgão de incorporação de novas tecnologias (CONITEC), quanto pelas contribuições advindas dos NAT-Jus nas decisões judiciais, são capazes de emprestar eficácia em favor da sociedade, suprimindo necessidades imperiosas de pessoas enfermas e concretizando, dessa forma, o direito fundamental à saúde em sua máxima extensão, mesmo em sua porção mais sensível – a dos medicamentos de alto custo.

O presente estudo é caracterizado por uma pesquisa documental de abordagem quantitativa. Esta abordagem apresenta aspectos essenciais para a sua utiliza-

26 BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 829-839, mar. 2009. DOI: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000300018>>.

27 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Núcleo de Apoio Técnico: NAT-jus. Decreto judiciário nº 648, de 12 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

ção, que na compreensão de João José Saraiva da Fonseca,²⁸ se referem à análise de dados brutos recolhidos com base em instrumentos neutros e padronizados por parte do pesquisador (palavras-chaves).

A partir deste entendimento, a pesquisa objetiva investigar, por meio dos dados obtidos, o modo como a concessão dos medicamentos de alto custo ocorre junto ao judiciário, bem como se estes atuam como facilitadores da aplicação de políticas públicas ou como mecanismo de violação do princípio da separação dos poderes.

Assim, a pesquisa documental pode ser compreendida por André Cellard²⁹ como indispensável à reconstituição de um passado, pois é capaz de demonstrar todos os aspectos de uma determinada época e das atividades humanas do período analisado.

A investigação pautou-se na busca de documentos, artigos científicos e doutrinas, bem como jurisprudência acerca do assunto junto aos Tribunais de Justiça da Região Sul (TJPR, TJSC e TJRS) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), dentro do lapso temporal de 2015-2020, através das palavras chaves previamente estabelecidas, junto aos sites e mecanismos a seguir colacionados.

Em momento posterior, será realizada a exploração do material, que consiste no início da codificação dos dados obtidos através dos documentos analisados e na enumeração das características destes, bem como dos medicamentos que surgiram quando da pesquisa.

As palavras chaves utilizadas para a busca dos dados, foram eleitas a partir da leitura dos documentos utilizados na fundamentação teórica, sendo estas: “MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO”; “FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO GRATUITO”; “AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA”; “PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS”; e “INEFICIÊNCIA DAS MEDIDAS TERAPÊUTICAS DISPONIBILIZADAS PELOS SUS”.

28 FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002, p. 20.

29 CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, J. et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, Vozes, 2008, p. 295.

Os dados obtidos foram examinados por meio da análise de conteúdo proposta por Laurence Bardin.³⁰ Em relação ao conteúdo, a análise de conteúdo é a terceira etapa no processo para se obter o conhecimento em determinado campo, sendo que o primeiro envolve uma familiarização com a área, seguido pela meta-análise que permite recolher, combinar e analisar estatisticamente estudos e documentos, e por fim, a análise de conteúdo em uma descrição sistemática, qualitativa³¹ e quantitativa do conteúdo em determinada área.³²

3. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO NO PERÍODO DE 2015 A 2020: A JUDICIALIZAÇÃO EM NÚMEROS

Para efetivar esta pesquisa delimitou-se como recorte a análise da jurisprudência dos Tribunais de Justiça da Região Sul e do Superior Tribunal de Justiça sobre os medicamentos mais postulados nos últimos cinco anos (2015-2020). Com a análise e categorização dos dados obtidos, foi possível obter uma representação dos dados e torná-los aptos a reflexão proposta no presente estudo, pautando-se nos três principais eixos da técnica de análise determinada por Bardin.³³

Foram destacados 93 julgados de três tribunais estaduais, um Tribunal Regional Federal (4ª região) e do Superior Tribunal de Justiça, entre os anos de 2015-2020, respeitados os critérios previamente estabelecidos, foram obtidos e analisados. Os dados obtidos foram incluídos na tabela a seguir, de modo a facilitar a análise e a justaposição entre eles:

30 BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edição 70, 2011.

31 FLICK, Uwe. **Uma introdução a Pesquisa Qualitativa**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004. Passim.

32 IBRAHIM, H. W.; ZAILANI, S.; TAN, K. C. A content analysis of global supply chain research. **Benchmarking: An International Journal**, v. 22, n. 7 p. 1429-1462, 2015.

