

Coordenadores

Eduardo Bordas
Edgar Guimarães
Justo Reyna
Emerson Gabardo

**A existência
digna e a
Administração
Pública do
Século XXI**

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 PUCPR. Professor de Direito Administrativo da UFPR. Pós-doutorado pela Fordham University School of Law - EUA. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

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

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC/PR; Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP; Especialista em Direito

Constitucional pela UNIFOR-CE; Consultora Jurídica na área de Direito Urbanístico. É professora do Centro Universitário Christus, em Fortaleza, nas disciplinas de Direito Administrativo II, Coordenadora de Pesquisa da mesma Faculdade e professora associada do Escritório de Direitos Humanos vinculado ao Curso de Direito. É professora licenciada da Faculdade Paraíso - FAP, em Juazeiro do Norte-CE, de graduação e pós graduação. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA desde 2014; Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico desde 2013; É professora de Pós Graduação da Universidade Regional do Cariri - URCA; Professora colaboradora do Instituto Romeu Felipe Baccellar desde 2006, em Curitiba/PR.

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

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Graduação 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.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasco Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Raro de Oliveira
Revisão: Karla Andrea Leite



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

Eduardo Bordas
Edgar Guimarães
Justo Reyna
Emerson Gabardo
(Coordenadores)

A existência digna e a Administração Pública do Século XXI

Prefácio de
Romeu Felipe Bacellar Filho



Sumário

PREFÁCIO	9
Romeu Felipe Bacellar Filho	

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES CONVIDADOS

A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E ISONOMIA	13
---	-----------

Adriana da Costa Ricardo Schier
Pedro Henrique Brunken Flores

EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL E O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	27
--	-----------

Alexandre Godoy Dotta
Bruna Isabelle Simioni Silva

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE	37
--	-----------

Ana Cláudia Finger
Adriana Kempe

LA CAPTURA DEL ESTADO COMO OBSTÁCULO PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL SIGLO XXI	51
--	-----------

Ana Cláudia Santano

LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y LA SERVICIALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	63
--	-----------

Carlos E. Delpiazzo

O PAPEL DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO ÀS LIBERDADES FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE GLOBAL, TECNOLÓGICA E DE RISCO: POSSIBILIDADES, LIMITES E CONTROLE	79
---	-----------

Daniel Ferreira

QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES? OS ABUSOS DA JUSTIÇA ELEITORAL E AS RESTRIÇÕES À ELEGIBILIDADE	99
--	-----------

Eneida Desiree Salgado
Vitória Pedruzzi Segato

SAÚDE E EXISTÊNCIA DIGNA: A INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS PELO TERCEIRO SETOR ATRAVÉS DE PARCERIAS COM O SUS	121
---	------------

Fernando Borges Mânica

LA ADMINISTRACIÓN EN JAQUE (APOSTILLAS SOBRE CORRUPCIÓN E INSTITUCIONALIDAD)	133
---	------------

José Luis Said

FUNDAMENTOS PARA UMA GESTÃO PÚBLICA DAS CIDADES: A NECESSIDADE DE COERÊNCIA COM A FUNCIONALIDADE SÓCIO JURÍDICA PROMETIDA	147
--	------------

Lígia Maria Melo de Casimiro

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN EL URUGUAY..... 159

Pablo Schiavi

O IMPACTO SOCIAL DO CUSTO DA PROPINA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS; O COMPLIANCE E A GESTÃO DE RISCOS COMO MECANISMOS EFETIVOS DE MITIGAÇÃO E PREVENÇÃO 169

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro

Mirela Miró Ziliotto

O FIM DA DEMOCRACIA E A ESCALADA PARA O FASCISMO 179

Tarso Cabral Violin

Isabele Amorim Machado

PARTE II

TEXTOS APRESENTADOS PELOS PARTICIPANTES

1º Lugar no concurso de artigos jurídicos:

ADMIRÁVEL MUNDO NOVO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO SÉCULO XXI E AS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS..... 195

Ana Cristina Aguilar Viana

Leticia Regina Camargo Kreuz

2º Lugar no concurso de artigos jurídicos:

TRANSFORMAÇÕES NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL: ENTRE EXCLUSIVIDADE, SUBSIDIARIEDADE E CONCORRÊNCIA 211

Luzardo Faria

3º Lugar no concurso de artigos jurídicos:

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 231

Nicholas Arena Paliologo

Artigo Selecionado pela Comissão Organizadora

A VIABILIDADE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 247

Lucas Bossoni Saikali

PARTE III

RESUMOS APRESENTADOS COMO COMUNICADOS CIENTÍFICOS

VULNERABILIDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL 261

Juciane Cleto Pacheco

Alexandre Godoy Dotta

A CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS E O INADIMPLEMENTO DO CIDADÃO 262

Camila Medeiros Rocha Daudt

A DEMOCRACIA DELIBERATIVA NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA ESFERA LOCAL 264

Cynthia Gruending Juruena

A EXISTÊNCIA DE UM NÚCLEO COMUM DE PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 265

André Felipe Pereira de Souza

Bruno Henrique Aibar

A IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA PARA O FORTALECIMENTO DO AMBIENTE DE NEGÓCIOS DO MERCOSUL: UMA ABORDAGEM DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL 266

Felipe Santos Ribas

A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO 268

Alice Padilha de Carvalho

A INTEGRAÇÃO ENERGÉTICA NO MERCOSUL COM BASENO DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE 270

Arlei Costa Junior

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 272

Nicholas Arena Paliologo

A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO PARA TRANSFERÊNCIA DE LOTAÇÃO DE EMPREGADOS PÚBLICOS E ESTABILIZADOS 273

João Felipe Lehmen

Caroline Muller Bitencourt

A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE NO BRASIL À LUZ DA CAPACIDADE ECONÔMICA DO INDIVÍDUO 275

Bárbara Mendonça Bertotti

A PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: UMA ANÁLISE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 277

Lucas Bossoni Saikali

ADMIRÁVEL MUNDO NOVO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO SÉCULO XXI E AS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS 279

Ana Cristina Aguilár Viana

Letícia Regina Camargo Kreuz

AS POLÍTICAS DE COOPERAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO DO MERCOSUL E SUA IMPORTÂNCIA COMO POLÍTICA ADUANEIRA 280

Nicolas Addor

Maiara Lima Araújo

ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 281

Ketlin Kiste Pereira

ATIVISMO JUDICIAL NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS 283

Erika Carvalho Ferreira

Igor Cardoso de Lima Rocha

DA DEFINIÇÃO DO MODELO APROPRIADO PARA PAGAMENTO DE DESPESAS DECORRENTES DE CONTRATAÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM LICITAÇÃO 285

Marcos Antonio de Souza

EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS DE PROTEÇÃO À VULNERABILIDADE DA MULHER 286

Luiza Castro Santos Furtado
Marcelo Reviglio Bertoncini

INCONVENCIONALIDADE DA TEORIA DAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO: CONTRARIEDADE AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA..... 288

Felipe Klein Gussoli

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E UTILIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DE FOMENTO COMO CONCRETIZADORAS DA FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS ESTATAIS 290

Solange Cordeiro Faria

LEGALIDADE, REGULAÇÃO E CONTROLE NA FISCALIZAÇÃO DA ÁGUA COMO RECURSO HÍDRICO E COMO RECURSO MINERAL 292

Gabriela Salazar Silva Pinto

LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES EM TRAMITAÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS E AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O PERIGO DAS SANÇÕES EM DOBRO 294

Kamille Ziliotto Ferreira
Tailaine Cristina Costa

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A SUA JUDICIALIZAÇÃO..... 296

Marina Delattre Rissio

O PAPEL REGULADOR DO MEC NO ENSINO SUPERIOR JURÍDICO BRASILEIRO: ENTRE A OMISSÃO E O DESCASO 298

Pedro Henrique Machado da Luz

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NO CONTROLE EFICIENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 299

Alan José de Oliveira Teixeira

RELEITURA DO SERVIÇO PÚBLICO COMO PROPULSOR DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DAS CAPACIDADES DOS INDIVÍDUOS..... 301

Amanda Luiza da Silva Oliveira Pinto
Miriam Olivia Knopik Ferraz

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS AOS LICITANTES E AOS CONTRATADOS 303

Valéria Jacobovicz

SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL: SUPOSTO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 305

Marcos Viana Costódio

TRANSFORMAÇÕES NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL: ENTRE EXCLUSIVIDADE, SUBSIDIARIEDADE E CONCORRÊNCIA 306

Luzardo Faria

UMA ANÁLISE DO PROGRAMA RENOVABIO COM SEDE NO DIREITO ADMINISTRATIVO. 308

Felipe Eduardo de Oliveira Silva
Alexandre Borges Walmott

UMA REFLEXÃO SOBRE O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO NA PETROBRAS 309

Juliana Levandoski Richa

Prefácio

Honra-me prefaciá-la esta importante obra seja porque os trabalhos produzidos foram selecionados durante o Congresso realizado pela Associação de Direito Público do Mercosul, em homenagem à grande cultora do Direito e estimadíssima amiga, Irmgard Lepenies, seja pela participação de juristas consagrados em admirável mescla com a juventude promissora que participou ativamente do magnífico evento. Nunca é demais reiterar – no cenário globalizado em que vivemos – a importância de defendermos com ousadia, vigor e sem arrogância o nosso Mercosul.

Com efeito, abstraído cogitações isolacionistas ou mesquinhas, é importante revelar ao mundo a grandeza do Bloco de nações que, unido, poderá promover 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.

É o momento de sublinhar que o Mercosul, para além de significar um precioso meio de alcance de uma interação digna e respeitosa para com os outros blocos mundiais, representa a garantia da manutenção de nossas respectivas soberanias, sendo, pois, um projeto que transcende os imediatismos dos que procuram subjugar o poder a qualquer preço.

Assim, o Mercosul, devidamente revigorado, haverá de reunir forças para, finalmente, permitir a instauração de um sistema caracterizado pelo governo de todos, de uma Administração Pública comprometida em promover uma existência digna para seus destinatários, abandonando-se o modelo da excessiva e nefasta concentração de poder. Um sistema que privilegie a geração de condições jurídicas e políticas para que não se perenizem disputas vãs que, cedo ou tarde, impliquem em desarmonia institucional de algum dos integrantes do Bloco.

Mais do que nunca, o Mercosul revela-se o único instrumento ou condição para que, com austeridade e discernimento, sem falsos e miraculosos estratagemas, poderemos superar a crônica tendência protelatória a impedir a concretização dos ideais do Tratado de Assunção e da Carta dos Direitos Fundamentais do cidadão Sul-Americano, unindo e respeitando os nossos povos, os verdadeiros grandes sofrendores neste processo de deterioração institucional.

A felicidade na escolha do tema paradigma dos trabalhos que compõem a obra intitulada *A existência digna e a Administração Pública do século XXI*, já possibilita vislumbrar o interesse que irá despertar no público leitor.

Tenho reafirmado que, a cada obra lançada, sedimenta-se, cada vez com maior vigor, a ideia de que o fértil solo acadêmico em nosso país e nos países vizinhos sempre foi uma

fonte inesgotável de cultura, reprimida, todavia, pelas escassas chances até então ofertadas. Diversas foram as causas determinantes da mudança. Uma delas, sem dúvida e talvez a mais significativa, a proliferação dos grupos de estudo, para cuja proliferação e incentivo jamais faltou o apoio dos ilustres coordenadores desta obra. Refiro-me aos Professores *Eduardo Bordas*, *Edgar Guimarães*, *Justo Reyna* e *Emerson Gabardo*, a quem presto minha especial reverência.

Os partícipes da presente obra, apoiados em magnífica bibliografia, dimensionando com maestria as suas ideias e a doutrina coligida, demonstram a cada passo, notável capacidade de tornar sóbrios e interessantes os temas selecionados, homenageando os ávidos destinatários da excelente obra que produziram.

Finalmente, em relação à homenageada, repito o que, outra sede, havia afirmado: não existe, por certo, destino mais glorioso para qualquer pessoa que o de contemplar sua vida alargada no tempo pela multidão de discípulos que difundem suas ideias. Irmgard Lepenies bem sintetiza o exemplo. O inolvidável *Guillermo Andrés Muñoz* sempre se referia a Irmgard com “La Chefa”, a quem devíamos seguir e obedecer. Tinha plena razão. Irmgard revela-se uma dessas raras criaturas que, como advogada e como professora, posicionando-se sempre adiante de seu tempo, elevou-se da altura comum, sem outro apoio senão do seu próprio valor.

Cumpre-nos, como profissionais do Direito, o palmilhar do caminho da luz e da verdade, tornando a vida de nossos semelhantes mais digna de ser vivida. Teremos, certamente, no curso da espinhosa missão que nos espera, percalços e incompreensões, e, de tais dissabores, não há como escapar. Mas se fortalecidos pelo exemplo dignificante de Irmgard, apoiados em fé e esperança, haveremos de afastar de nossos pensamentos, a ideia de uma cômoda e reservada condição de apartidário espectador dos fatos que nos cercam.

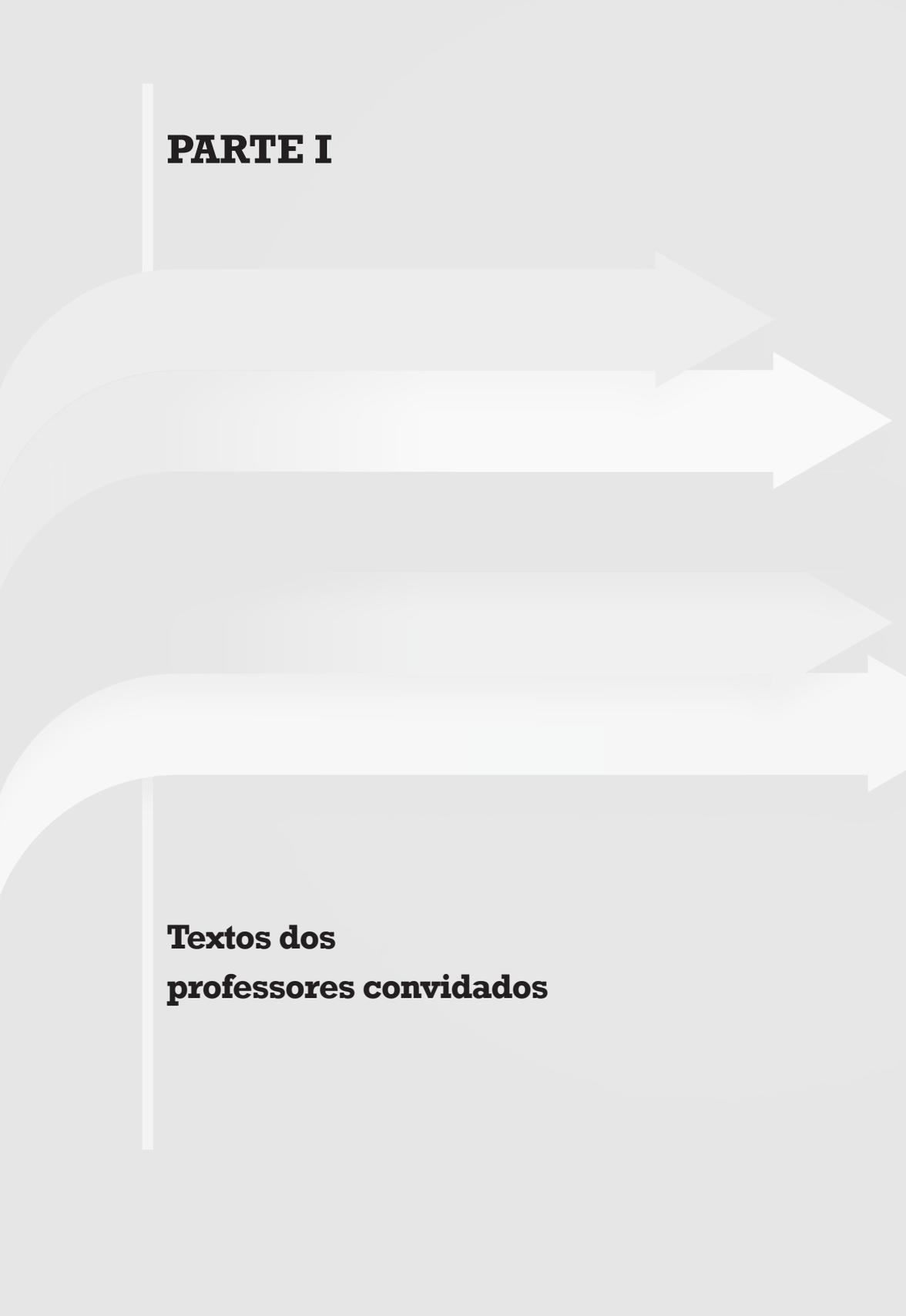
A imagem da Professora *Irmgard Lepenies* justamente homenageada nas jornadas e nesta obra, mulher de múltiplas virtudes, surge, nesta aparente constelação de pessimismo, como o instrumento da reconstrução da grandeza humana, revelando à nossa juventude, o quanto vale a atuação desassombrada e o aprimoramento intelectual, o quanto vale a pena ser digno, o quanto vale a pena ser honesto, o quanto vale ser justo.

Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Professor Titular de Direito Administrativo da
Universidade Federal do Paraná

Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia
Universidade Católica do Paraná

Ex-Presidente da Associação de Direito Público do Mercosul
Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo
Advogado



PARTE I

**Textos dos
professores convidados**

A vinculação da administração pública aos precedentes em matéria de direitos fundamentais sociais e o respeito aos princípios da segurança jurídica e isonomia

Adriana da Costa Ricardo Schier¹

Pedro Henrique Brunken Flores²

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Administração pública e a tutela dos direitos fundamentais; 3 O respeito aos precedentes como meio de garantia para a efetivação dos direitos fundamentais; 4 A vinculação da administração pública aos precedentes e o respeito aos princípios da segurança jurídica e isonomia; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 resta consolidado o modelo de Estado Democrático de Direito, insculpido logo no preâmbulo da Carta Constitucional³, bem como positivam-se os direitos fundamentais do cidadão, especialmente em seu artigo 5º, e, ainda mais, os direitos fundamentais sociais, especialmente em seu artigo 6º.

Essas novas facetas constitucionais, especificamente ao que se refere aos direitos fundamentais, trazem em si imbuídas uma roupagem mais evidente à Administração Pública, qual seja: a competência de tutelar os direitos fundamentais – nesse segundo ponto, mais especificamente os direitos fundamentais sociais.