33 BARDIN, op. cit.

Quadro 1 – Principais doenças judicializadas para fins de concessão de medicamentos por tribunal

TRIBUNAL DE JUSTIÇA	AUTOS ANALISADOS	MEDICAMENTO PARA FINS DE
Paraná (TJPR)	9	Tratamento de Epilepsia (4)
Santa Catarina (TJSC)	21	Tratamento de doenças Pulmonares (9)
Rio Grande do Sul (TJRS)	10	Tratamento ao Câncer (5)
Superior Tribunal de Justiça (STJ)	13	Tratamento à epilepsia (5)
Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)	40	Tratamento ao Câncer (18)

Fonte: Os Autores (2020).

Conforme demonstrado ao Quadro 1, cerca de 45% (quarenta e cinco por cento) dos julgados analisados junto ao TRF4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) se referiram a pedidos de medicamentos para tratamento de câncer,³⁴ bem como pouco mais de 38% dos casos junto aos julgados do STJ se referiram a medicamentos para o tratamento da epilepsia.³⁵

34 “Câncer é o nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado de células, que invadem tecidos e órgãos.” (BRASIL. Instituto Nacional de Câncer. O que é câncer? Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/o-que-e-cancer>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

35 “É uma alteração temporária e reversível do funcionamento do cérebro, que não tenha sido causada por febre, drogas ou distúrbios metabólicos. Durante alguns segundos ou minutos, uma parte do cérebro emite sinais incorretos, que podem ficar restritos a esse local ou espalhar-se.”. O que é Epilepsia? [S. l.], 2019. Disponível em: <https://epilepsia.org.br/o-que-e-epilepsia/>. Acesso em: 22 maio 2020.

Quadro 2 – Principais doenças judicializadas no período junto aos tribunais analisados

TRATAMENTO	QUANTIDADE
Tratamento do Câncer	23
Tratamento de Úlcera	8
Tratamento de Epilepsia	7
Tratamento de Esclerose	3
Tratamento da Fibrose	3
Tratamento de doenças Pulmonares	3

Fonte: Os Autores (2020).

Nos termos do Quadro 2, é possível identificar que entre os julgados analisados, independentemente do Tribunal de origem, merecem destaque os 21,39% (vinte e um vírgula trinta e nove por cento) referentes ao tratamento do câncer, bem como cerca de 8% (oito por cento) ao tratamento de úlcera. Os demais 49% (quarenta e nove por cento) dos julgados apresentaram doenças diversas em número ínfimo, tais como depressão, bipolaridade, asma e Lúpus (entre uma ou duas presenças aos julgados), razão pela qual não se encontram indicados no quadro acima.

Quadro 3 – Principais medicamentos requeridos junto aos Tribunais

MEDICAMENTO	QUANTIDADE
Canabidiol	6
Infliximabe	4
Olaparibe	2
Sunitinib	2
Avastin	2
Omalizumabe	2
Rituximabe	2
Aripiprazol	2
Adalimumabe	2
Tagrisso	2

Fonte: Os Autores (2020).

Entre os medicamentos requeridos aos julgados extraídos e aqui analisados, verificou-se que 6,45% (seis vírgula quarenta e cinco por cento) trataram de medicamentos à base de Canabidiol,³⁶ medicamentos estes que auxiliam no tratamento de doenças como esclerose, epilepsia, mal de Parkinson, dentre outras doenças neurodegenerativas e que podem ser considerados de alto custo.³⁷

Ainda, entre os 73 medicamentos requeridos entre os todos os julgados analisados, cerca de 90,42% (noventa vírgula quarenta e dois por cento) permanece ausente na edição RENAME do ano de 2020, incluindo-se os medicamentos à base da Canabidiol.

Contudo, certos medicamentos como o Infliximabe (utilizado principalmente em pacientes com úlcera moderada e grave) e Omalizumabe (utilizado em pacientes com asma alérgica),³⁸ retornaram ao RENAME no ano de 2020, o que corresponde cerca de 9,58% (nove vírgula cinquenta e oito por cento) dos medicamentos requerimentos dentre os Tribunais pesquisados, bem como atendem somente 10,23 (dez vírgula vinte e três por cento) das doenças identificadas no presente estudo durante o período analisado.

O medicamento Infliximabe já fizera parte do SUS, tendo sido suspenso no início de 2019, retornando no mesmo ano por meio da Portaria da Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e insumos estratégicos em saúde (SCTIE) nº 49, de outubro de 2019. O custo de fábrica deste medicamento é superior a dois mil e cem reais.³⁹

36 “O Canabidiol (CBD) é um dos 80 canabinóides presentes na planta Cannabis sativa (Cannabis – Izzo et al., 2009) e não produz os efeitos psicoativos típicos da planta (Hollister, 1973; Martin-Santos et al., 2012).” Exposição de motivos da Resolução CFM Nº 2.113/2014 [S. I.], 2014. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/canabidiol/motivos.php>>. Acesso em: 22 maio 2020.

37 Medicamentos que contam com canabidiol em sua composição possuem valor de mercado superior a dois mil reais. Por todos: EXAME. Anvisa aprova primeiro medicamento à base de maconha no Brasil. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/anvisa-aprova-primeiro-medicamento-a-base-de-maconha-do-brasil/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

38 BRASIL. Ministério da Saúde. Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS. 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

39 Sobre o preço de fábrica e valores máximos praticados no mercado, confira-se: BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Preços máximos de medicamentos por princípio ativo. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/5932738/LISTA_CONFORMIDADE_2020_07_v1.pdf/bfc29afb-31bb-43bf-9037-92afe129b1c5>. Acesso em: 14 jul. 2020.

Por fim, em relação ao fármaco Omalizumabe, tem-se que fora incorporado ao Sistema Único de Saúde após consulta pública sobre a possibilidade de oferta de tal medicamento, o qual, segundo dados do Ministério da Saúde, poderá beneficiar cerca de 20 milhões de brasileiros.⁴⁰

4. CONCLUSÕES

A judicialização dos medicamentos demonstra uma necessidade crescente do acompanhamento das políticas públicas de saúde atualmente executadas. Nesse contexto, a análise levada a efeito no presente trabalho identificou ausências importantes de fármacos relacionados ao tratamento de enfermidades como o câncer, além de úlceras e medicações para o tratamento de epilepsia.

O fato da constante busca por medicamentos junto ao órgão jurisdicional e as decisões conseqüentemente proferidas demonstram, em suma, que o Poder Judiciário não comete ingerência indevida nas funções constitucionais dos demais poderes quando atua nas lacunas das políticas sociais ou quando estas se revelam deficitárias. Ao contrário, as decisões que determinam o fornecimento de determinados fármacos, lastreadas em documentação idônea e apoio técnico-pericial, além de sujeita ao crivo do contraditório, prestigia o princípio da separação dos poderes, na medida em que busca tão somente empregar coercibilidade ao cumprimento das atividades designadas ao Poder Executivo pela Constituição para gerir a saúde pública.

Uma vez compreendido o conceito de medicamentos de alto custo como sendo os que constam das listas oficiais elaboradas pelo Estado, além daqueles que representam, de per si, despesa capaz de ocasionar penúria ao grupo familiar do paciente, é possível identificar que, quando o Judiciário realiza distinções casuísticas por meio de critérios lastreados em arcabouço técnico-pericial e normativo-jurisprudencial, em prol do direito fundamental, não usurpa a competência institucional dos demais entes federativos, contribuindo para a sofisticação da macropolítica de saúde.

40 Sobre a incorporação do medicamento, confira-se: BRASIL. Ministério da Saúde. Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-nosus>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

A falta de diálogo entre os atores envolvidos na judicialização da saúde – Administrações Federal, Estaduais e Municipais, de um lado, e tribunais estaduais e federais, de outro – representa obstáculo ainda não superado, ocasionando demora, por vezes injustificada, para a inclusão de certos medicamentos nas listagens oficiais, não cooperando para o aperfeiçoamento do processo de aquisição e dispensação de outras medicações já constantes dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticos – PCDT. É o caso do medicamento “Rituximabe”, indicado para certo tipo de câncer, enfermidade que representou 24% (vinte e quatro por cento) dos requerimentos dentre os tribunais analisados no período de cinco anos e que possui elevado custo de fábrica, valendo-se dos marcos teóricos já referidos.

Deste modo, por meio da judicialização dos medicamentos de alto custo, o Judiciário empenha-se em impulsionar e fortalecer políticas que, por vezes, são ineficazes ao deixarem de atender parcela da sociedade. No entanto, a questão nodular estudada que envolve o direito à saúde – a atuação do órgão jurisdicional –, indica que, em conjunto com o Poder Executivo, é possível robustecer diretrizes que favoreceriam e atenderiam o maior número possível de cidadãos, cumprindo com a prerrogativa do “acesso universal e igualitário” insculpida no art. 196 da Constituição, ampliando, assim, a abrangência das políticas públicas, o que contribui para a consagração do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Pedro Thomé de. **Direito das políticas públicas**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum. 2015.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 829-839, mar. 2009. DOI: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000300018>>.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edição 70, 2011.

BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda et al. Assistência farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 1937-1951, jun. 2018. DOI: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.09022018>>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Preços máximos de medicamentos por princípio ativo. 2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/5932738/LISTA_CONFORMIDADE_2020_07_v1.pdf/bfc29afb-31bb-43bf-9037-92afe129b1c5>. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da diretoria colegiada – RDC nº 66, de 18 de março de 2016. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_66_2016_.pdf/e6f8f9cd-8046-4120-983c-42d3bf-8c705e?version=1.0>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Comitê executivo de saúde do Paraná. 2020. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 30 out 2019.

_____. Instituto Nacional de Câncer. O Que é câncer?. 2019. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/o-que-e-cancer>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS. 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: volume 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. p. 6.

_____. RENAME: relação nacional de medicamentos essenciais. 2019. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/marco/18/Rename-2008--1-.pdf>> Acesso em: 30 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.657.156. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 25 abr. 2018. Publicado DJe: 4 mai. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/2009. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 17 mar. 2010, Publicação DJe 30 abr. 2010b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE. Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Julgado em: 23 mai. 2019. Publicação DJe: 16 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Reconhecimento de repercussão geral. Rel. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 15 nov. 2007. Publicado em: 7 dez. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Julgamento de mérito. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 11 mar. 2020. Publicação DJe: 17 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Núcleo de Apoio Técnico: NAT-jus. Decreto judiciário nº 648, de 12 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, J. et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, Vozes, 2008.

EXAME. Anvisa aprova primeiro medicamento à base de maconha no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/anvisa-aprova-primeiro-medicamento-a-base-de-maconha-do-brasil/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

FALCHI, R. A. **A judicialização da saúde no município de Pelotas**. 2014. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2014.

FLICK, Uwe. **Uma introdução a Pesquisa Qualitativa**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Medicamentos de alto custo no Brasil: análise da Política Nacional de Medicamentos e balizas para a adoção de critérios nas decisões do Poder Judiciário. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 43-71, jan./jun. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

IBRAHIM, H. W.; ZAILANI, S.; TAN, K. C. A content analysis of global supply chain research. **Benchmarking: An International Journal**, v. 22, n. 7 p. 1429-1462, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. O Que é câncer? [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/o-que-e-cancer>. Acesso em: 22 maio 2020.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIGA BRASILEIRA DE EPILEPSIA. O que é Epilepsia? [S. l.], 2019. Disponível em: <<https://epilepsia.org.br/o-que-e-epilepsia/>>. Acesso em: 22 maio 2020.

MEDICINA, Conselho Federal. Exposição de motivos da Resolução CFM Nº 2.113/2014 [S. l.], 2014. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/canabidiol/motivos.php>>. Acesso em: 22 maio 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20ª ed. São Paulo: Método, 2012.

PICON DP, BELTRAME A, organizadores. **Ministério da Saúde: protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas - medicamentos excepcionais**. v. 1. Porto Alegre: Gráfica Pallotti; 2002.

REMÉDIO, Consultar. Consultar Remédio INFLIXIMABE. Disponível em: <<https://consultaremedios.com.br/infliximabe/pa>>. Acesso em 22.maio 2020.

SANTOS, Lenir. SUS: Contornos da Integralidade da Atenção à Saúde. **Boletim de Direito Administrativo**. Campinas. Ano XXIII, n. 8, p. 921-927 agosto, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais, sua dimensão organizatória e proce-

dimental e o direito à saúde: algumas aproximações. Vitória. **Revista de Processo**. Ano 34, vol. 175, p. 1-22 setembro, 2009.

SAÚDE, Ministério da Saúde. Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>>. Acesso em: 22 maio 2020.

TABOSA, T. M. S. **A judicialização da saúde no estado de Pernambuco**: análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento público. 2010. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

ELEIÇÕES E SEGURANÇA JURÍDICA

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

Advogada. Pós-Doutora em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba/UNICURITIBA. Membro da Academia Paranaense de Letras e do Instituto dos Advogados do Paraná.

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

Advogado. Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. É Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICURITIBA. Membro do Conselho Recursal da Diretoria de Relações Internacionais da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Foi Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná no biênio 2009/2011. É Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Catarinense de Estudos Jurídicos, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e do Instituto dos Advogados do Paraná. É Professor Benemérito da Faculdade de Direito UNIFOZ e Patrono Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Político.



1. INTRODUÇÃO

Não é recente a sensação de que o Direito Eleitoral brasileiro necessita de uma codificação, no aspecto material e também no processual.

Este anseio ressoa não apenas no meio técnico-jurídico eleitoralista, mas é manifestado pela sociedade civil em geral, pois premente a necessidade de se estabelecer um conjunto de regras mais estáveis, revestidas de eficácia em todos os pleitos eleitorais.