¹ Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Estágio Pós-Doutoral pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora no PPGD em Direitos Fundamentais e Democracia (UniBrasil). Diretora Acadêmica do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogada.

² Mestre em Direito (PPGD/Unibrazil). Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional (Nupeconst/Unibrazil) e do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Administração Pública (UnC/Mafra). Advogado.

³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Nesse viés, então, mostra-se necessário que se busquem mecanismos que permitam à Administração cumprir seus desideratos, permitindo a devida realização dos direitos fundamentais. Dentre tais instrumentos surge na doutrina nacional⁴ a figura dos precedentes administrativos, instrumento esse que já vinha sendo estudado por doutrinas estrangeiras⁵.

Esse é o objeto da presente investigação. Pretende-se demonstrar que a utilização dos precedentes administrativos pela Administração Pública, bem como sua vinculação aos precedentes judiciais é forma apta a promover a efetivação dos direitos fundamentais sociais da forma devida e, mais ainda, de respeitar aos princípios constitucionais que de si fazem parte, especificamente neste artigo, por questões metodológicas, o princípio da segurança jurídica e o princípio da isonomia.

Para isso, tratar-se-á em um primeiro momento da demonstração da competência constitucional da Administração Pública em promover os direitos fundamentais sociais, referindo-se desde logo a utilização dos precedentes. Em seqüência, serão analisados de forma dogmática os princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, mostrando a sua importância no que se refere à garantia dos direitos fundamentais, para, então, mostrar que a vinculação da Administração Pública à utilização dos precedentes está intimamente ligada ao respeito de tais princípios constitucionais no bojo do regime jurídico administrativo.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, intrínsecos e subjetivos, vinculam determinada expectativa do sujeito a uma norma jurídica⁶. Tais direitos, previstos na Constituição Federal de 1988, buscam garantir a dignidade de seus titulares. Suas expressões podem ser vistas em inúmeras

⁴ No Brasil, trabalhos como o de Gustavo Marinho Carvalho, Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros e Daniel Wunder Hachem são expoentes sobre o tema. Para aprofundamento no estudo ver: CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação**. 2014. 120 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014; HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014a.

⁵ A respeito das pesquisas elaboradas a respeito dos precedentes administrativos no cenário internacional: DIAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**. Espanha. n. 24. p. 75–116. 1957. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. Acesso em: 29 maio 2017; MARTÍNEZ, Augusto Durán. El Precedente Administrativo. **Revista de Derecho de La Universidad del Uruguay**, 2010. p. 51-78; GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**, 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

ros dispositivos do texto constitucional, e especialmente no seu artigo 5º e incisos, artigo 6º, dentre outros.

Foi, em verdade, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 que houve a retomada da democracia e se “[...] afirmou uma série de princípios fundamentais pautados na tutela da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Além disso, essa Constituição se dedicou a construir um extenso rol de direitos fundamentais, inovando ao expressivamente incluir uma gama de direitos fundamentais sociais em seu corpo, bem como se dedicou a garantir determinados “[...] direitos que já haviam sido incorporados ao patrimônio histórico e jurídico da comunidade brasileira” e, ainda, a responder certos problemas existentes do passado e de projetos futuros como, por exemplo, o repúdio à tortura e aos tratamentos cruéis e desumanos e à erradicação da pobreza e à construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, respectivamente⁷.

É possível reconhecer, portanto, com a promulgação da Constituição de 1988, a adoção do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, que tem por missão assegurar esse amplo catálogo de direitos fundamentais, tanto os direitos de abstenção, como os direitos prestacionais. Sobre os direitos fundamentais já se falou que se constituem “*la columna vertebral del Estado Constitucional*.”⁸. Para Alexy, são princípios ou mandados de otimização, que determinam a realização de seu conteúdo no maior grau possível, tendo em vista as potencialidades fáticas e jurídicas⁹. Segundo Jorge Miranda, os direitos fundamentais podem ser tomados como posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tal, de assente na Constituição, formal ou material¹⁰.

Dentre os autores nacionais, destaca-se Ingo Wolfgang Sarlet, que define direito fundamental como um conjunto de “posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal),” e também “as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).”¹¹.

⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a constitucionalização do direito administrativo no contexto brasileiro – complexidade do processo. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direito Público Sem Fronteiras**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Política, 2011. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018. p. 217.

⁸ PULIDO, Carlos Bernal. Prólogo. In: ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 13-17.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 117.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 7.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 91.

Os direitos fundamentais refletem, assim, de acordo com a disciplina da Lei Fundamental de 1988, um conjunto de direitos especialmente protegidos pela ordem constitucional, na medida em que contém “decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa”¹², criando e mantendo, mediante eles, “os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”¹³. Trata-se, então, a fundamentalidade, de uma “especial dignidade e protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”¹⁴. Esses direitos traduzem, portanto, para o campo jurídico, os valores que a sociedade toma por mais caros, aqueles que identificam o núcleo dos anseios sociais e, na concepção da Constituição Dirigente, o conjunto axiológico que expressa as linhas mestras que devem nortear o projeto de Estado vislumbrado pelo poder constituinte originário.

O catálogo dos direitos fundamentais, portanto, permite que se alcance, mediante o exercício dos direitos subjetivos que deles decorrem, os objetivos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º, da Carta Magna. A partir de tal premissa, pode-se concluir que os direitos fundamentais traduzem os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro, promovendo o bem de todos e alcançando, com isso, o desenvolvimento nacional.

Dentre essa gama de direitos, instituíram-se, principalmente no artigo 6º da Carta Constitucional de 1988, os direitos fundamentais sociais que, nas palavras de André Folloni, têm um significado propriamente jurídico bastante definido, e diz respeito aos direitos fundamentais que, historicamente, foram conquistados em seguida à conquista dos direitos individuais – chamados, também, direitos fundamentais de segunda geração¹⁵.

Esses direitos importam prestações positivas do Estado para a sua ideal realização. Nessa medida, conformam-se como direitos subjetivos que asseguram aos seus titulares a faculdade de exigi-los de forma imediata perante o Poder Judiciário, ainda que na ausência de norma infraconstitucional reguladora¹⁶. Conforme Clémerson Merlin Clève, “a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente)”¹⁷.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 91.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 472.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 378.

¹⁵ FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista direitos humanos fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, 2014. p. 78.

¹⁶ 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 e constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013b. p. 142.

¹⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

Do regime jurídico aplicável a tais direitos, garantidas eficácia plena e aplicabilidade imediata, impõe-se à Administração Pública¹⁸ promover os meios necessários para a sua consecução¹⁹.

Ocorre que, em não raras vezes, o poder público nega a realização de tais direitos e tal omissão acaba por obrigar os cidadãos – que possuam condições para tanto – a recorrer ao Poder Judiciário em busca da garantia de suas dignidades. E a resposta judicial pode ou não determinar à Fazenda Pública a garantia em concreto de um direito social ao cidadão singular (singular porque as decisões judiciais nessa matéria atingem, em regra, tão somente o sujeito que teve as condições necessárias – econômicas, educacionais e culturais – para pleitear seu direito jurisdicionalmente). Esse ciclo tem se tornado cada vez mais frequente, ante um mar de decisões administrativas que violam os direitos dos cidadãos, despontando o Poder Judiciário como a última alternativa aos desamparados que se veem tolhido dos direitos que lhe foram assegurados constitucionalmente.

Porém, ainda que sem que haja condições de analisar, nos limites do presente trabalho, as consequências, por vezes nefastas, de uma atuação demasiada do Poder Judiciário, é preciso pontuar que, por vezes, as decisões judiciais concessivas de direitos, mormente os de cunho social, acabam por fragilizar a garantia dos princípios da segurança jurídica e da isonomia, uma vez que são decisões unitárias e que atendem tão somente a um caso específico. Assim, ao cumprir o dever constitucional de efetivar, para o cidadão demandante, o direito fundamental negado pelo Poder Público, a atuação judicial acaba por deixar à deriva sujeitos que possuem as mesmas necessidades, mas que, contudo, não possuem condições de recorrer a tal instância. Tais circunstâncias põem em cheque o respeito ao princípio da isonomia, já que se impõe à Administração o dever de assegurar o direito tão somente da pequena parcela dos cidadãos que teve acesso ao órgão judicial, deixando sem o devido amparo todos aqueles que possuem o mesmo direito, mas que não têm as devidas condições para tanto. De igual forma, a atuação jurisdicional isolada também afronta o princípio da segurança jurídica na medida em que sem a universalidade das decisões, a Administração Pública acaba por ofertar soluções diversas para questões idênticas.

Tais ponderações são feitas por Daniel Wunder Hachem que esclarece que a efetivação dos direitos sociais pelos Poder Judiciário em ações individuais não se apresenta como a melhor solução na medida em que “pode contribuir para o aumento do fosso entre os mais ricos e os mais pobres, já que aqueles que desfrutam de melhores condições financeiras e de informação para obter a tutela judicial dos seus direitos individualmente acabam desvian-

¹⁸ Para aprofundamento no estudo a respeito da eficácia dos direitos fundamentais sociais, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

¹⁹ Para aprofundamento no estudo a respeito da eficácia dos direitos fundamentais sociais, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

do, para sua satisfação pessoal, recursos que seriam destinados ao atendimento da camada mais necessitada da sociedade.”²⁰

Quer-se dizer com isso que a busca pelo Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os de cunho social, ainda que atenda circunstancialmente demandas relevantes, não parece ser a solução ideal no plano do Estado Democrático de Direito, na medida em que, no atual sistema, não alcança de forma igualitária toda a população. Daí a necessidade de mecanismos que permitam assegurar, no ambiente de isonomia e segurança jurídica, o cumprimento dos deveres constitucionais. Daí tratar-se da teoria dos precedentes no âmbito do Direito Administrativo, precedentes que surgem como uma forma de garantir que as decisões da Administração Pública sejam coerentes e garantam o tão almejado tratamento isonômico entre os cidadãos, afastando, assim, a tão nefasta *administração de surpresas*, expressão cunhada por Romeu Felipe Bacellar Filho. Daí porque, nos próximos tópicos do presente artigo pretende-se demonstrar que o respeito aos precedentes, pelo Poder Público, apresenta-se como meio apto a garantir decisões isonômicas, contribuindo para criar, na esfera administrativa, o ambiente de confiabilidade que deve caracterizar a boa Administração Pública.

3 O RESPEITO AOS PRECEDENTES COMO MEIO DE GARANTIA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Basicamente, os precedentes administrativos se resumem a uma forma onde as decisões anteriormente tomadas pela Administração Pública tornem-se padrões para outras decisões em casos similares, implicando uma atuação marcada pelo caráter isonômico²¹. Mais do que isso, pode-se dizer que os precedentes administrativos tomam forma a partir do momento que a Administração adota um mínimo de decisões similares e coincidentes sobre determinada temática e, com isso, utiliza tais decisões como embasamento, como elemento de motivação das demais decisões a serem proferidas sobre o mesmo tema. É importante destacar que tais decisões tomadas pelo Estado Administração não precisam necessariamente ter sido consecutivas, mas sim que a Administração tenha, de fato, as usado como embasamento para outras decisões²².

²⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (Coords.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014b. p. 218-9.

²¹ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos**: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação. Orientador: Salem Nasser. 2014. 120 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014. p. 35.

²² GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**, 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015. p. 152-3.

Pode-se entender, então, que os precedentes administrativos constituem uma norma objetiva de direito, uma norma de decisão, originada a partir de um mínimo de duas decisões tomadas pelo Estado Administração, no exercício de suas competências²³.

Em síntese, os precedentes administrativos referem-se a decisões tomadas pela própria Administração Pública que servirão de base e fundamento para a tomada de novas decisões em casos idênticos. A realização do direito à isonomia, aqui, parece indubitável: considerando a igualdade entre os cidadãos, não se faz possível aceitar decisões contraditórias e divergentes quando se está pleiteando o mesmo direito, fundado nos mesmos pressupostos de fato. Traduzem-se, com isso, no respeito e vinculação da Administração para com as suas próprias decisões, especificamente, para este trabalho, no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

Por sua vez, mas embasado nos mesmos pressupostos, a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais se traduz no respeito por parte do Estado Administração às decisões tomadas pelo Poder Judiciário, esgotadas as possibilidades de recursos, no âmbito dos processos em que a Fazenda Pública tenha sido parte. A defesa da observância dos precedentes judiciais, nesse contexto, justifica-se pela necessidade de se universalizar as decisões judiciais tomadas em matéria de direitos fundamentais, evitando-se uma divisão discriminatória entre cidadãos “com sentença” e cidadãos “sem sentença”, como assevera com propriedade Daniel Wunder Hachem²⁴.

A vinculação da Administração aos precedentes judiciais se dará, então, quando já houver a condenação judicial reiterada da Administração Pública, em matéria de direitos fundamentais. A decisão proferida na esfera jurisdicional, portanto, deverá necessariamente ser observada pelo Poder Público, no julgamento administrativo de casos idênticos.

É certo que, nesses casos, “[...] diferentemente dos precedentes administrativos, deverá haver jurisprudência pacificada dos tribunais locais ou das Cortes Superiores, uma vez que aqui não se trata de interpretação realizada pela própria Administração [...]”.²⁵

Veja-se que a vinculação da Administração aos precedentes, sejam os administrativos ou os judiciais, tem por razão proteger os direitos fundamentais, proporcionando a sua devida tutela e resguardando aos princípios imanentes à Administração. Não há necessidade de legislação específica que sancione a utilização dos precedentes por parte do Estado Administração, pois, afinal, soluções dessa natureza já estão normatizadas em face da força

²³ DIAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*, Espanha, n. 24, p. 75–116, 1957. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. Acesso em: 29 maio 2017. p. 102.

²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014a.p. 476-7.

²⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014a. p. 477.

vinculante dos princípios da igualdade e impessoalidade, bem como da segurança jurídica, como tantas vezes já se asseverou no presente texto.

A partir do enfoque de proteção dos direitos fundamentais sociais, Daniel Wunder Hachem, em reforço à tese aqui sustentada, refere que “[...] é constitucionalmente inadmissível a concessão de prestações sociais para uns, sem que sejam atendidos da mesma maneira pelo Estado aqueles que se encontrem sob idênticas condições.”²⁶. O mesmo raciocínio merece ser aplicado em face de quaisquer direitos fundamentais que clamem sua concretização pela Administração Pública.

Enfim, conclui-se que a vinculação da administração pública aos precedentes tem embasamento no respeito aos princípios constitucionais, especialmente nos princípios da igualdade, garantindo-se um ambiente de respeito à isonomia e à segurança jurídica, temática que passa a ser abordada.

4 A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES E O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E ISONOMIA

Como visto no tópico anterior, os princípios constitucionais imanentes à Administração Pública dão embasamento e justificam a utilização dos precedentes, permitindo-se concluir, a partir do regime jurídico administrativo, que a vinculação do poder público às decisões emanadas anteriormente encontra justificativa no âmbito de uma dogmática constitucional administrativista comprometida com a efetividade dos direitos fundamentais.

Neste trabalho, pelo recorte metodológico adotado, serão abordados apenas dois princípios específicos que justificam o recurso aos precedentes, quais sejam, os princípios da segurança jurídica e isonomia, que ao lado dos demais princípios constitucionais, integram o regime jurídico administrativo²⁷. Tem-se que é a aplicação de tais princípios que impõe a eficácia vinculante das decisões exaradas na esfera administrativa, como sustenta Gustavo de Marinho Carvalho: “[...] a invocação de certos princípios jurídicos é suficiente para fundamentar a eficácia vinculante dos precedentes administrativos no Direito Administrativo brasileiro”²⁸, vez que, como as regras, os princípios jurídicos possuem, também, *elevada normatividade*²⁹, o que lhes permite servir de fundamento para um instituto jurídico.

²⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014a. p. 471.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87.

²⁸ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 93.

²⁹ A respeito da força normativa dos princípios ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

Sobre o princípio da segurança jurídica na seara administrativa muito já se escreveu. Almiro do Couto e Silva, por exemplo, em texto clássico intitulado “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei n. 9.784/99)”, demonstra que, ainda que não exista menção específica na Constituição Federal de 1988³⁰, deverá ser considerado como princípio constitucional *base* do Estado de Direito³¹. Segundo ele, “[...] a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade” e que, com isso, é possível concluir que “segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de Direito.”³².

Ainda de acordo com Almiro do Couto e Silva, o conceito de segurança jurídica deve ser entendido como dividido em duas partes, uma objetiva, “[...] que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”, e uma parte subjetiva, que “[...] concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de atuação”³³.

Para o referido autor, todavia, a doutrina moderna acabou por transformar essa distinção do princípio da segurança jurídica em dois princípios distintos, de modo que se entende por segurança jurídica quando se está a falar em seu aspecto objetivo e, de outra forma, quando se fala do seu aspecto subjetivo relaciona-o com o princípio da confiança³⁴. De toda forma, por razões metodológicas e para os fins do presente trabalho, trabalhar-se-á

³⁰ A respeito de tal afirmação ver, também: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito público, n. 21, mar./abr./maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 126.

³¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 26 maio 2018. p. 11.

³² *Ibidem*.

³³ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 26 maio 2018. p. 3.

³⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 26 maio 2018. p. 4.

com o princípio da segurança jurídica englobando ambos os seus aspectos, abrangendo-se, igualmente, o princípio da proteção da confiança.

Essa delimitação conceitual se faz relevante já que a vinculação da Administração Pública aos precedentes tem por função garantir decisões repetitivas aos cidadãos, em respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, mas também em deferência à confiança na atuação da Administração nas celeumas que envolvam a discussão de direitos fundamentais.

O princípio da segurança jurídica, portanto, é responsável por garantir maior estabilidade às situações jurídicas. Mais do que isso, esse princípio pode ser considerado albergado pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo claro, desse modo, “[...] que impõe ao Poder Público a obrigação de respeitar a sua racionalidade manifestada em decisões administrativas anteriores [...]”.³⁵

Na perspectiva da realização dos direitos fundamentais, a segurança jurídica é elemento imprescindível, conforme acentua Ingo Sarlet: “[...] a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.”³⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio encontra fundamentação na Lei do Processo Administrativo (Lei 9784/99), em seu artigo 2º, *caput*³⁷, expressamente citado dentre aqueles que deverão ser obedecidos pela Administração Pública.

Já no que concerne ao princípio da isonomia ou igualdade, esse encontra seu fundamento constitucional no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esse preceito, insculpido na Constituição dentre os direitos e garantias fundamentais, permite a interpretação de que não há a possibilidade de haver tratamento desigual entre os indivíduos em matéria de direitos fundamentais. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”³⁸.

Veja-se, portanto, que referido princípio busca manter o tratamento igual entre todos, extirpando as formas de tratamento díspares por parte do Estado, notadamente na realização

³⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (Coords.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014b. p. 221.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito público, n. 21, mar./abr./maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2018. p. 9

³⁷ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

³⁸ Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo. Malheiros, 2000, p. 9.

de direitos fundamentais. Remete à ideia de que a Administração deve tratar todos os cidadãos de forma igual quando se encontrem diante da mesma situação. Afinal, tal princípio é “o verdadeiro fundamento para a consagração constitucional dos direitos sociais: é para que todos possam desfrutar de posições substancialmente iguais no âmbito da sociedade que as Constituições impõem aos Estados o dever de promover ações sociais interventivas, interferindo nas relações interprivadas para equiparar juridicamente os sujeitos hipossuficientes” e esclarece, ainda, Daniel Wunder Hachem, que é esse princípio que amplia “o acesso dos marginalizados a bens e serviços econômicos, sociais e culturais.”³⁹ (HACHEM, 2014b, p. 220).

Conclui-se a partir dessa breve exposição que o princípio da igualdade tem por intuito maior garantir mais do que a igualdade em sentido estrito para os cidadãos, mas também permitir que os que, em tese, não possuem as devidas condições para buscar seus direitos da forma devida, os tenham garantidos pelo Estado. Por certo, mesmo com tal previsão constitucional, invariavelmente tratamentos desiguais ocorrem por parte da Administração quando se fala em concretização de tais direitos. As decisões administrativas, em não raras vezes, divergem quando da análise de casos iguais.

Perceba-se que a administração por inúmeras vezes acaba por utilizar-se da aplicação das normas jurídicas de forma desigual, notadamente devido à discricionariedade administrativa, razão que explica, em grande parte, o excessivo número de demandas judiciais intentadas envolvendo o Poder Público.

Justifica-se, com isso, as ideias desenvolvidas no presente texto: a utilização dos precedentes, a vinculação da Administração Pública aos precedentes permite afastar a incoerência administrativa gerada pelo grande número de decisões díspares, garantindo-se aos cidadãos maior segurança e efetividade em matéria de direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema proposto, ainda que em um recorte metodológico restrito, permite ilustrar o papel atribuído à Administração Pública na nova ordem constitucional no que se refere à tutela dos direitos fundamentais. Tal roupagem visa garantir a realização dos valores que definem o Estado Democrático de Direito, mormente através do devido respeito aos princípios constitucionais.

Nesse ambiente, a vinculação das decisões administrativas aos precedentes da própria Administração Pública, bem como às decisões judiciais que contem com jurisprudência pacificada em matéria de direitos fundamentais desponta como instrumental voltado à construção de uma dogmática do Direito Administrativo voltada à realização direitos fundamentais, centrada na perspectiva da segurança jurídica e da isonomia, tomadas como

³⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *In*: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (Coords.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Ithala, 2014b. p. 220.

valores nucleares na efetivação do modelo de Estado Democrático de Direito plasmado na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos**: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação. Orientador: Salem Nasser. 2014. 120 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 26 maio 2018.

DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**. Espanha. n. 24. p. 75–116. 1957. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. Acesso em: 29 maio. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista direitos humanos fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, 2014.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**. 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

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. 2013a.

_____. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – revista de direito administrativo e constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013b.

_____. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. 2014a. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2014a.

_____. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *In*: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (Coords.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014b.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. El precedente administrativo. **Revista de Derecho de La Universidad del Uruguay**, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo. Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. Prólogo. *In*: ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito público, n. 21, mar./abr./maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2018

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a constitucionalização do direito administrativo no contexto brasileiro – complexidade do processo. *In*: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direito Público Sem Fronteiras**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Política, 2011. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil e o respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Alexandre Godoy Dotta¹

Bruna Isabelle Simioni Silva²

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Constituições brasileiras e os direitos fundamentais sociais; 3 Estado democrático e social de direito e Dignidade da Pessoa Humana; 4 Relevância constitucional dos direitos sociais; 5 Sentido e alcance dos direitos sociais e a carência de efetivação dos direitos; 6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O texto tem por objetivo analisar os direitos sociais frente à história e a partir das próprias normas inseridas na carta constitucional a fim de demonstrar a íntima relação com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A reflexão do presente tem base na própria sociedade tendo como proposta o tratamento igualitário a todos os cidadãos da sociedade.

Os direitos sociais têm como característica a concessão aos indivíduos de prestações que necessitam para viver com dignidade. A primeira Constituição brasileira a trazer em seu bojo os direitos sociais foi a de 1934, a qual vigorou sobre a influência da Constituição alemã de Weimar de 1919. Em 1988 ocorreu a promulgação da Constituição da República, período em que se consolidava a democracia e que representava reconhecimentos desses direitos. Esses direitos estão intimamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é pilar essencial do Estado Democrático de Direito e está totalmente ligada aos direitos fundamentais, essenciais para que as pessoas possam ter uma vida digna, podendo enquadrar nessa concepção os direitos sociais.

Os direitos sociais foram desencadeados a partir das lutas sociais, em um período curto de tempo e de forma que jamais havia ocorrido anteriormente, a Revolução Francesa, seguindo o princípio da autonomia da vontade, pautado na ideia de que Estado deixava de in-

1 Professor Pesquisador do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.Doutor e Mestre em Políticas Educacionais pela PUCPR.

2 Professora do Centro Universitário Internacional – Uninter.Mestra em Direito Fundamentais e Democracia pela UniBrasil.

tervir nas relações contratuais, sob argumento de igualdade entre os cidadãos deixou vulnerável os menos favorecidos, o que ocasionou a sua exploração³. A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, lançando novas bases para que se pudesse construir um Estado Social de Direito⁴.

Entretanto, em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, seguindo os mesmos passos da Constituição Mexicana, nasce a Constituição de Weimar, “aprimorando as linhas-mestras já traçadas na primeira, no que se refere ao Estado da democracia social”⁵, acrescentou os direitos sociais, exigindo uma prestação positiva do Estado para realização dos direitos. A Constituição de 1824, a carta do Império continha o pensamento liberal, restringia-se aos direitos individuais, civis e políticos, porém o direito consagrado nessa carta política era direcionado à elite da aristocracia que dominava o regime. A carta de 1891 é a primeira carta da República, na qual adotou-se o regime da República Federativa, optando assim pelos moldes do presidencialismo, extinguiu a divisão quadripartite do Império, optando pela doutrina tripartida de Montesquieu, não a vinculou com a realidade do país, por tal motivo não teve eficácia social. Era adotado o coronelismo, que detinha o poder real e efetivo⁶.

Em 1934, nos mesmos passos da Constituição Mexicana de 1917 e a alemã de Weimar de 1919, foi inaugurado o constitucionalismo social brasileiro, representando um enorme avanço em direitos sociais, arquitetando a importância da intervenção do Estado. Verificou a passagem do pensamento liberal, de um Estado não intervencionista para o entendimento de um Estado Social, interessado nas necessidades das pessoas, mesmo que em um primeiro momento não fossem possíveis concretizá-las de forma plena. Estando presente pela primeira vez a ordem econômica e a ordem social⁷.

A Constituição de 1937 não se apresentou muito regular, os direitos sociais inaugurados na carta de 1934 ainda estavam presentes na atual carta⁸. Em 1946 se tem a nova Constituição, que surge após a Segunda Guerra Mundial, período no qual os direitos sociais assumiram papel importante, tendo em vista o massacre dos direitos humanos, anunciava a ordem econômica como um dever de organização consoante os princípios da justiça, assim como a carta de 1934, queria a evolução para fixação da ideia de justiça, bem como o declarando meio de promoção humana e social, como meio de obtenção a sobrevivência digna⁹. A carta política de 1967, derivado do regime militar, trouxe a inovação quanto a preocupação com o desenvolvimento nacional, previa também a declaração de direitos, porém o princípio da segurança nacional estava acima da eficácia de outras normas constitucionais¹⁰.

³ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. **Os direitos sociais como cláusulas pétreas na constituição da república de 1988**. Curitiba: J.M., 2011. p. 31.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 178-181.

⁵ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. Op. cit., p. 33.

⁶ Ibidem, p. 37.

⁷ Ibidem, p. 38.

⁸ Idem.

⁹ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. Op. cit., p. 41.

¹⁰ Idem.

Em 1988, foi promulgada a nova Constituição, que decorreu de um processo de democratização desencadeada nos últimos anos do regime militar, a constituição cidadã, assim vista por ter ampla participação do povo, bem como por ter destinado amplo espaço para os direitos e garantias fundamentais¹¹. Esses direitos caracterizam-se por concederem aos indivíduos prestações que necessitam para viver com dignidade, assim deve o indivíduo cobrar do Estado uma posição ativa para que os direitos sejam efetivados¹².

Não se destinam a garantir perante o Estado uma liberdade ou proteção, mas a garantia de que o Estado vai garantir a satisfação desses direitos, dirigem-se a proteger os mais fracos, tanto nas relações jurídicas como nas demais relações em que possa ser desigualado¹³. Os direitos sociais surgiram em meio às revoluções sociais e ao longo do tempo foram sendo incorporadas as Constituições, hoje na Constituição de 1988 esses direitos possuem amplo espaço, porém conforme veremos adiante, ainda carecem de aplicação.

2 CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Para adentrarmos no exame específico dos direitos fundamentais sociais, é necessário apresentar rapidamente o papel dos direitos fundamentais, no âmbito do Estado Constitucional¹⁴. José Afonso da Silva utiliza a expressão “direitos fundamentais do homem”, a mais adequada para indicar o significado de direitos fundamentais, pois no direito positivo trata das prerrogativas e instituições que trata de garantias de convivência digna, livre e igual para todos¹⁵. Flávio Moreira Guimarães Pessoa apresenta “uma noção mais atualizada dos direitos fundamentais, porém conduz à conclusão de que eles representam a constitucionalização dos direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo do tempo da história e que são reconhecidos como condição para o exercício dos demais direitos”¹⁶.

Constituem direitos sociais, necessidades fundamentais humanas, devendo ser avaliados como valores da sociedade, porém existem posicionamentos a fim de repudiar esses direitos como categoria de direitos fundamentais, colocando-os na posição de direito programáticos, posição essa que é reprovada pela doutrina majoritária, que os reconhece como fundamentais, assim como os direitos políticos, individuais e de nacionalidade¹⁷. A Consti-

¹¹ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. Op. cit., p. 43.

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. ver. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 739.

¹³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2011. p. 762.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 69.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 176/177, apud SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. **Os direitos sociais como cláusulas pétreas na constituição da república de 1988**. Curitiba: J.M., 2011. p. 23.

¹⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A tutela das relações de trabalho em sentido amplo por meio de hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos trabalhistas fundamentais individuais. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges (Coords.). **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008. p. 140.

¹⁷ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. Op. cit., p. 45.

tução de 1988 não apenas reconheceu os direitos fundamentais explícitos, mas também os implícitos, sendo assim, não existem direitos fundamentais garantidos se os direitos sociais não forem respeitados¹⁸. Com relação aos direitos sociais, mesmo havendo a necessidade de dever positivo do Estado é necessária também uma abstenção a fim de não ter medidas que aniquilem conquistas já alcançadas¹⁹.

Esses direitos demandam prestações positivas do Estado, por meio de recursos públicos para que sejam garantidos, por esse motivo grande parte da doutrina acredita serem normas programáticas. No entanto, a prestação é diferente para cada cidadão, sendo preciso adotar critérios de distribuição para esses recursos. Todavia face à falta de base financeira suficiente para arcar com todas as despesas a fim de atender as mais diversas necessidades sociais, tendo que assim utilizar critérios de justiça distributiva, analisando quem vai receber e o quanto será distribuído²⁰. Entramos na seara da reserva do possível, na qual o Estado está obrigado a garantir o que esteja constitucionalmente disposto, apenas quando disponha de meio para tanto²¹.

Na reserva do possível o que se pondera são os recursos existentes para cumprir efetivamente o que foi mando normativo constitucional, se apresenta como condição diretamente relacionada a efetividade dos direitos fundamentais sociais, dependendo sempre da relação da norma e a realidade²². Quando se trata de direitos fundamentais sociais, e da sua efetividade como normas programáticas, apesar de indicarem um objetivo a ser concretizado pelo Estado, muitas vezes não são efetivamente cumpridos, pois se esbarram na insuficiência de recursos.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Regime Brasileiro trazido na Constituição de 1988 é o da democracia, destinado a realizar os direitos e liberdades apresentados no texto constitucional, trata-se de um regime que emana do princípio da soberania popular, devendo ser entendido a época em que se vive, é um método de afirmação do povo, que este conquista no decorrer da história²³. Repousa sobre dois princípios fundamentais, que lhe dão uma base conceitual, quais sejam: o da soberania popular, o qual o povo é a única fonte do poder, a participação, a vontade do povo deve ser exteriorizada, e a democracia sendo o poder do povo, para o povo e pelo povo²⁴.

¹⁸ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. Op. cit., p. 19.

¹⁹ Ibidem, p. 58.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 667.

²¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 329.

²² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 777-778.

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 124.

²⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de... Op. cit., p. 132.

Beatriz Ferreira Corrêa da Silva afirma que “O preâmbulo da Carta Política já determina que o Estado instituído se destine a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, constituindo-se estes valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, e estes traduzem o espírito no qual se funda o Estado Democrático de Direito²⁵. Apesar do texto constitucional não trazer expressamente a qualificação da nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito, o princípio fundamental do Estado social não deixou de encontrar couro na Constituição²⁶.

No entendimento de Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “a democracia fundada com a Constituição Federal de 1988 não se reduz apenas a uma democracia na qual impera a vontade da maioria, mas uma democracia comprometida com o direito das minorias, garantidos como direitos fundamentais”²⁷. O Estado democrático trata não apenas de direitos de participação, de defesa e de prestação, mas sim um compilado de todos os direitos que são necessários para uma vida justa e digna²⁸. É possível se deparar com fundamentos primordiais na Carta Constitucional de 1988, como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, os quais formam uma ligação dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito²⁹.

Consoante ao pensamento político e filosófico apresentado na antiguidade clássica, tem-se que a dignidade da pessoa condizia com a posição social e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da sociedade, surgindo desde pensamento a quantificação e modulação da dignidade, admitindo-se haver dentro da sociedade a existência de pessoas mais dignas e menos dignas³⁰. Apenas no século XVIII é que se tem a construção do conceito, quando alguns associados à aristocracia e a ocupação de cargos públicos, o qual se apresentava na origem da palavra dignidade, mérito e honra, essa tinha aspecto de respeito. E assim no final do Século XVIII, a dignidade passa a ter seu conceito vinculado ao conceito de liberdade, acreditando que todo homem é um ser livre e, por esse fato, digno, passando a constar na Declaração de Direitos da Virgínia e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³¹.

Numa concepção Kantiana era possível a afirmação de que a dignidade da pessoa humana era produto de uma autonomia que decorria da razão e das liberdades humanas, porém não teve fundamentos para se concretizar, pois nos séculos XIX e XX o processo de

²⁵ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. Op. cit., p. 49-50.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 63.

²⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 148.

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 62.

²⁹ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. Op. cit., p.16.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 30.

³¹ COSTA, Helena Regina Lobo de. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: RT, 2008. p. 21.

desenvolvimento se sobrepôs ao valor da pessoa. O conceito de dignidade da pessoa humana começa a ser retomada a partir do direito natural, ressurgindo com vigor com o final da 2ª Guerra Mundial, a constitucionalização ia assim ganhando força. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu preâmbulo, trazia a afirmação de que todos os seres humanos nasciam livres e iguais seja em dignidade ou em direitos³².

Tem-se o entendimento de que, o conceito de dignidade da pessoa humana iniciou-se sem qualquer igualdade e com o passar do tempo ganhou forma e complexidade de conteúdo, sendo dessa forma estendido a todas as pessoas, que vai sendo preenchido não apenas pelos direitos de liberdade, mas sociais que impõe ao Estado deveres de prestação³³. Para Beatriz Ferreira Corrêa da Silva, “a dignidade da pessoa humana deve representar um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”³⁴. Contudo, José Afonso da Silva tem seu entendimento de que a dignidade não é apenas uma criação, pois é preexistente a toda experiência, assim como a própria pessoa e a “Constituição reconhecendo a sua existência e a sua eminência transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída de um Estado Democrático de Direito”³⁵.

Tendo a ideia de que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental para assim garantir uma vida digna, é um princípio centralizador de todo o sistema jurídico normativo, exprimindo um conjugado de valores da humanidade³⁶. Nas lições de Arion Sayão Romita tem-se que a dignidade é embasamento dos direitos humanos, quando esse direito é violado é a própria pessoa que sofre a ofensa. Os direitos fundamentais garantem a preservação da dignidade, pois essa é intangível e “a dignidade não se esgota nos direitos fundamentais, entretanto, só terá sua dignidade respeitada o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados”³⁷. A dignidade estando totalmente ligada aos direitos fundamentais, o qual pode chamar de direito de base, essenciais para que as pessoas possam ter uma vida digna, entretanto não podem ser lidos de forma isolada, enquadrando também os direitos decorrentes deste, como os direitos sociais³⁸.

4 RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Ao pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet quanto aos direitos fundamentais ao lado da estrutura do Estado “do sistema de governo e da organização do poder, a essência do

³² COSTA, Helena Regina Lobo de. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: RT, 2008. p. 28.

³³ *Ibidem*, p. 30.

³⁴ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. *Op. cit.*, p. 16.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 146.

³⁶ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. *Op. cit.*, p. 18.

³⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 77.

³⁸ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. *Op. cit.*, p. 21.

Estado constitucional, constituindo nesse sentido, não apenas parte da constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material”³⁹. Os direitos fundamentais sociais são considerados como *conditio sine qua non* do Estado democrático, tem-se a ideia de que o poder do Estado está condicionado aos limites fixados na Constituição, e reconhece valores e liberdades, bem como a importância dos direitos fundamentais, em que o poder se justificaria com a realização dos direitos do homem⁴⁰.