O que a história recente da legislação eleitoral brasileira registra, no entanto, é exatamente o contrário. Sempre sob o pretexto de que o sistema político brasileiro exige correções, o Congresso Nacional edita novas regras que, reunidas, alcançam quando muito a condição de alterar a disciplina das eleições, não alterando o sistema político em nenhum aspecto substancial.

2. O SUFRÁGIO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Regras políticas disciplinam as relações de força estabelecidas entre o conjunto de cidadãos e os mandatários políticos, dentro dos moldes constitucionais democráticos e, por isso, são pertinentes, por exemplo, à normatização do voto (alistabilidade), das candidaturas (elegibilidade), dos partidos políticos (filiação partidária, coligações), aos sistemas eleitorais (majoritário em um turno, em dois turnos e proporcional), às restrições e prerrogativas dos mandatários e ao tempo dos mandatos.

Esta concepção do fenômeno político caminha rentemente ao conceito legado por Josep Maria Vallés, quando o considera como “[...] una práctica o actividad colectiva, que los miembros de una comunidade llevan a cabo. La finalidad de esta actividad es regular conflictos entre grupos. Y su resultado es la adopción de decisiones que obligan – por la fuerza, si es preciso – a los miembros de la comunidade.”¹

O conceito contemporâneo não se distancia da concepção de Jean Bodin, dissecada por François Chatélet quando ao tratar desse poder (a soberania) esclarece que “Essa potência que faz as leis decide sobre as modalidades do ou dos poderes. Pois, para se exercer, a potência tem de se encarnar nas instituições empíricas que tem a missão e governar.”²

Há de se convir que, embora vetusto, o conceito não é ultrapassado. Aliás, ao sofrer os efeitos do passar do tempo, não deteriorou-se, antes confirmou-se. Não perdeu atualidade, pois ainda é referente. Classicizou-se.

Não se pode negar que as eleições guardam relação com o fenômeno político, mesmo porque, concebido o sufrágio como uma *universitas*, reúne o conjunto de instrumentos outorgados pela Constituição aos cidadãos para permitir participação na gestão estatal.

Neste particular, por imposição didática, não se pode deixar de registrar um

1 VALLÉS, Josep M. **Ciència política**. Una introducción. 8ª edición. Ariel. Barcelona, 2011, p. 18.

2 CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. 1ª edição. Jorge Zahar Editor. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 1997, p. 47.

certo equívoco cometido pelo constituinte originário na sistematização da redação conferida ao artigo 14 da Constituição Federal quando enuncia no *caput* que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante[...]”.

Referindo nos incisos “I - plebiscito; II – referendo, e III - iniciativa popular.”

A redação induz a conclusão de que a democracia brasileira recepciona apenas três instrumentos de sufrágio: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei.

É certo que no plebiscito e no referendo há voto, direto, isto é, manifestado de forma personalíssima, sem admissão de qualquer espécie de intermediação. Secreto, visando manter a isenção da escolha diante de eventuais pressões impostas por quem pretenda direcioná-la através da captação ilícita de sufrágio, por exemplo; e com valor igual para todos, fiel à noção republicana de isonomia dos cidadãos, que afasta o voto qualitativo ou censitário, instituindo a regra de corte do *one man, one vote*.

O inciso III do artigo 14 da CF refere ainda a iniciativa popular de Lei, que guarda relação apenas com o trecho inaugural do *caput*, pois é meio de manifestação da soberania popular, contudo, não se manifesta através do voto direto, secreto e com valor igual para todos, pois obediente ao rito instituído pelo artigo 61, § 2º, da CF,³ regulamentado pelo artigo 13 da Lei 9.709/98.⁴

3 Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

4 Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1o O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2o O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

3. O VOTO EM ELEIÇÃO

Notória é, no entanto, a ausência de referência expressa ao voto em eleição para a escolha de mandatários políticos, a serem investidos na condição de gestores no Poder Executivo ou de representantes diretos da sociedade civil no Poder Legislativo.

O voto em eleição passa a ser tratado apenas no § 1º do artigo 14 da CF, instituindo a disciplina da capacidade eleitoral ativa (alistabilidade), sendo imprescindível o emprego de hermenêutica sistemática para se concluir que o voto dirigido à eleição de mandatários políticos também é instrumento de sufrágio, com as mesmas qualificadoras: direto, secreto, universal e com valor igual para todos.

Vê-se, portanto, que em todo o conjunto de regras constitucionais que disciplinam o fenômeno político, centralizadas no disposto pelos artigos 12 a 17 da CF e revestidas da estabilidade excepcional conferida às cláusulas pétreas pelo artigo 60, § 4º, da CF,⁵ as eleições são apenas um de seus tantos aspectos.