Com a positivação de determinados direitos e garantias fundamentais, e valores que são essenciais para sociedade, juntamente com as ideias de Paulo Gilberto Cogo Leivas, tem-se que “existe direito em uma comunidade somente quando nela existir uma regra secundária fundamental que estipula como serão identificadas as regras jurídicas”⁴¹. Os direitos fundamentais considerados como evidência do Estado democrático de Direito, passando a serem considerados como fundamento principal, e como valores básicos, formam juntamente com princípios estruturais e organizacionais, um núcleo substancial⁴².

Paulo Gilberto Cogo Leivas, considerando o entendimento de Rudolf Smend, que “desenvolveu a ideia de que os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concretos”⁴³. Para relacionar os direitos fundamentais a princípios e valores, os quais estão estritamente ligados, os primeiros ligados ao dever ser, e o segundo refere-se ao que é bom, aqui prefere-se o conceito de princípio, pois ele não deixa que destoem o conceito de valor⁴⁴.

O reconhecimento dos direitos fundamentais como princípios conduz a ideia de serem restringidos, é garantido seu conteúdo desde o início, e não conduzindo a ideia de restrição desses direitos. Princípios como mandado de otimização, ou seja, normas que preveem maior realização. Porém não possuem mandados definitivos, somente *prima facie*, “pois carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios e regras”⁴⁵. Os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de nível constitucional, chamadas de restrição diretamente constitucional, e podem ser restringidos por normas infraconstitucionais desde que com a autorização da constituição, recebendo o nome a partir de então de restrições indiretamente constitucionais⁴⁶.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 69.

⁴⁰ Ibidem, p. 70 - 71.

⁴¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 31.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 69.

⁴³ SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 232, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 45.

⁴⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 46.

⁴⁵ Ibidem, p. 59.

⁴⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 62.

5 SENTIDO E ALCANCE DOS DIREITOS SOCIAIS E A CARÊNCIA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

Como primeira característica dos direitos fundamentais sociais é a de serem direitos que exigem uma ação positiva, que significa a mudança fática na realidade, porém não se trata de quaisquer ações fáticas, aquelas que o indivíduo possui condições financeiras poderia obtê-lo de particulares, no entanto nem tudo o que pode ser encontrado no mercado pode ser tratado como um direito fundamental social, se junta, portanto, a importância⁴⁷.

Os direitos fundamentais sociais compõem necessidades básicas à dignidade da pessoa humana e ao direito ao mínimo existencial, utiliza-se o conceito de necessidade, que para alguns autores está ligada a ideia de prevenção de determinados prejuízos⁴⁸. Ao longo do texto percebe-se a importância que os direitos sociais possuem. Gerados a partir de lutas sociais em busca de melhores condições de vida e como forma de garanti-los foram expressamente inseridos na Constituição. Considerados os direitos sociais como fundamentais, constituem bases que formam o núcleo essencial da constituição, ou seja, condição sem a qual não é possível falarmos em Estado democrático de Direito, onde o poder se justifica pela realização dos direitos do homem.

O Estado de Direito e os direitos fundamentais sociais estão intimamente ligados, pois se entrelaçam entre si tanto para reconhecimento de um quanto do outro. Se seguirmos piamente que os direitos sociais estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana e que devem ser cumpridos, tendo em vista que tratam de necessidades básicas a uma vida digna, sabemos que devem ter aplicação imediata. Porém, atualmente, na sociedade o que se tem é a carência de aplicação dos recursos, principalmente quando se trata daqueles que não possuem tantos recursos financeiros e não podem buscar satisfazer as necessidades por meio do setor privado.

A gênese do esquecimento da ralé como classe permite a compreensão dos pontos centrais para o funcionamento da má-fé institucional. O olhar crítico ao nosso passado mostra que, por um lado, todo um conjunto de pessoas se tornou uma classe caracterizada justamente pela falta das disposições exigidas pela nova sociedade e que, por outro lado, essa classe assim caracterizada não foi considerada enquanto tal pelas instituições. Nem mesmo num momento histórico posterior, no nosso Estado de bem-estar social, implementado a partir da Era Vargas, houve projetos políticos elaborados na intenção de mudar a situação de classe da ralé. As mudanças estruturais e institucionais foram elaboradas para as classes trabalhadoras, as quais, munidas das disposições necessárias ao produtor útil e valorizado, puderam reivindicar a ter atendidas demandas sociais⁴⁹. A má-fé institucional age de modo a legitimar o esquecimento da ralé enquanto classe e a punição de seus membros como

⁴⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 87-88.

⁴⁸ Ibidem, p. 123.

⁴⁹ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

indivíduos. O Estado de uma sociedade tão desigual quanto a nossa, é um Estado que opera compelido pela necessidade de defender, sob forma mais ou menos velada, a parcela amiga da parcela inimiga da sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais surgiram em meio a algumas revoluções visando conferir ao cidadão melhores condições de vida, por meio de prestações positivas do Estado. Diante da mudança paradigmática da sociedade ao longo dos tempos, o princípio da vedação do retrocesso social é evidente para que o ser humano seja tratado com dignidade, e tendo em vista que essas conquistas na sociedade brasileira são mínimas se faz necessário a adoção de tal princípio. O reconhecimento dos direitos sociais como fundamental gera polêmica na contemporaneidade, uma vez que nunca houve qualquer consenso a respeito.

Atualmente na sociedade é fácil constatar a falta de preocupação com os menos favorecidos, devendo o Estado se preocupar com essa classe, para que possamos realizar a proposta dos direitos sociais, construir uma sociedade com melhores condições de vida. Sem dúvida, o reconhecimento dos direitos sociais por todas as classes será tratado como um brilhante avanço da sociedade, sendo visto como um processo de fortalecimento da democracia, e a construção real dos direitos sociais, saindo de um mero discurso dogmático e alcançando uma sociedade justa como propõe a constituição.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Helena Regina Lobo de. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: RT, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual, Salvador: Juspodivm, 2011.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2011.
- GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**, Curitiba, a. 35, n. 64, jan./jun. 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A tutela das relações de trabalho em sentido amplo por meio de hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos trabalhistas fundamentais individuais. *In*: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges (Coords.). **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. **Os direitos sociais como cláusulas pétreas na constituição da república de 1988**. Curitiba: J.M., 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

Desenvolvimento sustentável e função social da cidade¹

Ana Cláudia Finger²

Adriana Kempe³

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Notas sobre o desenvolvimento sustentável na ordem constitucional brasileira; 3 Função social da cidade: instituto condicionado à sustentabilidade; 4 A atuação do poder público para o desenvolvimento sustentável e a função social da cidade no ser e no dever ser; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A América Latina passou por um longo período colonial, essencialmente baseado na exploração dos povos e territórios e na ânsia por acumulação de riquezas. Da consciência e autoestima dos povos à relação entre o desenvolvimento e os ricos recursos dos territórios latino-americanos, as heranças desse período e seus efeitos acentuados após a ascensão do capitalismo produzem e perpetuam atributos que ajudam a compor o perfil dos Estados latinos.

A dinâmica de exploração e produção desenfreadas da América colonial sempre buscou, desde o primitivismo inicial às sofisticadas formas de exploração pós-industrialização, o alto posto do desenvolvimento. Colonizadores e, mais tarde, as grandes elites almejavam o reconhecimento de suas terras como espaços de erudição e prosperidade, à moda europeia. Os resultados oriundos desses desejos colaboraram na consolidação de práticas econômicas, sociais, culturais e jurídicas, que, séculos depois, mostraram-se insustentáveis.

As repercussões dessas práticas seculares, disseminadas em todo o mundo, mostraram-se tamanhas que obrigaram a comunidade internacional à reflexão sobre modelos de produção e de vida viabilizadores da sobrevivência desta e das gerações futuras. Em 1972, pela primeira vez as preocupações com o meio ambiente tornaram-se pauta de de-

¹ Trabalho oriundo de projeto de iniciação científica realizado no âmbito do Programa de Iniciação Científica da Universidade Positivo/PR, premiado com o primeiro lugar entre as produções de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas e com o segundo lugar geral no IX Encontro de Pesquisa e Iniciação Científica da Universidade Positivo e indicado ao 16º Prêmio Destaque na Iniciação Científica e Tecnológica 2018 – CNPq.

² Professora no curso de Direito da Universidade Positivo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

³ Graduada em Direito pela Universidade Positivo.

bate mundial. Nesse ano, a Organização das Nações Unidas (ONU) promoveu a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, que resultou na Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente⁴. Depois, em 1983, quando da criação da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, retomaram-se os debates sobre o tema. Dos trabalhos da Comissão resultou, em 1987, a produção do Relatório Brundtland⁵, documento responsável por cunhar o conceito de desenvolvimento sustentável, que representa, em síntese, a coexistência harmoniosa entre desenvolvimento e sustentabilidade.

No Brasil, esse preconizado desenvolvimento sustentável foi elevado a objetivo fundamental da República a partir da Constituição Federal de 1988 e aparece, na ordem jurídica infraconstitucional, como princípio norteador de importantes aspectos da sociedade brasileira. É este o caso na Lei n. 10.257 de 2001⁶, o Estatuto da Cidade, que regulamenta a política urbana brasileira sob as diretrizes, dentre outros princípios, do desenvolvimento sustentável e da promoção da função social das cidades.

Nessa linha, este trabalho verticalizou o entendimento de desenvolvimento sustentável sobre o desenvolvimento urbano das cidades, a partir das ideias de Estado Democrático de Direito e do direito fundamental à cidade. A urgência deste debate e do pensamento sustentável para o desenvolvimento urbano das cidades brasileiras fez-se vista nos agravos provocados pelo crescimento desordenado das cidades e nos problemas que disso decorrem. Questões como a segregação socioterritorial provocada pelo crescimento dos cinturões de pobreza nas periferias das cidades ilustram a necessidade de se rediscutir a gestão das cidades, tendo como pressuposto fundamental o planejamento urbano sustentável. A partir desse contexto, os objetivos das pesquisadoras consistiram em investigar os instrumentos de política de desenvolvimento urbano aliados às premissas do desenvolvimento sustentável e identificar a função social da cidade no cumprimento de sua finalidade precípua, que não é outra senão a garantia do bem-estar de seus habitantes.

2 NOTAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil elegeu a garantia do desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, II, CF). Outrora, a interpretação desse dispositivo poderia ter se inclinado à visão unidimensional do desenvolvimento, a que comporta apenas seu aspecto econômico e que constituiu o paradigma ado-

⁴ **DECLARAÇÃO da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente.** 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: fev. 2019.

⁵ UNITED NATIONS. **Report of the world commission on environment and development.** Estocolmo, 1972. Disponível em: <<https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>>. Acesso em: fev. 2019.

⁶ BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelecem diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso: fevereiro de 2019.

tado pelas sociedades durante séculos. No entanto, o atual contexto ambiental global exibiu novas demandas de comportamento que alcançam todos os aspectos das articulações das relações humanas. Eis que a sustentabilidade se afigurou como um novo marco e inaugurou um modelo de desenvolvimento que não mais se atém à “ânsia mórbida do crescimento econômico, considerado como um fim em si”⁷.

É esse modelo, em que se coadunam desenvolvimento e sustentabilidade, que é concebido como valor supremo da República pela Constituição de 1988. Nele, ultrapassasse o critério puramente utilitarista do desenvolvimento para assentá-lo em uma tríplice dimensão: social, ambiental e econômica. Isto posto, tem-se que na Constituição Federal a ideia de “desenvolvimento”, como valor supremo e um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, não foi elaborada apenas em torno do crescimento econômico: o desenvolvimento aventado pela Constituição está indissociavelmente ligado à ideia de sustentabilidade.

Tal vinculação reluziu na necessidade de ampliação do conceito de desenvolvimento para aspectos que envolvessem valores fundamentais consagrados pela Constituição Federal. A Carta, apelidada de “Constituição Cidadã” em virtude, justamente, de seu forte caráter garantista e da preocupação expressa com a dignidade da pessoa humana, exigiu o redimensionamento do desenvolvimento para compatibilizá-lo com os dispositivos constitucionais, sobretudo, com os direitos fundamentais.

Assim, a Constituição Federal de 1988 limita o desenvolvimento pretendido pela República àquele que se qualifique como sustentável. É o que se conclui da leitura conjugada e concertada de dispositivos que impõem a promoção de uma sociedade livre, justa, solidária, igualitária e preocupada com a proteção ambiental, mandamentos expressos pelos artigos 3º, 170, inciso VI, e 225 da Carta.

Há, portanto, na ordem constitucional brasileira a prescrição de que o desenvolvimento nacional seja o desenvolvimento impregnado da ética ambiental e que, segundo a observação de Juarez Freitas, remeta “à realização de todos os objetivos fundamentais, que se traduzem em metas indeclináveis, tais como a redução das desigualdades sociais e regionais [...]”⁸.

Nesse ínterim, identifica-se a sustentabilidade como princípio constitucional que emerge do entrelaçamento tópico-sistemático dos artigos 3º, 170, inciso VI, e 225, da Constituição Federal.

Faz-se claro que os imperativos constitucionais vigentes não admitem a continuidade daquele anacrônico modelo de desenvolvimento de uma única diretriz, apontada para o crescimento econômico. Quando emerge a sustentabilidade, aliada na Constituição Federal aos direitos fundamentais, que incluem os direitos à igualdade e ao meio ambiente ecologi-

⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 34

⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 114.

camente equilibrado, emerge também um novo conceito de desenvolvimento: o desenvolvimento que tem em si a essência da sustentabilidade.

E mesmo a sustentabilidade, cuja definição foi pensada no Relatório Brundtland, em 1987, recebe novos contornos, adequados ao conteúdo da Constituição. Segundo o conceito proposto por Freitas, sustentabilidade é

princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela 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, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. [...] É o princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras⁹.

Em acréscimo, Freitas sugere que “a sustentabilidade é, em sentido forte, princípio fundamental que gera novas obrigações e determina, antes de mais nada, a salvaguarda do direito ao futuro”¹⁰. Ainda, que a sustentabilidade em seu caráter multidimensional pressupõe “uma reviravolta hermenêutica habilitada a produzir o descarte de pré-compreensões espúrias e unidimensionais”¹¹, além de exigir *transformações iniciais*, dentre as quais constam a necessidade de revisão do modelo urbanístico para a adoção de um novo paradigma: o das cidades saudáveis¹².

Nessa linha, resulta também que o desenvolvimento urbano, à luz dos dispositivos constitucionais, só pode ser aquele que se qualifique como sustentável, assim considerado aquele que assegura o direito à moradia digna; ao saneamento ambiental; à infraestrutura; ao transporte e aos serviços públicos; ao trabalho e ao lazer para as presentes e futuras gerações, no estrito cumprimento dos parâmetros do desenvolvimento sustentável e, de modo específico, da função social da cidade.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE: INSTITUTO CONDICIONADO À SUSTENTABILIDADE

O Constituinte de 1988, preocupado com os múltiplos problemas decorrentes do crescimento desordenado dos centros urbanos, inseriu no texto constitucional um capítulo para a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público municipal,

⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 52.

¹⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 57

¹¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 53

¹² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39

constituída pelos artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Neles, o desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia de bem-estar dos seus habitantes são postos como objetivos da política urbana brasileira.

Como refere Lígia Maria Silva Melo de Casimiro, “a cidade é a materialização das relações sociais, cotidianas, intersubjetivas, um organismo vivo, resultado de fatores históricos, econômicos, religiosos, onde as pessoas se reúnem em torno de um valor que lhes proporcione o desenvolvimento” e, exatamente em função disso,

o usufruto do direito à cidade é resultante de um conjunto de políticas públicas de planejamento urbano que se entrelaçam em torno da prestação de serviços públicos, do investimento em infraestruturas urbanas, a dar suporte material a um conjunto de sistemas de funções públicas que garantam o funcionamento da cidade de acordo com as demandas da sociedade moderna¹³.

A insegurança e o desconforto gerados pelos múltiplos problemas decorrentes da ocupação desordenada e irregular do solo urbano fizeram surgir um clamor pela restauração da qualidade de vida nas cidades, através da adoção de políticas públicas de ordenação urbana e que efetivamente busquem atingir as finalidades da cidade, dentre as quais destaca-se a garantia da segurança e do bem-estar dos cidadãos¹⁴.

Em vista disso, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 3, da CF), a política urbana inserida na Constituição Federal de 1988 objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar e a segurança de seus habitantes, bem como o equilíbrio ambiental.

No entanto, a brevidade dessas disposições constitucionais demandou a regulamentação do capítulo em lei infraconstitucional.

A legislação incumbida de regulamentar o capítulo sobre a política urbana e de dispor as diretrizes gerais para o tema vigora desde o ano de 2001, sob o n. 10.257/2001 e a alcunha de Estatuto da Cidade. No Estatuto, o silêncio da Constituição Federal sobre a função social da cidade foi suprido logo no início da lei, em seu artigo 2º.

Dispõe o texto do artigo 2º que a função social da cidade em seu pleno desenvolvimento é objetivo da política urbana brasileira e que para cumpri-lo observar-se-ão diretrizes, em rol que consta nos incisos do artigo. São essas diretrizes que garantem que a função social da cidade se torne efetiva, de modo que, compreende-se, a função social da cidade tem seu arcabouço constituído pelo conteúdo do que determinam essas diretrizes.

¹³ CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. Aspectos da Mobilidade Urbana: uma análise sobre as definições da política nacional e o direito à cidade. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.) **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 389.

¹⁴ LEAL, Rogério Gesta. **A função social da cidade e da propriedade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

O primeiro dos 19 incisos do artigo 2º da Lei 10.257/2001 garante, de modo expresso, o direito às cidades sustentáveis. Compreendidas assim as que possibilitam o gozo dos direitos à terra urbana, à moradia digna, ao saneamento, à infraestrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, ao trabalho e ao lazer para as presentes e futuras gerações¹⁵.

Considerada a indissolúvel associação da sustentabilidade ao bem-estar duradouro¹⁶, o legislador explorou os aspectos da vida urbana que garantem aos habitantes das cidades a fruição do bem-estar e o pleno proveito das capacidades das cidades, segundo os pressupostos constitucionais do desenvolvimento sustentável e dos direitos fundamentais. Essas disposições reproduzem o desenho da sustentabilidade e definem os elementos essenciais à caracterização de uma cidade sustentável e, sobretudo, daquilo que significa o gozo do direito à cidade.

Em sentido igualmente significativo, as demais diretrizes para a política urbana balizam a atuação administrativa em direção ao desenvolvimento sustentável. O texto dos incisos menciona a gestão democrática das cidades, que deve garantir a participação de todos em processos de decisão sobre temas correlatos ao espaço urbano; a cooperação entre governos e entre entes públicos e privados para a urbanização voltada ao interesse social; o adequado planejamento de urbanização para evitar e corrigir as distorções de crescimento urbano e de efeitos negativos sobre o meio ambiente; e exigências para uso e ocupação do solo, segundo as diretrizes constitucionais e legais de cumprimento da função social da propriedade.

A atenção à essas diretrizes, materializadas pela aplicação dos instrumentos de política urbana também estatuidos pela Lei n. 10.257/2001, é o fio condutor para a garantia do bem-estar dos habitantes das cidades, basilar para o cumprimento da função social das cidades e que conduz, inevitável e conseqüentemente, ao alcance do desenvolvimento sustentável nos ambientes urbanos. Em verdade, a efetividade dessas diretrizes garante o direito à cidade, consignado na “tutela de um bem maior, de um direito comum e condizente com os anseios da coletividade”¹⁷, a par dos parâmetros sustentáveis.

Assim, o cumprimento da função social da cidade condiciona-se às práticas sustentáveis, trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pelas disposições do Estatuto da Cidade, sobretudo, de suas diretrizes para a política urbana. O exercício da sustentabilidade em âmbito urbano é requisito para que se alcance o objetivo da Constituição em promover o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

¹⁵ “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”. BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelecem diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso: fevereiro de 2019.

¹⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 54

¹⁷ PIRES, G. N. M. CEZAR, L. W. Direito à cidade e o desenvolvimento sustentável urbano: dilemas do planejamento urbano moderno. **Revista de Direito Urbanístico**, Cidade e Alteridade, v. 2, n. 2, p. 123-142, jul./dez. 2016.

Percebe-se, o Estatuto da Cidade estabelece diretrizes sustentáveis para a política urbana e prevê instrumentos jurídicos capazes de assegurá-las, a exemplo do plano diretor, da usucapião e dos estudos de impactos ambientais. Diante disso, o diploma constitui-se em uma construção normativa adequada ao pleno cumprimento das funções sociais da cidade e às premissas do desenvolvimento sustentável. Suas disposições, no entanto, exigem dos poderes constituídos, sobretudo dos poderes executivos municipais, posições aptas a aplicá-las efetivamente em respeito aos postulados constitucionais.

4 A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE NO SER E NO DEVER-SER

Reside na função administrativa um dos núcleos essenciais do Estado contemporâneo e, assim, do papel fundamental que é por ele exercido no tocante ao desenvolvimento sustentável. A efetiva concretização dos direitos fundamentais e a atuação compromissada com o bem-estar das gerações presentes e futuras devem balizar todas as relações da Administração Pública.

A inserção de critérios de sustentabilidade no exercício das atividades administrativas, em especial, no tocante ao desenvolvimento urbano, é uma decorrência do interesse público, princípio geral que domina toda a atividade estatal¹⁸. De lembrar-se que o interesse a ser perseguido pela Administração Pública, concebida como um aparelhamento do Estado organizado para o atendimento das necessidades coletivas, com vistas à satisfação do bem comum, no exercício da função administrativa¹⁹, encontra seu princípio e fim no interesse próprio do cidadão²⁰.

E o desenvolvimento qualificado como sustentável, onde há o desenvolvimento material, tecnológico, impregnado de uma ética social, ambiental, sem comprometer a existência

¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídica do servidor público. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 196.

¹⁹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, existe função administrativa quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem (da coletividade) e necessita, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Nestes termos, a ideia de função está atrelada a uma finalidade pré-estabelecida que deve ser atendida para o benefício de um terceiro — a coletividade. Daí a ideia da instrumentalidade dos poderes, vez que são atribuídos única e exclusivamente para propiciar o cumprimento do dever a que está jungido o administrador público; ou seja, são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente da função deverá suprir. Na função administrativa não há liberdade nem vontade pessoal, de sorte que o administrador está adstrito à persecução de uma finalidade previamente estabelecida. Aqui há a submissão da vontade ao escopo pré-definido na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar o interesse alheio — público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 72-73.

²⁰ Como refere Romeu Felipe Bacellar Filho “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 não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25-26.

saudável das presentes e futuras gerações encontra no interesse público²¹ o seu fundamento legitimador, sendo imperativo constitucional inarredável para o Poder Público Municipal no tocante ao planejamento urbano das cidades, configurando, pois, um direito fundamental das presentes e das futuras gerações.

Os objetivos e valores fundamentais e democráticos consagrados na Constituição Federal brasileira determinam o agir administrativo funcionalizado com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, com vistas à efetiva concretização dos direitos fundamentais. Tais concepções desautorizam a Administração Pública em todas as relações de administração a atuar de modo descompromissado com o bem-estar da sociedade do presente e, também, da sociedade do futuro.

Nessa ordem de ideias, as determinações insculpidas na Constituição vinculam todos os poderes constituídos, caracterizando-se como verdadeiros mandamentos, pois “a Constituição não se reduz às suas normas de forma isolada, pois tudo o quanto nela dito pode ser ampliado, alargado, superado em busca da concretização do ideal de justiça [...]”²² e, neste caso, dos ideais sustentáveis .

Nos termos do disposto no artigo 225 da Constituição Federal, ao Poder Público compete a defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. A partir da leitura concertada desse dispositivo com os artigos 3º e 170, inciso VI, da Constituição Federal, identifica-se o fundamento legitimador do princípio do desenvolvimento sustentável e o compromisso do constituinte com o estabelecimento de uma equidade intergeracional²³.

Surge, assim, o postulado da solidariedade intergeracional que traduz a ideia da incorporação de uma dimensão futura ao agir estatal. Essa concepção faz do interesse público também um instituto examinado sob o dilatado horizonte intertemporal da sustentabilidade, de modo que as escolhas públicas se tornam condicionadas à ponderação das repercussões futuras e pautadas por um comportamento ético, um compromisso moral para com as gerações do por vir.

²¹ Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público é o próprio interesse do conjunto social, entretanto, isto não significa que ele se identifique como sendo a somatória dos interesses individuais. Para o autor, interesse público implica uma dimensão pública dos interesses individuais, “*pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente como membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade.*” Daí a sua conclusão segundo a qual “*o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 61-62.

²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: 2007. p. 23-28.

²³ Vanice Regina Lirio do Valle sustenta a equidade geracional como sendo um elemento da sustentabilidade e conclui que “*serve, portanto, à preservação do máximo potencial do sujeito constitucional, e, mais ainda, reverencia – por óbvio – os ideais de igualdade e justiça em favor desse sujeito futuro.*” VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa trazida pelo planejamento público**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 11, n. 45, p.134, jul./set. 2011.

Com efeito, a partir desses enunciados, é intolerável que nas linhas de atuação estatal sejam enfatizadas escolhas que satisfaçam aos interesses presentes às custas do empobrecimento das gerações vindouras ou, ainda, que satisfaçam interesses poucos às custas do bem-estar de todos²⁴.

Para evitar esses quadros, é imprescindível que as linhas da ação do Poder Público municipal sejam responsabilmente planejadas e que incorporem critérios de sustentabilidade, em vislumbre aos efeitos futuros do agir atual. Para garantir o desenvolvimento urbano sustentável, os impulsos da sustentabilidade devem reverberar sobre a ordenação da cidade com vistas ao pleno cumprimento das necessidades sociais quanto à qualidade de vida; à justiça social e ao desenvolvimento de atividades econômicas. Trata-se de implementar uma política de desenvolvimento urbano comprometida com valores sociais, ambientais e econômicos para a efetiva incorporação dos valores constitucionais, em uma perspectiva voltada ao bem-estar do presente, mas, também, que transcenda para o futuro.

Todas essas prescrições encontram respaldo tanto no texto constitucional, quanto no Estatuto da Cidade. Sobre este, especificamente, responsável pela regulamentação da política de desenvolvimento urbano postulada pela Constituição Federal, há que se dizer que é uma legislação avançada, comprometida com as premissas do desenvolvimento sustentável e com conteúdo que oferta aporte teórico e prático suficientes para a implementação das diretrizes sustentáveis.

No entanto, é baixa a efetividade das disposições do diploma que se mostrou “como a construção normativa contemporânea possibilitadora da efetivação do cumprimento da função social da propriedade urbana”²⁵ e, em decorrência disso, da função social da cidade. Segundo Pontes,

são raros os casos no Brasil em que, dez anos depois de sua aprovação, implementaram-se de forma efetiva os instrumentos do Estatuto da Cidade. Dessa leitura, pode-se depreender que o cumprimento da função social da propriedade não está assegurado apenas com o aporte jurídico voltado a sua efetivação. Ao lado disso, se considerássemos que alguns dos institutos que permitiriam a efetivação do instituto praticamente não foram aplicados, a premissa de que o Estatuto da Cidade seria uma legislação mais garantista do direito à moradia ou da construção de cidades mais justas já estaria equivocada²⁶.

²⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11. ed. amplamente reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 30.

²⁵ PONTES, Daniele Regina. **Direito à moradia: entre o tempo e o espaço das apropriações**. 2012. 215 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 202

²⁶ PONTES, Daniele Regina. **Direito à moradia: entre o tempo e o espaço das apropriações**. 2012. 215 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 162-163

Para que se cumpram as determinações constitucionais e as diretrizes do Estatuto da Cidade, sobretudo quanto à aplicação dos instrumentos de política urbana previstos nos artigos 4º ao 38 do texto legal, é imperativo que o poder público municipal aja de maneira incisiva. Contudo, a inaplicabilidade desses dispositivos denuncia a passividade administrativa, que há quase duas décadas desde a publicação da Lei 10.257 de 2001 permite que se perpetue um modelo de desenvolvimento que não se atenta à sustentabilidade, mas tão somente ao crescimento econômico nos mesmos moldes de séculos passados.

Para Freitas, “cumpre introjetar e fazer respeitar, sem procrastinação, o direito fundamental (tutelável judicialmente) a cidades integradas, amistosas, seguras e fluentes”²⁷. A tutela judicial, porém, segue os mesmos rumos do agir administrativo, mantendo-se atrelada àquele desenvolvimento unidimensional. Milano e Gediel pontuam a tendência do Poder Judiciário para inclinar-se à manutenção de status antecedentes aos novos direitos constitucionais:

Pode-se afirmar que ocorreu uma espécie de ‘ressignificação’ do Poder Judiciário, que passou a ser visto como um espaço privilegiado para o trânsito de dinâmicas sociais em conflito, o que implica, conseqüentemente, um redimensionamento do lugar das decisões proferidas na atuação jurisdicional frente à realização de direitos fundamentais, como o acesso à terra e aos territórios. [...] Ao observarmos o tratamento jurisdicional dispensado às situações de conflitos fundiários, entretanto, deparamo-nos com um cenário composto por continuidades conceituais decorrentes da centralidade que o direito de propriedade privada ocupa na sociedade e no direito brasileiro, contrapondo-se aos “novos direitos” afirmados constitucionalmente²⁸.

Ainda segundo os autores, as interpretações judiciais atribuem maior importância a elementos relacionados ao crescimento econômico em detrimento dos compromissos sociais assumidos pela Constituição Federal²⁹.

Daí decorre que, embora a atuação do Poder Legislativo sobre o tema tenha sido satisfatória com a edição do Estatuto da Cidade, o Executivo municipal e o Judiciário mantêm-se em um regime de fidelidade ao desenvolvimento econômico, contrapondo-se aos anseios do constituinte e do legislador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Séculos de exploração e expropriação desenfreada e irresponsável dos recursos naturais, instituídas por políticas colonizadoras e acentuadas pela ascensão do capitalismo,

²⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 40

²⁸ GEDIEL, J. A. P. et al. **Direitos em conflito**: movimentos sociais, resistência e casos judicializados. v. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015. p. 65.

²⁹ GEDIEL, J. A. P. et al. **Direitos em conflito**: movimentos sociais, resistência e casos judicializados. v. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015. p. 66

obrigaram as recentes gerações à propositura de um novo paradigma de comportamento. Desde então, a sustentabilidade eleva-se como mecanismo para frear a sistêmica destruição do meio ambiente que ameaça a sobrevivência das gerações presentes e, sobretudo, das gerações futuras.

Sob a égide do capitalismo, combinaram-se desenvolvimento (compreendido, assim, o crescimento econômico) e sustentabilidade para cunhar o termo desenvolvimento sustentável. Tal conceito tem movido amplos debates ao redor do globo, inclusive no Brasil, onde, desde 1988, o desenvolvimento sustentável é tido como um dos objetivos fundamentais da República, assim consolidado pelo texto da Constituição Federal.

Como objetivo da República, naturalmente, o desenvolvimento sustentável atravessa diversos aspectos da organização social brasileira, a exemplo da política de desenvolvimento urbano, postulada pela Constituição de 1988 em seus artigos 182 e 183. Nesse campo, o desenvolvimento sustentável gera notável impacto, expresso nas diretrizes da política de desenvolvimento urbano que se ocupam, categoricamente, da sustentabilidade, da democracia e da observância dos direitos fundamentais e do bem-estar dos habitantes das cidades. Essas diretrizes constituem parte do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257 de 2001), que também estabelece instrumentos jurídicos, políticos e administrativos para a gestão das cidades consoante às diretrizes do desenvolvimento sustentável.

No entanto, as disposições aventadas pela Constituição Federal de 1988 e, infra-constitucionalmente, pelo Estatuto da Cidade, não encontram espaço em uma realidade econômica, cultural, jurídica e política inclinada à proteção e perpetuação do desenvolvimento unidimensional, voltado unicamente ao crescimento econômico.

Ao contrário do que suscita Freitas³⁰, no Brasil e nas cidades brasileiras – caracterizadas pelo crescimento desorganizado e desenfreado, pela produção de desigualdades, pela insegurança, pela ausência de infraestrutura adequada e de serviços públicos de qualidade, pelo fenômeno da periferização da pobreza e por conflitos fundiários –, a sustentabilidade foi uma campanha episódica, sem uma agenda permanente.

A Constituição Federal, ao elevar o desenvolvimento sustentável a objetivo fundamental da República, e o Estatuto da Cidade, uma legislação avançada que prevê diretrizes alinhadas ao desenvolvimento sustentável e instrumentos capazes de promovê-lo, representaram a factibilidade do desenvolvimento sustentável em seu caráter pluridimensional (desenvolvimento econômico, social, ambiental, jurídico, ético e político). Apesar disso, as disposições progressistas para um desenvolvimento voltado ao bem-estar dos indivíduos das gerações presentes e futuras inclinaram-se às vontades que construíram e que movem uma ex-colônia e foram reduzidas ao *dever ser* jurídico. Também sem surpresas, os poderes Executivo municipal e Judiciário, lamentavelmente, mantêm-se atrelados ao desenvolvi-

³⁰ Em *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*, Freitas diz: “a sustentabilidade não é uma campanha episódica, pois acarreta uma Agenda permanente”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 19.

mento orientado apenas ao aspecto econômico, em prejuízo às premissas do preconizado desenvolvimento sustentável.

Essa postura – anacrônica, passiva e inconstitucional – das esferas do poder público deixa evidente o desrespeito ao princípio geral do interesse público, em razão da não aplicação, orientada por interesses alheios aos da Constituição, dos critérios de sustentabilidade no exercício das atividades administrativas.

É justo frisar que o interesse a ser perseguido pela Administração Pública encontra seu princípio e fim no interesse próprio do cidadão³¹ e que a inserção de critérios de sustentabilidade no exercício das atividades administrativas é uma decorrência do interesse público. Ainda, que o desenvolvimento qualificado como sustentável encontra no interesse público seu mais robusto fundamento³².

Constitui-se, por isso, imperativo constitucional inarredável para o Poder Público Municipal que o planejamento urbano das cidades seja sustentável. Esse é um direito fundamental das presentes e das futuras gerações, ao qual está vinculado, por ordem constitucional, o agir administrativo, orientado também à proteção da dignidade da pessoa humana.

Nessa ordem, consideradas as determinações inculpidas na Constituição que têm o condão de vincular todos os poderes constituídos, a despeito das práticas costumeiras e consolidadas orientadas ao crescimento econômico em prejuízo de qualquer noção de sustentabilidade, o Poder Público municipal está incumbido do dever constitucional de assegurar o cumprimento da função social da cidade e de conciliar o desenvolvimento urbano com a promoção e atendimento dos direitos e interesses sociais. Há, portanto, a exigência expressa, suprema e improtelável da Constituição Federal de que o agir público reoriente suas premissas e prioridades para a efetiva aplicação das diretrizes do desenvolvimento sustentável nas políticas de desenvolvimento urbano.

6 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11. ed. amplamente reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídica do servidor público. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

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

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25-26.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 61-62.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelecem diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: fev. 2019.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de. Aspectos da Mobilidade Urbana: uma análise sobre as definições da política nacional e o direito à cidade. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Público no Mercosul**: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DECLARAÇÃO da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente. 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso: fev. 2019.

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

GEDIEL, J. A. P. et al. **Direitos em conflito**: movimentos sociais, resistência e casos judicializados. v. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da cidade e da propriedade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PIRES, G. N. M. CEZAR, L. W. Direito à cidade e o desenvolvimento sustentável urbano: dilemas do planejamento urbano moderno. **Revista de Direito Urbanístico**, Cidade e Alteridade, v. 2, n. 2, p. 123-142, jul./dez. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PONTES, Daniele Regina. **Direito à moradia**: entre o tempo e o espaço das apropriações. 2012. 215 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

UNITED NATIONS. **Report of the world commission on environment and development**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>>. Acesso em: fev. 2019.

VALLE, V. R. L. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa trazida pelo planejamento público. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 11, n. 45, p.134, jul./set. 2011.

La captura del estado como obstáculo para la participación ciudadana en la administración pública del siglo XXI¹

Ana Claudia Santano²

SUMARIO

1 Introducción; 2 Algunas señales de captura de políticas públicas como obstáculo para buena administración pública brasileña; 2.1 El *lobby*; 2.2 Los altos cargos de nombramiento político de las agencias reguladoras; 3 Observaciones finales; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

En una sociedad que se caracteriza por la desconfianza³, el combate a las malas prácticas debe empezar, obligatoriamente, por la reaproximación de la Administración Pública y los ciudadanos. Debe haber, paralelamente, un cambio de mentalidad en lo que se refiere a los fines de la Administración Pública, que, por obvio, encuentra diversas barreras en la realidad sobre la que actúa.