O fenômeno eleitoral é, portanto, muito menor do que o fenômeno político, pois restringe-se à disciplina da disputa entre candidatos na conquista da preferência do eleitor, visando êxito nas urnas.

5 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
 II - do Presidente da República;
 III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
 § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
 § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
 § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
 IV - os direitos e garantias individuais.

4. O DIREITO ELEITORAL

Como define Lourival Serejo, “O Direito Eleitoral é o ramo do direito público que tem a função de disciplinar as regras das eleições e do processo eleitoral em seu sentido mais amplo. É um direito autônomo, que firma sua base na Constituição Federal, onde estão gizados seus princípios e suas regras estruturais.”⁶

É evidente que em se tratando de disputa, como ocorre em todas as espécie de disputa, as eleições também são um campo em que a deslealdade ferve com mais facilidade e frequência. Da mesma forma que não há jogo de futebol ou basquete sem falta, também não há disputa eleitoral sem registro de uma ou outra ilicitude.

Desponta aqui a importância do Direito Eleitoral, primando pelo objetivo de conferir eficácia às regras do jogo, mantendo-o o quanto possível dentro dos parâmetros de equilíbrio, coibindo excessos.

5. O PROCEDIMENTO ELEITORAL E SUAS FASES

Esses excessos, em maior ou menor grau, são registrados em todas as três fases do procedimento eleitoral, distribuídas no períodos pré-eleitoral, eleitoral e pós-eleitoral.

É evidente que não se confundem procedimento e processo eleitoral, pois aquele reúne as três fases em que, durante o ano da eleição, se desenvolvem os atos voltados à escolha de mandatários políticos. Este, de sua vez, reúne um conjunto de princípios que entram em cena quando, pela via administrativa ou judicial, faz-se imprescindível resolver um conflito de interesses resultante dos atos de campanha.

Os excessos nas campanhas eleitorais já podem ocorrer no período pré-eleitoral, pois é a fase gestacional do período principal, sendo praticados atos preparatórios para o início em campo da disputa de votos, a exemplo das reuniões partidárias a serem realizadas entre os dias 20 de julho e 05 de agosto do ano da eleição,

6 SEREJO, Lourival. **Programa de direito eleitoral**. Del Rey. Belo Horizonte, 2006, p. 1.

tendo por pauta obrigatória a deliberação sobre a realização de coligações para as eleições majoritárias, e a escolha de candidatos dentre os filiados apontados como pré-candidatos, as chamadas convenções eleitorais,⁷ sendo ainda registrada neste período a permissão legal para a prática de atos de “pré-campanha”,⁸ não raramente distorcidos em manifestações dos pretensos futuros candidatos que já neste período ultrapassam a busca de um mero destaque pessoal, avançando para a prática de verdadeira propaganda eleitoral antecipada, portanto, ilícita.

É curial, no entanto, que grande parte dos desvios nas práticas eleitorais seja de fato registrado no período eleitoral, pois, iniciado no dia 15 de agosto do ano da eleição e encerrando-se na data do pleito, constitui a fase nuclear das práticas de

7 Lei 9.504/97. “Art. 8º A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em qualquer meio de comunicação.”

8 Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013).

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013).

III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013).

V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

VII - campanha de arrecadação prévia de recursos na modalidade prevista no inciso IV do § 4o do art. 23 desta Lei. (Incluído dada pela Lei nº 13.488, de 2017).

§ 1º É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

§ 2º Nas hipóteses dos incisos I a VI do *caput*, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

campanha, pondo em cena os instrumentos de propaganda eleitoral⁹ e a contabilidade de campanha,¹⁰ centrando atenção na coibição da propaganda irregular, da compra de votos¹¹ e dos abusos do poder político, econômico e dos meios de comunicação social.¹²

Neste particular, leciona René Rémond que “A campanha é parte integrante de uma eleição, é seu primeiro ato. Não é apenas a manifestação das preocupações dos eleitores ou a explicação dos programas dos candidatos e dos temas dos partidos, é a entrada em operação de estratégias, a interação entre os cálculos dos políticos e os movimentos de opinião. Sobretudo, ela modifica a cada dia as intenções e talvez a relação de forças.”¹³

No período pós-eleitoral, iniciado após a data do pleito, é pronunciada a homologação da legitimidade do resultado da eleição, a diplomação,¹⁴ atestando que o candidato não apenas foi eleito porque reuniu volume de votos suficientes, mas foi legitimamente eleito. Por essa razão, ganham maior destaque nessa fase instrumentos processuais destinados a impugnar a homologação, tais como o Recurso contra a

9 Lei 9.504/97. Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

10 Lei 9.504/97. Art. 17. As despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos, ou de seus candidatos, e financiadas na forma desta Lei.