En este sentido, la construcción de un nuevo Derecho Administrativo pasa a poner el ciudadano, la persona, como el motivo de la existencia de esta Administración, dejando él de ser inerte y sumiso a un poder que intenta controlarlo, que le diga lo que es bueno o malo para él y que también no tenga más temor ante este aparato lleno de privilegios y prerrogativas, que viene a partir de la dominación estatal⁴.

¹ Esta es la primera versión de un trabajo más amplio sobre la captura del Estado y la buena Administración Pública, que será publicado en otra obra futuramente.

² Profesora investigadora del programa de posgrado (máster y doctorado) en derecho en el Centro Universitario Autónomo de Brasil – UniBrasil. Estancia de investigación postdoctoral en Derecho Público Económico por la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Maestra y Doctora en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad de Salamanca.

³ Término usado por Rosanvallon para designar lo que el impacto de la desconfianza política genera en sociedades contemporáneas, que se caracterizan estructuralmente por la erosión general del papel de la confianza en su funcionamiento. Es de aquí que nasce la “contrademocracia”, que no es el antagonismo de la democracia, sino que es la democracia de los poderes indirectos diseminados en el cuerpo social, como la democracia de la desconfianza organizada ante a la de la legitimidad electoral. (ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2007. p. 23-27).

⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, abr./jun. 2010. p. 118.

Así, en el nuevo Derecho Administrativo, la Administración Pública no se encuentra en una posición de supremacía por definición, que le permita actuar en la exorbitancia. Los poderes deben estar expresamente previstos y, en casos excepcionales, debe haber motivación a la altura de la discrecionalidad, para asegurar un servicio objetivo al interés público⁵. A partir de esto, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz teoriza el derecho fundamental a la buena administración, que es aquella que actúa en todo caso al servicio objetivo del interés general, con el ciudadano como destinatario de la Administración Pública y de las políticas públicas⁶.

Será a partir de este punto que este artículo será estructurado. Aunque la noción del derecho fundamental a la buena administración haya sido construida sobre el marco constitucional español, se entiende que es perfectamente posible trasladarla a otros regímenes, como es el caso del brasileño. De esta manera, lo que se buscará es identificar, muy brevemente, algunos obstáculos existentes para esta participación en la Administración Pública en el ámbito brasileño, más específicamente en lo que se refiere a *lobby* y al nombramiento político de los altos cargos de las agencias reguladoras.

2 ALGUNAS SEÑALES DE CAPTURA DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO OBSTÁCULO PARA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BRASILEÑA

Ya alertaba el prof. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz de que el interés general ha sido “objeto de apropiación creciente por las tecnoestructuras políticas, financieras y mediáticas que han configurado un entramado impermeable a la vitalidad de lo real, destinado a sacar rédito a ese consumismo insolidario desde el que se ha ido, poco a poco, separando al pueblo del ejercicio de las principales cualidades democráticas que aportan temple cívico y vida real al sistema”⁷.

En el caso abordado en este ensayo, es cierto que, en un gobierno con fuertes controles y equilibrios, ninguna institución pública está sobre la ley o puede ser considerada “todopoderosa”⁸. El problema está cuando la Administración Pública no cuenta con controles eficaces y termina siendo capturada, en diversos sentidos, de sus funciones. Como se trata de un tema bastante rico de investigación y que sobrepasaría en mucho las dimensiones de

⁵ Juarez Freitas, al comentar el derecho a la buena administración, entiende que él, en una frase: “vincula racionalmente el gestor público y lo fuerza a medir consecuencias sistémicas de sus opciones, ya que habrá que justificarlas coherentemente, sobre todo en su coste-efectividad”. (FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. *Seqüência* (Florianópolis), n. 70, jun. 2015. p. 118).

⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 10, n. 40, abr./jun. 2010. p. 121-122.

⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, n. 48, abr./jun. 2012. p. 14.

⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos*. Causas, consecuencias y reforma. Madrid: Siglo XXI, 2001. p. 198.

este trabajo para agotarlo, se eligió dos puntos que se juzga muy importantes en el contexto brasileño y que involucran la captura de políticas públicas: el *lobby* y los altos cargos de nombramiento político de las agencias reguladoras.

2.1 El *lobby*

La existencia de grupos de interés – y consecuentemente de los grupos de presión - ya es algo inexorable a la democracia y al juego político. Sin embargo, cabe subrayar que los grupos de presión no se confunden con los partidos políticos, ya que estos tienen como meta principal llegar al poder y hacer de su agenda política la oficial⁹. Un grupo de presión, a su vez, no quiere estar formalmente en el poder o tener dicha responsabilidad. Puede, como suele pasar, estar y participar de los partidos políticos, a partir de su financiación o en el reclutamiento de candidatos, lo que tiene impacto sobre la autonomía partidista o el pluralismo¹⁰. Los grupos de presión desean quedarse al margen de la estructura institucionalizada del poder público, aunque siempre busquen conducir el proceso de formulación de políticas públicas o de la elaboración de leyes que alcance su objeto de interés. Es aquí que se ubica el *lobby*¹¹ (o *lobbying*).

Para algunos autores, el *lobby* se trata de un tipo particular de actividad que conecta directamente los intereses organizados y los *policymakers*¹². Para otros, el *lobby* es todo el esfuerzo, por medios lícitos, que tiene como objetivo influir en decisiones gubernamentales, llevando a las autoridades a hacer o dejar de hacer algo según su interés¹³. Es de esa manera que los grupos de presión buscan participar del proceso de toma de decisiones, que *per se* ya es algo bastante complejo, considerando la gran cantidad de intereses que actúan sobre dicho proceso.

Sin embargo, por más que existan zonas “grises” en el concepto de *lobby*, no se puede afirmar que él es sinónimo de corrupción. De hecho, hay una línea muy marcada de separación entre ellos, una vez que el *lobby* defiende intereses de agentes identificables por medio de un proceso que, en principio, excluye totalmente el cambio de favores y la

⁹ SARTORI, Giovanni. **Parties and party politics: a framework for analysis**. New York: Cambridge University Press, 1976. p. 64; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 564-565.

¹⁰ BOBBIO, Norberto et al. Op. cit., p. 565.

¹¹ Dicho término, que no tiene una traducción al portugués siendo así adoptado, se refiere a la antesala o al pasillo en el que se desarrollaban actividades de personas que estaban en búsqueda de las autoridades o de políticos, para que pudieran influirlas a que aprobasen o rechazasen alguna medida de su interés. (Disponible en: www.dictionary.cambridge.org. Acceso el: 26 abr. 2018).

¹² SCHLOZMAN, Kay Lehman; TIERNEY, John T. **Organized interests and American democracy**. New York: Harper & Row, 1986. p. 39 y ss. Cabe destacar que hay *lobbies* que no son de grupos (con el elemento de asociación), como las empresas (corporaciones), que no se constituyen en grupos, o incluso las empresas de *lobby*, que son de asesoramiento. (BERRY, Jeffrey M. **The interest group society**. Boston: Scott Foresman, 1989. p. 5).

¹³ FARHAT, Said. **Lobby – o que é**. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos. São Paulo: Aberje, 2007. p. 51.

captura de políticas públicas. Además, el *lobby* es una actividad que cuesta mucho más que la corrupción, excluyéndola mutuamente, ya que no tiene un resultado claro, es un intento de influencias, mientras que en la corrupción de captura el resultado es cierto, por veces, inmediato y más económico¹⁴.

Cabe subrayar que no se ignora la relación del *lobby* con prácticas ilegales. Con todo, tampoco es cierto que exista una conexión automática entre ellos. El *lobby*, si transparente – y, por lo tanto, regulado –, puede traer muchos beneficios al proceso de toma de decisiones, justamente porque posibilita la rendición de cuentas de cómo una determinada política pública fue elaborada y quién se involucró en el proyecto. Por lo tanto, el *lobby* puede, y mucho, contribuir para más participación y democracia en la formulación de políticas públicas¹⁵.

La mala relación que Brasil tiene con el *lobby* viene desde hace muchos años, comprobada en la historia política brasileña. Durante la dictadura militar, la actuación de los grupos de interés era por medio de la proximidad que se tenía con el poder en cuestión. Valía mucho más tener contactos y conocer las personas correctas que articularse para aportar informaciones al que era responsable por la toma de decisiones, una vez que el Estado era muy centralizado y el Poder Legislativo tenía poco poder ante el Ejecutivo. Eso generó un perfil de personalismo en la construcción de redes de relaciones personales y un ambiente muy propenso a la adopción de comportamientos clientelistas por medio del cambio de favores entre los individuos, que terminó reproduciéndose en la arena política cuando son identificados los bloqueos en el acceso a los recursos e instrumentos del poder¹⁶. En la línea aquí defendida, el *lobby*, para que favorezca la participación, necesita de un ambiente abierto, sin dichos bloqueos, algo que hasta el día de hoy no existe, ya que la filosofía venida desde la época del régimen militar de los “amigos del rey”, es decir, de conocer el responsable y de influirle clandestinamente por distintos medios de dudosa ética, todavía persiste.

Para combatir, o, por lo menos, amenizar los daños causados por los tratos personales entre interesados y responsables de temas públicos, se considera que la regulación del *lobby* en Brasil sería algo bueno, como un instrumento de combate a la corrupción que ayuda a fortalecer la transparencia en el proceso de toma de decisiones. De esta manera, una norma en este sentido dificulta acuerdos secretos e ilícitos; incentiva la búsqueda de mejores motivos para justificar las decisiones; facilita el trabajo de otros actores de la sociedad civil, como las organizaciones no gubernamentales, para la información de la población sobre un tema en específico; despierta la atención de los ciudadanos, permitiendo una conciencia crítica sobre

¹⁴ GRAZIANO, Luigi. O lobby e o interesse público. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 35, fev. 1997. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009>. Acceso el: 26 abr. 2018.

¹⁵ En este sentido, cf. SANTANO, Ana Claudia; BLANCHET, Luiz Alberto; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, p. 49-72, 2016; MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Lobby: instrumento democrático de representação de interesses? *Revista Organicom*, a. 8, n. 14, 1º sem. 2011. Disponible en: <<http://www.revistaorganicom.org.br/sistema/index.php/organicom/article/viewFile/344/384>>. Acceso el: 26 abr. 2018.

¹⁶ FARHAT, Said. Op. cit., p. 64 y ss.

un asunto público, lo que, a su vez, genera una participación cualificada de los ciudadanos en la arena política, motivando incluso la participación de segmentos sociales no movilizados¹⁷.

Sin embargo, la ausencia de reglas tiene resultados no deseados dentro de un contexto democrático. Uno de los grandes problemas es la falta de igualdad en el acceso de los *lobbies* a los tomadores de decisiones, considerando que el comportamiento al estilo clientelar todavía son el estándar más común y las relaciones personales muy valoradas¹⁸. Existe un evidente desequilibrio entre los *lobbies* actuantes que se reproducen en la concesión de privilegios injustificables a ciertos intereses, tenidos como “especiales”, aunque por vías legales, como puede ser el caso de concesiones de beneficios fiscales inexplicables para determinados sectores, en un contexto de alta carga tributaria, como es la brasileña¹⁹.

Los parlamentarios brasileños también tienen mucha resistencia a la regulación del *lobby*²⁰ y, aunque dicha actividad es ejercida libremente e, incluso, se encuentra en crecimiento en Brasil, una eventual regulación del tema no enfrentaría solamente problemas de orden jurídico, sino también exigiría el consenso para el establecimiento de conceptos y herramientas legales aptas a normativizar dicho canal. Los problemas de perfil “convencional” son, probablemente, bastantes mayores, una vez que hay, claramente, una falta de interés por parte de los legisladores en regular la materia. En primer lugar, porque evita la disputa con los lobistas profesionales por la representación de los intereses sociales; en segundo lugar, porque la práctica del tráfico de influencia es aún muy presente.

Por otro lado, también cabe mencionar esta falta de interés por parte de los propios lobistas, que aunque actúen en el intento constante de esquivarse de los estigmas que el *lobby* contiene en sí mismo, con la regulación, ellos deberán ser transparentes, incluso en esferas poco visibles. Además, con la regulación, muy probablemente habrá un aumento de la oferta en el mercado de lobistas, generando una mayor competencia. Eso, claro, sin mencionar en el inevitable redimensionamiento de la burocracia en lo que se refiere al ejercicio del *lobby*.²¹

De esta manera, debido al carácter todavía muy personalista que existe en el proceso de toma de decisiones en Brasil, la participación por medio del *lobby* es bloqueada, restan-

¹⁷ MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Op. cit.

¹⁸ BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção**: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro: Anpocs/Relume-Dumaré, 1995. p. 33 y ss.

¹⁹ MANCUSO, Wagner Pralon; MOREIRA, David Cordeiro. Benefícios tributários valem a pena? Um estudo de formulação de políticas públicas. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, mar. 2013. p. 107-109; p. 107-121.

²⁰ Hay 4 tipos de resistencia de los parlamentarios, según Aragão: (i) la ideológica, en lo que se refiere al tema del *lobby*, que confronta con sus ideales; (ii) funcional, cuando el lobista compite con el parlamentario; (iii) profesional, cuando el parlamentario es el lobista y también es el representante del mismo interés; (iv) ética, que considera el *lobby* algo sucio y que puede comprometer las actividades del legislador. (ARAGÃO, Murillo de. **Grupos de pressão no Congresso Nacional** – Como a sociedade pode defender licitamente seus direitos no poder legislativo. São Paulo: Maltese, 1994. p. 108 y ss).

²¹ Algunos autores, como Paulo Bonavides, alertan para el riesgo de la tecnocracia, que es un régimen destacado por la separación del poder y de la política, volviendo las decisiones despolitizadas y motivadas. En un ambiente como este, los conflictos de interés de los grupos de presión serían trasladados para la esfera judicial y la cultura política, para la ley formal (BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 573 y ss.).

do las amistades, la influencia, y, desafortunadamente, las ventajas que eventualmente se puedan obtener de eso.

2.2 Los altos cargos de nombramiento político de las agencias reguladoras

El otro punto a ser aquí abordado es con relación a los altos cargos de las agencias reguladoras en Brasil por nombramiento político. A partir de la adopción del modelo gerencial de Estado, Brasil, inspirándose en el formato estadounidense e inglés, optó por la creación de agencias independientes que pudieran controlar y fiscalizar distintos sectores en la economía. Dichos países estructuraron sus agencias reguladoras en momentos diferentes, atendiendo a algunas demandas específicas incidentes en cada uno de ellos. Sin embargo, ambos caminaron a una dirección muy semejante. En este sentido, se puede afirmar que la moderna agencia reguladora que surgió con la difusión del ideal liberal después de los 70 fue pensada como una autarquía especial creada por ley para la intervención estatal en el dominio económico, con potestad legislativa para la regulación de un determinado sector, incluso con poderes reglamentares para el arbitraje de conflictos entre particulares y sujeta a un régimen jurídico que garantice su autonomía ante la Administración Pública.²²

El problema está en la posibilidad de captura de dichas agencias por grupos de interés, sean económicos, políticos, etc., quitando su autonomía en un claro desvío de finalidad de dichos órganos. En el lugar de regir un sector para atender al interés general, termina por regularlo según los intereses del que lo captura.²³

La regulación de una actividad tiene como objetivo su mantenimiento y continuidad, para que pueda desarrollarse normalmente, estando a la disposición del interés general. De esta manera, órganos como las agencias reguladoras tienen como deber la regulación de las conductas de los agentes económicos, para obtener la realización de las demandas venidas desde el interés general. Sin embargo, esto es así en un mundo ideal, bastante distinto del real²⁴.

El panorama arriba descrito es puesto en jaque cuando la regulación, en realidad, pretende beneficiar intereses privados (sea del responsable de la regulación, a partir de un sentido egoísta, sea de los grupos de intereses). En esta línea, según la teoría económica, puede haber una captura de estos reguladores-legisladores, por los intereses que ellos deberían regular²⁵.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 344.

²³ Sobre el tema, cf. BAGATIN, Andreia Cristina. Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação? **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, año 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponible en: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=64262>>. Acceso el: 27 abr. 2018.

²⁴ OLIVEIRA, Antônio Flávio de. As agências reguladoras e a sua natureza de autarquias especiais. O problema da captura. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, año 5, n. 51, maio 2005. Disponible en: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=29425>>. Acceso el: 27 abr. 2018.

²⁵ GUERRA, Sergio. Teoria da Captura de Agência Reguladora em Sede Pretoriana. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 244, jan./abr. 2007. p. 331.

Resumidamente, hay dos teorías dentro de la Economía que intentan explicar la captura de las agencias reguladoras. La primera es la llamada “teoría del ciclo de vida” de las agencias, que empezó con las lecciones de Samuel Huntington, que afirma que, con el paso del tiempo, las agencias terminan por tener una aproximación muy fuerte con los sectores que tienen bajo su regulación, lo que produce, a largo plazo, una especie de “trueque” entre los agentes regulados y las agencias²⁶. La relación con el ciclo de vida vino de Bernstein, que describió dicha captura por medio de 3 fases: (i) el crecimiento, cuando la agencia nace con su estatuto, atendiendo a una oportunidad que se abrió debido a coyunturas diversas; (ii) la maduración, que es cuando el apoyo político de una agencia primero crece y, luego, disminuye según su actuación; (iii) declive, cuando la agencia pierde dicho apoyo y empieza a buscarlo por medio de una regulación que favorezca el (los) grupo(s) que le pueden dar este soporte, casi siempre en dirección del mantenimiento del status quo²⁷.