11 Lei 9.504/97. Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

12 Lei Complementar 64/90. Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:[...]

13 RÉMOND, René. **Por uma história política**. Tradução de Dora Rocha. Editora UFRJ/FGV. Rio de Janeiro, 1996, p. 49.

14 Código Eleitoral. Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.

Expedição de Diploma¹⁵ e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo,¹⁶ que, julgados procedentes, cassam o diploma, impedem a posse e, acaso já ocorrida, acarretam a perda do mandato.

6. DESENCONTROS DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

Embora já tenha ficado para trás, mais precisamente desde a promulgação da Lei 9.100/95, a prática de se editar uma nova legislação para disciplinar cada eleição, o que em muito contribuía para o dirigismo do resultado das urnas, as vicissitudes enfrentadas pelo Congresso Nacional na busca de reformular o sistema político brasileiro, logrando alcançar quando muito alterações na legislação eleitoral, além de acarretarem grande insegurança jurídica – navegando a montante da *ratio essendi* do próprio Direito, que tem por papel social alicerçar a segurança em todos os seus aspectos –, resultam idiosincrasias no próprio texto legislativo, exigindo do aplicador do Direito esforço hermenêutico transcendente da própria literalidade para evoluir na direção de encontrar seu sentido mais razoável.

Algumas hipóteses são exemplares, tal como a repercussão da promulgação da Emenda Constitucional nº 97, de 04 de outubro de 2017, que deu nova redação ao parágrafo primeiro do artigo 17 da CF,¹⁷ suprimindo a previsão da realização de coligações nas eleições proporcionais.

Ao suprimir esta previsão, a EC 97/17, *reta via*, vedou a formalização de coligações nessas hipóteses, estabelecendo questionável restrição à autonomia partidária, justamente porque não se encontrava no texto constitucional de origem,

15 Código Eleitoral. Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade.

16 CF. Art. 14, § 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

17 CF. Art. 17. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

pois limitada apenas pela soberania nacional, regime democrático, pluripartidarismo e direitos fundamentais da pessoa humana¹⁸ (obviamente não se refere a direitos fundamentais da pessoa jurídica). Nenhum destes valores é ameaçado pela formação de coligações nas eleições proporcionais e, exatamente por essa razão, não pode ser levantado como obstáculo para este fim.

Mais interessante ainda é indagar a razão pela qual as coligações foram vedadas apenas para as eleições proporcionais, pois também nas eleições majoritárias não se mostra saudável ao regime democrático a miscelânea de programas dos partidos coligados, absolutamente díspares em alguns tópicos. A plena efetivação dos programas partidários exige seu cumprimento tanto no mandato assumido no Poder Executivo quanto no Poder Legislativo, não se podendo sequer esquecer que também há eleição majoritária, em turno único, para o mandato de Senador.

A proibição realmente parece não fazer sentido.

Ao fazê-lo, no entanto, a EC 97/17 afetou vários dispositivos que ainda integram o texto da Lei das Eleições (Lei 9.504/97), pois revogou o artigo 6^o¹⁹ e derogou o artigo 46, II,²⁰ o parágrafo quinto²¹ do mesmo artigo, o artigo 47, § 2^o,

18 Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:[...]

19 Art. 6^o. É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

20 Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação no Congresso Nacional, de, no mínimo, cinco parlamentares, e facultada a dos demais, observado o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017).

II - nas eleições proporcionais, os debates deverão ser organizados de modo que assegurem a presença de número equivalente de candidatos de todos os partidos e coligações a um mesmo cargo eletivo, podendo desdobrar-se em mais de um dia.

21 § 5^o Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

I,²² e o artigo 53-A.²³

O artigo 17 do texto constitucional ainda sofreu outro abalo, atingindo-o no parágrafo terceiro, pois, embora autorize aos partidos que cumprem os requisitos impostos em seus incisos, “o direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão”,²⁴ não mais há “acesso gratuito ao rádio e à televisão” pelos partidos políticos, pois o artigo 2º da Lei 13.487/17 revogou os artigos 45 e 46 da Lei dos Partidos Políticos – Lei 9.096/95.

Legislação infraconstitucional mitigou portanto a previsão do artigo 17, § 3º, o que não caracteriza propriamente uma inconstitucionalidade, pois é norma de eficácia contida, admitindo restrição pelo legislador ordinário.

Outra análise interessante, a continuar no plano das idiossincrasias, diz respeito à disciplina da propaganda eleitoral, mais propriamente da minúcia referente à dimensão do material de propaganda.

22 Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1o, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013).

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

23 Art. 53-A. É vedado aos partidos políticos e às coligações incluir no horário destinado aos candidatos às eleições proporcionais propaganda das candidaturas a eleições majoritárias ou vice-versa, ressalvada a utilização, durante a exibição do programa, de legendas com referência aos candidatos majoritários ou, ao fundo, de cartazes ou fotografias desses candidatos, ficando autorizada a menção ao nome e ao número de qualquer candidato do partido ou da coligação.

24 CF. art. 17. § 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017).

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017).

II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Explica-se.

Ao dar nova redação ao artigo 37, § 2º, II, da Lei 9.504/97, a Lei 13.488/17 passou a permitir a colocação de adesivos plásticos com área de até 0,5m² (meio metro quadrado)²⁵ em automóveis.

Contudo, a redação conferida ao artigo 38 da Lei 9.504/97 pela Lei 12.891/13 estatui que em veículos se admite a colocação de adesivos microperfurados cuja dimensão alcance a extensão total do para-brisas traseiro ou, em outros locais do veículos, desde que não ultrapasse a área de 50 por 40 centímetros quadrados.²⁶

Restam as aparentes dúvidas: continua permitido o adesivo microperfurado na extensão total do para-brisas traseiro? Mesmo no para-brisas traseiro a dimensão do adesivo deve se limitar a 0,5m² (meio metro quadrado)? Em outros locais do veículo o adesivo pode alcançar a dimensão de 0,5m² (meio metro quadrado)?

A revogação da norma anterior pela norma posterior resolve o impasse, pois, embora o texto da Lei das Eleições não se encontre assim sistematizado, é de se

25 Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, caveletes, bonecos e assemelhados. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

§ 1º A veiculação de propaganda em desacordo com o disposto no *caput* deste artigo sujeita o responsável, após a notificação e comprovação, à restauração do bem e, caso não cumprida no prazo, a multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006).

§ 2º Não é permitida a veiculação de material de propaganda eleitoral em bens públicos ou particulares, exceto de: (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017).

I - bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos; (Incluído dada pela Lei nº 13.488, de 2017).

II - adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado).

26 Art. 38. Independe da obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral pela distribuição de folhetos, adesivos, volantes e outros impressos, os quais devem ser editados sob a responsabilidade do partido, coligação ou candidato. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013).

§ 3º Os adesivos de que trata o *caput* deste artigo poderão ter a dimensão máxima de 50 (cinquenta) centímetros por 40 (quarenta) centímetros. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013).

§ 4º É proibido colar propaganda eleitoral em veículos, exceto adesivos microperfurados até a extensão total do para-brisa traseiro e, em outras posições, adesivos até a dimensão máxima fixada no § 3º. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013).

concluir que a Lei 12.891/13 foi alterada pela Lei 13.488/17, que passou a permitir a colocação de adesivos plásticos com área de até 0,5m² (meio metro quadrado)²⁷ em automóveis, sem restrição ao local em que o adesivo venha a ser colocado.

7. CONCLUSÃO

A título de exemplo, destacaram-se apenas alguns dos impasses com que os hermenutas do Direito Eleitoral se deparam, sendo que inúmeros outros também são registrados pela jurisprudência especializada a cada nova eleição.

É certo que a unificação da legislação eleitoral, construída com acuidade sistêmica empregada justamente para sanar grande parte dessas idiosincrasias, seria boa companhia da democracia brasileira na caminhada, já não tão curta, de sua efetiva consolidação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. 1ª edição. Jorge Zahar Editor. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 1997.

SEREJO, Lourival. **Programa de direito eleitoral**. Del Rey. Belo Horizonte, 2006.

RÉMOND, René. **Por uma história política**. Tradução de Dora Rocha. Editora UFRJ/FGV. Rio de Janeiro, 1996.

VALLÉS, Josep M. **Ciencia politica**. Una introducción. 8ª edición. Ariel. Barcelona, 2011.

27 Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

§ 1º A veiculação de propaganda em desacordo com o disposto no *caput* deste artigo sujeita o responsável, após a notificação e comprovação, à restauração do bem e, caso não cumprida no prazo, a multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006).

§ 2º Não é permitida a veiculação de material de propaganda eleitoral em bens públicos ou particulares, exceto de: (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017).

I - bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos; (Incluído dada pela Lei nº 13.488, de 2017).

II - adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado).

ISBN 978-658702707-4



9

786587

027074



Selo editorial



www.livroslegais.com.br

Produção gráfica e editoração



www.edicaoordemanda.com.br