Ya la segunda teoría es de la captura de reguladores que, también por medio de un abordaje económico, intenta explicar la inexistencia de diferencia entre una situación sin regulación y otra con regulación. En este sentido, el Estado es el único ente que tiene poder coercitivo y que, por consiguiente, es capaz de determinar el movimiento de los recursos y la adopción de decisiones económicas sin el consentimiento de las personas, lo que puede permitir que dicho poder sea utilizado para ampliar el lucro de algunos sectores económicos. En esta línea, existen 4 beneficios que pueden ser logrados por medio de la regulación, conformando un “mercado político”: (i) la obtención de subsidios e subvenciones; (ii) la institución de barreras de entrada en el sector; (iii) una regulación que alcance positivamente productos complementarios al sector económico que busca la regulación y que afecte negativamente los productos sustitutos; (iv) establecimiento de precios. A partir de ello, Stigler afirma que dicho panorama es inevitable, porque no se puede confirmar que más regulación es adoptada a favor del interés general o de una subclase del público; y de que el proceso político no puede ser explicado racionalmente, una vez que es derivado de una constante e imprevisible mezcla de fuerzas. Aquí, la regulación solamente es utilizada para crear beneficios que favorezcan a intereses específicos, algo muy lejano del interés general²⁸.

En los dos casos, se hace muy presente el elemento político, porque es justamente cuando la agencia cede a las presiones, sea captando recursos para los responsables de la regulación, sea para los partidos que representan.

En Brasil, como ya dicho, las agencias reguladoras fueron adoptadas en la reforma del Estado para el formato gerencial, junto con un intenso proceso de privatización de estata-

²⁶ HUNTINGTON, Samuel P. The Marasmus of the ICC: The Commission, The Railroads, and the Public Interest. *Yale Law Journal*. v. 61, apr. 1952. p. 467.

²⁷ Cf. BERNSTEIN, Marver H. **Regulating business by independent commission**. Princeton: Princeton University Press, 1955. p. 77 y ss.

²⁸ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In: DAHL, Robert; SHAPIRO, Ian; CHEIBUB, José Antonio. **The democracy sourcebook**. Cambridge: UK, 2003. p. 395.

les a partir de la Ley 8.031/90, derogada por la Ley n. 9.491/97, que disponen sobre el Programa Nacional de Desestatización. El objetivo principal de dicho programa era la reducción de la actuación del Estado, la captación de capital privado para la economía y la necesidad de un ajuste fiscal. Para tanto, se entendió en la época que la privatización de estatales era un camino necesario, no sólo para la crisis económica, sino también como una señal a los ideales neoliberales. Junto a estos objetivos, se hizo necesario la creación de un marco regulatorio para el dominio económico y controlar las actividades transferidas al sector privado. Fue en este momento que fueron adoptadas las agencias reguladoras, para que ellas pudieran fiscalizar, controlar y regular dichas actividades, ahora bajo la responsabilidad de los particulares, además de volver la prestación de estos servicios más eficiente y especializada. Fue justamente para darles autonomía que el formato de autarquía les fue conferido, como una manera de garantizar su blindaje institucional en contra de presiones políticas, el cumplimiento de contratos, el compromiso con la tecnicidad y la reducción de riesgos para la captación de inversión²⁹.

Sin embargo, aunque el modelo de agencia reguladora estadounidense haya sido la inspiración para la elaboración del formato brasileño, el hecho es que sus propósitos eran muy opuestos. Mientras que en los EE.UU. las agencias fueron concebidas para impulsar el cambio en la prestación de servicios, en Brasil su principal motivación fue la preservación del status quo dentro del marco de desestatización. Es decir, en aquél país, había la relativización de libertades económicas básicas como el derecho de propiedad y la autonomía de la voluntad; en Brasil, el objetivo fue blindarlas contra eventuales intentos de intervención futuros por los gobiernos que se seguirían. Fue a partir de eso que se pensó en una estructura basada en 4 factores de independencia: (i) política de sus dirigentes, nombrados por indicación del Jefe del Ejecutivo después de la aprobación del Poder Legislativo, con cargos de mandato fijo y estabilidad, no habiendo la posibilidad de su remoción *ad nutum*³⁰; (ii) técnica-decisional, predominando motivaciones técnicas para sus actos, que no se sujetan a recursos jerárquicos; (iii) normativa, para la disciplina de los servicios públicos y actividades económicas bajo su control; (iv) gerencial, presupuestara e financiera³¹.

Las tensiones empezaron a aparecer cuando un nuevo gobierno fue elegido (el primero del expresidente Lula), encontrando agencias reguladoras dirigidas por personas de la confianza del gobierno anterior y ejerciendo sus funciones de forma muy apartada de la pauta ganadora en las urnas. Se puede indicar 3 tensiones que, a partir de este punto, se volvieron evidentes: (i) el conflicto con el principio de legalidad, resultante de la adopción por diversas agencias de la tesis de la “deslegalización” y de la banalización de la edición

²⁹ AMARAL, Antônio Carlos C. do. Agências reguladoras de Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 14, maio/jun./jul. 2008. p. 2. MEDEIROS, Sophia Félix. As agências reguladoras e a captura: um ensaio sobre os desvios regulatórios na Agência Nacional de Energia Elétrica. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, año 19, n. 104, p. 187-205, jul./ago. 2017.

³⁰ En los términos de la Ley 9.986/2000.

³¹ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. p. 153-154.

de actos normativos; (ii) la tensión con el sistema de separación de poderes y de frenos y contrapesos, originado a partir de la fragilidad de los mecanismos políticos de control del Presidente y del Congreso Nacional, así como la no interferencia del Poder Judicial; (iii) conflictos con el régimen democrático, principalmente debido a la no sujeción de los administradores de las agencias a los procedimientos de *accountability* electoral y también por el hecho de haber mandatos fijos para el ejercicio de funciones que no coinciden con los de los agentes políticos elegidos³².

Se verifica un ambiente muy abierto a la captura de las agencias por los grupos que actúan en las actividades fiscalizadas y reguladas, como también a los intereses de los políticos, considerando que el nombramiento de los altos cargos se somete solamente al juicio discrecional del Presidente de la República. Dicho panorama podría ser menos sujeto a esta captura si hubiera más participación ciudadana en las agencias, controlando, vigilando y opinando. Esta, de hecho, es la sugerencia más frecuente sobre la cuestión, una vez que se entiende que los actos administrativos de las autoridades independientes deben forzosamente, regirse por la transparencia, la participación, la información, la justificación y la rendición de cuentas a los interesados, con responsabilidad de los agentes públicos en el caso de irregularidades.

Sin embargo, basta un análisis más próximo de la realidad para observar que la “legitimación por el procedimiento” buscada para las agencias reguladoras en Brasil es algo frustrante. Aunque exista participación, la apertura para ello es reducida a las camadas privilegiadas de la sociedad (concentradas principalmente en las empresas del respectivo sector), así como sus actos no están sometidos a ningún control jerárquico o tutelar por parte de la Administración (aunque pasibles de ser evaluadas por el Poder Judicial debido a la imposibilidad de privar alguna cuestión de la apreciación judicial), lo que conduce a la legislación al pragmatismo³³. En este sentido, la participación existente termina por alejar a los ciudadanos en general y a privilegiar las corporaciones interesadas en el sector regulado por la agencia. Eso, junto con el nombramiento político de los altos cargos, facilita mucho la realización de acuerdos espurios y el favorecimiento de objetivos privados ante los servicios públicos, dejando al margen la ciudadanía y su derecho fundamental a la buena administración pública.

Solamente para atestar que la participación en las agencias reguladoras existe, pero que deja en una posición preponderante a empresas y corporaciones del respectivo sector que los ciudadanos, fue verificado en el sitio web de ANEEL – Agencia Nacional de Energía Eléctrica, una de las principales de Brasil, que fueron realizadas 16 consultas públicas durante el año de 2017. De un total de 163 participantes que presentaron sus consideraciones a las propuestas, 120 fueron empresas del sector; 20 fueron asociaciones interesadas en el

³² BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. p. 153-154.

³³ CUELLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 185-186.

sector; 18 fueron asociaciones y fundaciones de consumidores; 2 fueron de universidades y 3 de bufetes de abogados. La presencia mayoritaria es, indudablemente, de corporaciones³⁴.

Sin embargo, también se pueden extraer otras conclusiones a partir del comparativo de datos. Considerando el año de 2002, de un total de 36 consultas públicas, hubo 404 participaciones oficiales, siendo 351 de empresas y asociaciones interesadas en el sector; 28 no identificadas o de otros sectores; 12 bufetes de abogados; 8 universidades y 5 asociaciones de consumidores³⁵. La primera evidencia es de la disminución de consultas públicas y, por consiguiente, de la participación, una vez que, proporcionalmente, en 2002 hubo la participación de 11,2 entes por consulta, siendo que en 2017 hubo 7,5. Como segunda evidencia, en ambos los periodos, las empresas siguen siendo preponderantes, lo que puede ser tenido como natural dentro de una esfera económica de mercado energético, pero asimismo puede indicar la implacable influencia de las corporaciones sobre su regulador, en conjunto con las fuerzas políticas que mantienen en los altos cargos personas que coadunan con la línea de dichas empresas.

3 OBSERVACIONES FINALES

El derecho fundamental a la buena administración adquirió notoriedad y profundidad. Aunque sus ideales fueron pensados bajo el sistema español y, conforme visto en este trabajo, es perfectamente posible trasladarlos a otros sistemas, como el brasileño.

La cuestión referente a la participación ciudadana es uno de los pilares de la buena administración, que pone a la ciudadanía en su centro, considerándola su razón y fundamento. No es posible pensar, dentro de la noción de la buena administración, un Estado que impone temor y que decide por sí sólo los destinos de la sociedad. Como un derecho fundamental, la buena administración pública convoca a los ciudadanos a participar activamente en distintos asuntos públicos, atendiendo incluso a los términos del art. 25, a, del Pacto Civil de las Naciones Unidas. En pleno siglo XXI, ya no hay manera de entender el Estado herméticamente separado de la sociedad, debiendo existir una imbricación entre ambos.

Sin embargo, el paradigma español debe ser también sustituido por el brasileño, cuando se traslada el derecho fundamental a la buena administración para realidades ajenas a la europea. Hay, desafortunadamente, muchos obstáculos que insisten en permanecer para una mayor participación, y en países como Brasil, mecanismos de participación sirvieron solamente como un discurso disuasorio para apoyar una reforma de Estado que se pretendía social – aunque nunca alcanzó a serlo, debido a mucha resistencia externa a la Constitución

³⁴ Datos calculados por la autora a partir de las informaciones obtenidas en: <http://www.aneel.gov.br/consultas-pu-blicas>. Acceso el: 27 abr. 2018. Sin embargo, se debe advertir que, aunque la colecta de datos haya sido realizada con rigor, ella puede contener alguna impropiedad en la clasificación de participantes, lo que no deshace el perfil ilustrativo de sus resultados.

³⁵ Datos extraídos de CUELLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 196

de 1988 -, para un modelo gerencial, que más que cambiar la dinámica intervencionista, también buscó, por vías trasversas, alejar a la ciudadanía, en la dirección del mantenimiento del status quo.

De esta forma, este estudio trajo solamente dos de estos obstáculos, que son muchos más y que merecen atención doctrinal más específica futuramente. El tema del *lobby* aún ser algo estigmatizado y sin regulación aleja a la ciudadanía más corriente del proceso de toma de decisiones de políticas públicas, permitiendo un fuerte desequilibrio en lo que se refiere a la influencia de los responsables de dicha elaboración. Además de eso, la reforma estatal para el modelo gerencial trajo la figura de las agencias reguladoras, no en el sentido de mejorar la prestación de servicios públicos brasileños, históricamente deficitarios, sino que dicha regulación de sectores tan estratégicos terminó siendo capturada por grupos privilegiados y por la política, hambrienta por beneficios y más ventajas.

El derecho fundamental a la buena administración sigue existiendo en Brasil, habiendo incluso fundamentación constitucional para ello. Sin embargo, se hace necesario un cambio de mentalidad para que el ciudadano definitivamente sea considerado como el centro de la Administración Pública brasileña, que sigue siendo considerada como un ambiente de prerrogativas y de privilegios.

REFERENCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos C. do. Agências reguladoras de Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 14, maio/jun./jul. 2008.
- ARAGÃO, Murillo de. **Grupos de pressão no Congresso Nacional** – Como a sociedade pode defender licitamente seus direitos no poder legislativo. São Paulo: Maltese, 1994.
- BAGATIN, Andreia Cristina. Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação? **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, año 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponible en: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64262>>. Acceso el 27 abr. 2018.
- BERNSTEIN, Marver H. **Regulating business by independent commission**. Princeton: Princeton University Press, 1955.
- BERRY, Jeffrey M. **The interest group society**. Boston: Scott Foresman. 1989.
- BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Anpocs/Relume-Dumará, 1995.
- BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CUELLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FARHAT, Said. **Lobby – o que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos**. São Paulo: Aberje, 2007.
- FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Seqüência** (Florianópolis), n. 70, jun. 2015.

- GRAZIANO, Luigi. O lobby e o interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 35, fev. 1997. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009>. Acceso el: 26 abr. 2018.
- GUERRA, Sergio. Teoria da Captura de Agência Reguladora em Sede Pretoriana. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 244, jan./abr. 2007.
- HUNTINGTON, Samuel P. The Marasmus of the ICC: The Commission, The Railroads, and the Public Interest. **Yale Law Journal**, v. 61, apr. 1952.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Lobby: instrumento democrático de representação de interesses? **Revista Organicom**, a. 8, n. 14, 1º sem. 2011. Disponible en: <<http://www.revistaorganicom.org.br/sistema/index.php/organicom/article/viewFile/344/384>>. Acceso el: 26 abr. 2018.
- MANCUSO, Wagner Pralon; MOREIRA, David Cordeiro. Benefícios tributários valem a pena? Um estudo de formulação de políticas públicas. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 107-121, mar. 2013.
- MEDEIROS, Sophia Félix. As agências reguladoras e a captura: um ensaio sobre os desvios regulatórios na Agência Nacional de Energia Elétrica. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, año19, n. 104, p. 187-205, jul./ago. 2017.
- OLIVEIRA, Antônio Flávio de. As agências reguladoras e a sua natureza de autarquias especiais. O problema da captura. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, año 5, n. 51, maio 2005. Disponible en: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=29425>>. Acceso el: 27 abr. 2018.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 48, abr./jun. 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, abr./jun. 2010.
- ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza**. Buenos Aires: Manantial, 2007.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos**. Causas, consecuencias y reforma. Madrid: Siglo XXI, 2001.
- SANTANO, Ana Claudia; BLANCHET, Luiz Alberto; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 7, p. 49-72, 2016.
- SARTORI, Giovanni. **Parties and party politics: a framework for analysis**. New York: Cambridge University Press, 1976.
- SCHLOZMAN, Kay Lehman; TIERNEY, John T. **Organized interests and American democracy**. New York: Harper & Row, 1986.
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *In*: DAHL, Robert; SHAPIRO, Ian; CHEIBUB, José Antonio. **The democracy sourcebook**. Cambridge: UK, 2003.

La centralidad de la persona humana y la servicialidad de la administración

Carlos E. Delpiazzo¹

SUMARIO

1 Introducción; 2 Centralidad de la persona humana; 2.1 Fundamento; 2.2 Dimensiones; 3 Esencialidad de la servicialidad administrativa; 3.1 Fundamento; 3.2 Proyección del principio de juridicidad; 3.3 Vinculación con el bien común; 4 Conclusion; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

La centralidad de la persona humana y la servicialidad de la Administración son como las dos caras de una misma moneda, o los dos términos de una ecuación fundamental.

En efecto, lo propio del Estado constitucional de Derecho, que impregna todo el Derecho Administrativo contemporáneo, es el reconocimiento de la primacía de la persona humana, derivada de su eminente dignidad, de la que se desprenden todos y cada uno de los derechos fundamentales y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Director de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Autor de 76 libros y más de 500 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo, de la Academia Internacional de Derecho Comparado y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo y Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Siendo así, adquiere singular relevancia la servicialidad de la Administración, no sólo como cualidad inherente a su ser y quehacer sino como correlato justificante de su propia existencia.

2 CENTRALIDAD DE LA PERSONA HUMANA

2.1 Fundamento

Como ya lo he señalado antes de ahora², frente a las mutables categorías de la doctrina y a los vaivenes de modas que inciden muchas veces en el Derecho positivo, es necesario insistir en la centralidad de la persona – “protagonismo originario” lo llamaba Mariano BRITO³ – como destinataria del quehacer estatal y foco para la interpretación de las relaciones emergentes de la variedad de servicios que la Administración le brinda, sea en forma directa o indirecta.

Es imprescindible no perder de vista que, en todo momento, cualquiera sea su edad o normalidad, el hombre ostenta aquella interior dignidad que le viene no de ser un hombre de dignidad sino de tener la dignidad de un hombre; de esa dignidad eminente o intrínseca extraen su razón de ser los derechos humanos, cuyo titular no es la humanidad en su abstracción genérica ni un determinado tipo de hombre sino cada hombre en su personal concreción⁴.

Por eso, la afirmación y reafirmación de los derechos fundamentales – todos – parte del reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, cabe suscribir la enseñanza de Jesús Gonzalez Perez en el sentido de que la dignidad de la persona actúa “como principio informador y límite de la actividad administrativa” ya que “es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona”⁵.

² DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. v. 1. 2. ed. actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2015. p. 89 y ss.

³ BRITO, Mariano R. Libertad y autoridad del Estado. In: A.A.V.V. **Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización**. Montevideo: F.C.U., 1991. p. 28; _____. **Derecho Administrativo**. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva. Montevideo: U.M., 2004. p. 245.

⁴ ARDAO, Arturo. El hombre en cuanto objeto axiológico. In: _____. **El hombre y su conducta**. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi. Buenos Aires: UPRED, 1980. p. 73 y 74.

⁵ PEREZ, Jesús Gonzalez. **La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo**. Curitiba: Jurua, 2007. p. 13.

Es que la dignidad humana es intangible y de máximo valor no por imperio de disposición alguna sino por el origen y naturaleza del hombre, impregnando, por tanto, todas las ramas del Derecho⁶ e incidiendo en la recta jurisprudencia sobre los derechos humanos⁷.

Con palabras de José Aníbal Cagnoni, “la dignidad es consideración, respetabilidad, estimación de cada uno por sí y con respecto a todos los demás, es lo que merece la persona por su humanidad, es lo adecuado a esta esencialidad que hace singular en el universo a esta especie de seres vitales que somos los humanos”⁸.

Consecuentemente, la dignidad de la persona implica el derecho que tiene todo hombre a que se le reconozca como ser dotado de fin propio y no como un simple medio para los fines de otros, y se erige como principio general de Derecho que sustenta todo el ordenamiento jurídico y sirve de base al universo de derechos de cada individuo.

2.2 Dimensiones

Al menos desde Aristóteles, es lugar común destacar que el hombre tiene una dimensión individual y una dimensión social, que conlleva la política sin confundirse con ella, a las que corresponde agregar una dimensión trascendente, siendo todas inescindibles entre sí porque la persona humana es una sola⁹.

Por lo que refiere a la dimensión individual, surge de lo antedicho que los derechos fundamentales lo son por derivar de la naturaleza del hombre, de modo que la fuente de los mismos radica en su eminente *dignidad humana*¹⁰.

Ya la legislación de Partidas reconocía que “La persona del home es la más noble cosa del mundo” (Ley 26 de Partida VII, Título I), precepto que el proverbio castellano tradujo por “Nadie es más que nadie” para poner de manifiesto que la supremacía del ser humano se manifiesta en que todos los hombres son iguales en dignidad¹¹.

⁶ BLENGIO VALDES, Mariana. **El derecho al reconocimiento de la dignidad humana**. Montevideo: A.M.F., 2007. p. 55 y ss; SAGÜES, Néstor. Dignidad de la persona e ideología constitucional. **Rev. de Derecho Constitucional y Político**, Montevideo, tomo XII, n. 72, 1996. p. 679 y ss; SECO, Ricardo Francisco. Un contenido para los términos dignidad de la persona humana. Aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano. **Rev. Derecho Laboral**, Montevideo, tomo LIII, n. 239, 2010. p. 459 y ss; CERVINI, Raúl. El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. **Rev. de Derecho**. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, n. 5, 2010. p. 36.

⁷ BRITO, Mariano R. La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo. *In*: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012. p. 165 y ss; BLENGIO VALDES, Mariana. *Op. cit.*, p. 63 y ss; POSTIGO, José Chavez Fernandez. **La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano**. Lima: Palestra, 2012.

⁸ CAGNONI, José Aníbal. La dignidad humana. Naturaleza y alcances. *In*: CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo, 2003. p. 65.

⁹ DELPIAZZO, Carlos E. Las dimensiones del administrado. *In*: **Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito**. Organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo. Montevideo: U.M., 2014. p. 227 y ss; _____. **Derecho Administrativo General**. v. 2. Montevideo: A.M.F., 2013. p. 221 y ss.

¹⁰ BRITO, Mariano R. *Op. cit.*, p. 155 y ss.

¹¹ PEREZ, Jesús Gonzalez. La dignidad de la persona. Madrid: Civitas, 1986. p. 24.

En nuestro país, así lo proclama expresamente el art. 72 de la Constitución cuando explicita que “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la persona humana”¹².

Con palabras de Alberto Ramón Real, “Inherente significa que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa que no se puede separar”, de modo que “derechos inherentes a la personalidad humana son pues, aquellos inseparables por su naturaleza de dicha personalidad, de los que se goza por el solo hecho de ser hombres”¹³.

Ellos fincan en la eminente dignidad de toda persona, que “es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana; es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana”¹⁴.

Consecuentemente, todos los derechos inherentes a la condición humana se imponen no sólo al legislador sino también al constituyente por cuanto preexisten a la organización estatal; no son creados por acto jurídico alguno sino que nacen con el hombre mismo, cualquiera sea su condición, sea varón o mujer, joven o viejo, enfermo o sano, cualquiera sea su raza, religión o ideología.

En cuanto a la dimensión social, es evidente que “El hombre no es sólo en tanto que individuo, en dimensión de interioridad; se abre a los otros, formando el nosotros, o, inevitablemente, se mutila y empobrece, y aún se destruye [...]. Por exigencia racional no puede alcanzar su perfección solo; reclama la apertura, referencia y vinculación a los demás”¹⁵.

Es una verdad incuestionable que toda persona necesita de otras y, en función de ello, a la esfera de lo individual, signada por la eminente dignidad humana, debe agregarse la esfera de lo social, comprensiva no sólo de la organización estatal para el logro del bien común sino también de comunidades intermedias que los hombres forman por derecho propio.

Entre ellas, merece destaque en primer lugar la *familia* ya que el hombre es inconcebible sin relaciones familiares. Por eso, la generalidad de la doctrina destaca que la importancia de la familia es enorme en la vida social y política de los países como institución interpuesta como entidad autónoma entre el individuo y el Estado destinada a generar vida y preparar para vivirla¹⁶.

¹² ESPIELL, Héctor Gros. La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos. *In*: CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo, 2003. p. 9 y ss; CAGNONI, José Aníbal. La dignidad humana. Naturaleza y alcances. **Rev. de Derecho Público**, Montevideo, n. 23, 2003. p. 11 y ss; _____. La primacía de la persona: el principio personalista. **Rev. de Derecho Público**, Montevideo, n. 24, 2004. p. 135 y ss.; ROCCA, María Elena. Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona. **Rev. de Derecho Público**, Montevideo, n. 24, 2004. p. 139 y ss; LABORDE, Marcelo. No sólo de derechos vive el hombre. Los deberes de las personas en el artículo 72 de nuestra Constitución. *In*: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). **Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo**. Montevideo: F.C.U., 2012. p. 185 y ss.

¹³ REAL, Alberto Ramón. **Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya**. Montevideo, 1965. p. 24.

¹⁴ ALTIERI, Santiago. **El estatuto jurídico del cigoto**. ¿Persona o cosa? Montevideo: U.M., 2010. p. 63.

¹⁵ BRITO, Mariano R. *Op. cit.*, p. 59 y 60.

¹⁶ DELPIAZZO, Carlos E. **Dignidad humana y Derecho**. Montevideo: U.M., 2001. p. 37 y sigtes.

Es que la familia es una comunidad de personas ligadas por una unidad de origen: todo hombre es hijo y nunca deja de serlo. Ser hijo es incluso más radical que ser varón o mujer, porque indica el modo de originarse uno mismo: nacer. Ser hijo significa depender, proceder de, tener un origen determinado, reconocible en nombres y apellidos: es la estirpe a la que uno pertenece¹⁷.

Por lo tanto, la familia es una institución natural y permanente, que constituye lo que Adolfo Gelsi Bidart llamó con acierto “el lugar de la persona”¹⁸. En la familia se aprende a vivir y se obtiene un perfil genético propio, tanto en lo físico como en lo psíquico (carácter, aptitudes, urdimbre afectiva, aprendizaje de conducta, costumbres, gestos, modos de hablar, cultura práctica etc.). Pero además, la familia es el depósito de los valores que más profunda y permanentemente quedan grabados en el espíritu de sus miembros mediante la educación (actitudes religiosas, virtudes morales, modos de valorar, ideales etc.).

De ahí el indiscutible valor de la familia, y de ahí también el sólido fundamento de su ser y existir perdurable.

Por eso, la Constitución uruguaya (1966) establece con precisión en la primera frase del art. 40 que “La familia es la base de nuestra sociedad”. También la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988) considera a la familia como “base de la sociedad” (art. 226) mientras que la Constitución de la República de El Salvador (1983) agrega la palabra “fundamental”. Dice que “La familia es la base fundamental de la sociedad” (art. 32).

En similar sentido, la Constitución Política de la República de Chile (1980) reconoce que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” (art. 1º, inc. 2º). En iguales términos se pronuncia la Constitución Política de Colombia (1991) (art. 42). Acudiendo al mismo concepto, la Constitución de la República del Paraguay (1992) y la Constitución de la República Dominicana (2010) proclaman que “La familia es el fundamento de la sociedad” (arts. 49 y 55 respectivamente) y la segunda agrega que ella es “el espacio básico para el desarrollo integral de las personas”.

Por su parte, la Constitución de la Nación Argentina (1994) proclama la “protección integral de la familia” (art. 14 bis). Del mismo modo, la Constitución Bolivariana de Venezuela (1999) dispone que “El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas” (art. 75).

A partir de lo que viene de decirse, es constatable que las disposiciones constitucionales se alinean con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), conforme a la cual “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16, num. 3). La calificación de la familia como “elemento fundamental de la sociedad” aparece igualmente en el art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

¹⁷ YEPES STORK, Ricardo. **Fundamentos de Antropología**. Pamplona: EUNSA, 1996. p. 285 y 286.

¹⁸ GELSI BIDART, Adolfo. La familia y el Derecho. In: PLA RODRIGUEZ; Américo; RANZETTI, Ana María (Coords.). **El Derecho y la Familia**. Montevideo: F.C.U., 1998. p. 248.

Con parecidos términos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), conocida como Pacto de San José, preceptúa que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (art. 17, num. 1)¹⁹. El giro se repite en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988), conocido como Protocolo de San Salvador (art. 10).

Las expresiones “base”, “fundamento”, “núcleo fundamental”, “elemento natural y fundamental” califican la importancia y situación de primacía de la familia. En virtud de tal primacía, según lo reconocen los instrumentos internacionales y Constituciones citadas, la familia es acreedora de la protección estatal, la cual se expresa en un doble sentido: mediante la actuación y mediante la abstención.

Por un lado, a partir de la afirmación de la familia como sociedad natural y anterior a la sociedad civil – ya que la parte (la familia) es anterior al todo (la sociedad civil) – resulta con evidencia que el Estado tiene el deber de protegerla para la procura de sus derechos fundamentales²⁰.

Por otro lado, la familia también tiene derecho al cuidado estatal a través de la abstención. En efecto, al Estado no le cabe introducirse en los aspectos que hacen al fuero personal de los integrantes de la familia, especialmente en lo que refiere a la aptitud para la trasmisión de la vida. Una injerencia estatal sustituyente de la familia en sus misiones naturales sería lesiva de la dignidad humana²¹.

En segundo lugar, la producción y la obtención de los medios necesarios para satisfacer necesidades mediante la técnica y el trabajo encuentran su expresión en la *empresa*, entendida genéricamente como la organización de capital y trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o servicios (33).

La naturaleza social del hombre lo llevó muy pronto a descubrir las ventajas que aporta la coordinación de varios individuos y la utilización de instrumentos apropiados, conforme a un plan, para alcanzar los propósitos perseguidos.

Independientemente de la diversidad de formas jurídicas que puede adoptar, la empresa es una institución integrada por personas, bienes materiales e inmateriales, puesta al servicio del interés común en el resultado económico pretendido²².

En tercer lugar, es preciso añadir que familia y empresa no agotan el elenco de manifestaciones de la dimensión social del hombre, existiendo *otras comunidades intermedias*

¹⁹ ESPIELL, Héctor Gros. **La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos**. Santiago, Editorial Jurídica de Chile: 1991. p. 108.

²⁰ BRITO, Mariano R. El cuidado de la familia por el Estado y la procuración del bien común en nuestros países. **Rev. de Derecho Público**, Santiago de Chile, n. 57-58, 1995. p. 170 y ss.

²¹ BRITO, Mariano R. Funciones del Estado en relación a la familia. In: PLA RODRIGUEZ, Américo; RANZETTI, Ana María (Coords.). Op. cit., p. 205 y ss.

²² DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo Especial**. v. 2. 2. ed., actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2010. p. 483 y ss.

que las personas pueden formar en ejercicio de su derecho de asociación y que conlleva el derecho a la institucionalización de la asociación²³.

En cuarto lugar, es preciso destacar que se habla de comunidades intermedias para diferenciarlas de la sociedad como colectividad jurídicamente organizada en el *Estado*, como expresión mayor de la dimensión social de los seres humanos²⁴, dentro de cuyo ámbito se desarrolla la *Administración* como organización servicial que tiene a su cargo, como actividad primordial, el ejercicio de la función administrativa²⁵.

En cuanto a la dimensión trascendente, con independencia de convicciones religiosas o posturas ideológicas, es una realidad evidente que la persona humana tiene un espíritu, aspecto en el cual se diferencia de todos los demás seres vivos.

Como tal, tiene una *conciencia* o espacio interior al que nadie puede acceder si uno no quiere y que permite a cada hombre direccionar su conducta sin que ningún cautiverio o castigo sea capaz de suprimirle ese nivel de libertad interior para sostener una creencia, pensamiento o deseo²⁶.

A partir de la libertad de conciencia queda claro que cada ser humano es la fuente de su actuar, de la que derivan los derechos a la libertad de expresión, a la libre discusión en la búsqueda de la verdad, a la libertad religiosa (que incluye no sólo creer sino también practicar), a vivir según el dictado de las propias convicciones y, en definitiva, a realizar el proyecto vital que cada uno elija.

De ahí la importancia vital en el Estado constitucional de Derecho de la *objección de conciencia* como derecho fundamental a incumplir un deber jurídico por motivos de conciencia ya que de nada valdría la libertad de conciencia si no se la pudiera hacer valer en el momento en que ella es vulnerada²⁷.

Consiste en el rechazo de un individuo a realizar una conducta que le sería jurídicamente exigible (en virtud de una norma o de un mandato jurisdiccional o administrativo) por motivos de conciencia, es decir, guiado por la voz de su conciencia, juzgando críticamente las posibilidades de su obrar y confrontando cada una de ellas con la verdad de la cual está convencido.

²³ MUÑOZ, Horacio Cassinelli. Libertad de asociación, personalidad jurídica y Poder Ejecutivo. **Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración**, tomo 65. p. 273 y ss.

²⁴ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**. v. 1. 2. ed., actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2013. p. 29 y ss.

²⁵ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo Uruguayo**. México, Porrúa; Unam, 2005. p. 7.

²⁶ DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho Administrativo General**, op. cit., p. 226 y ss.

²⁷ VALLS, Rafael Navarro; TORRON, Javier Martínez. Conflictos entre conciencia y ley. 2. ed., revisada. Madrid: Iustel, 2012. p. 29 y ss; FLORIA, Juan G. Navarro. **El derecho a la objeción de conciencia**. Buenos Aires: Abaco, 2004; ASIAIN, Carmen. Veto a la limitación de la libertad de conciencia. In: A.A.V.V. **Veto al aborto**. Montevideo: U.M., 2012. p. 121 y ss; JAVIER, Juvenal M. Reflexiones sobre la objeción de conciencia e ideario en el Uruguay a partir las leyes n. 18.987 y 18.473. **Rev. de Derecho Público**, Montevideo, n. 43, 2013. pág. 33 y ss; BERCHESI, Bruno. Objeción de conciencia. ¿Sabemos qué significa? **Rev. Jurídica La Ley Uruguay**, Montevideo, año III, n. 3, 2010. p. 446 y ss; HANNA, Marta. Recepción jurisprudencial de la objeción de conciencia. **Rev. de Derecho**. Publicación arbitrada de la Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, n. 12, 2015. p. 217 y ss.

Como bien se ha dicho, recordando los ejemplos de Sócrates, Antígona y Tomás Moro, “violentar la conciencia es la peor afrenta que puede inferirse a un ser humano, ya que allí radica lo más esencial de su ser. No están en juego valores de enorme importancia, tales como la libertad física, la propiedad o aún la vida, sino algo aún más esencial: la libertad de ser lo que cada uno piensa que está llamado a ser. Sin eso, se estará encarcelado aún libre, se estará despojado aún rico, se estará muerto aún vivo”²⁸.

3 ESENCIALIDAD DE LA SERVICIALIDAD ADMINISTRATIVA

3.1 Fundamento

La contracara de la centralidad de la persona humana es la servicialidad de la Administración, que proviene de su propia *etimología* ya que la palabra “administrar” proviene del latín “ad” y “ministrare”, que significa “servir a”²⁹.

Quiere decir que el *fundamento* y la justificación de la existencia de la Administración radica en su servicialidad³⁰ y se realiza concretamente en el servicio a la sociedad como tal y en cada uno de sus integrantes y grupos intermedios, de lo que deriva su naturaleza instrumental³¹ a fin de que los componentes del cuerpo social –todos – puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

Tal carácter de servicialidad adquiere especial importancia al presente, cuando, con el advenimiento del Estado constitucional de Derecho, “está reapareciendo la idea de que el Estado está para fomentar, promover y facilitar que cada ser humano pueda desarrollarse como tal a través del pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos. Por tanto, el ser humano, la persona, es el centro del sistema; el Estado está a su servicio y las políticas públicas también [...] La muerte del Welfare State no es la muerte de una manera más social de ver la vida, sino la muerte de un sistema de intervención creciente que ha terminado asfixiando y narcotizando al ciudadano”³².

Es que “El Estado de Derecho viene a configurarse – definirse conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Es regla paradigmática del Estado de Derecho la acepta-

²⁸ SANCHEZ, Alberto M. La objeción de conciencia en el agente estatal. In: MENDIBLE, Víctor Hernández. Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela. tomo I. Caracas: Paredes, 2009. p. 283 y ss.

²⁹ DELPIAZZO, Carlos E. Derecho Administrativo General, op. cit., p. 59; DELPIAZZO, Carlos E. Derecho Administrativo Uruguayo, op. cit., p. 7.

³⁰ SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo. tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996. p. 83 y ss; _____. **La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno**. Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real. Montevideo: F.C.U., 1996. p. 507 y ss.

³¹ BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo. In: _____. **La Justicia Uruguaya**. Tomo XC, sección Doctrina, p. 11 y ss.; _____. Derecho Administrativo, op. cit., p. 259 y ss.

³² MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Ética, Poder y Estado**. Buenos Aires: RAP, 2004. p. 75.

ción de una sustancia impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve y cuya protección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela”³³.

3.2 Proyección del principio de juridicidad

Acorde a esa finalidad, el Estado de Derecho se caracteriza no sólo por su elemento sustantivo (el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales) sino también por la forma en que ese objetivo se alcanza: el sometimiento del Estado, y dentro de él de la Administración, a la ley, de donde deriva la individualización del principio de legalidad, cuya evolución y matizaciones ha planteado brillantemente Juan Carlos CASSAGNE³⁴.

En la medida que actualmente ese condicionamiento no es sinónimo de la ley en sentido formal sino más ampliamente de la pluralidad de fuentes que exhibe el Derecho contemporáneo -pasando “de la ley al Derecho”, en feliz expresión de Juan Carlos Cassagne³⁵ – parece más apropiado, desde el punto de vista conceptual, hablar de principio de juridicidad, sustituyendo la denominación de “bloque de la legalidad” de que hablaba Maurice Hauriou por la más precisa referencia al “haz de la juridicidad”³⁶.

Siguiendo la pedagógica enseñanza de Eduardo Soto Kloss, “Si quisiéramos tener una noción breve, de fácil retención y manejo, y al mismo tiempo exacta, de lo que es el principio de juridicidad, podría decirse que es la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar”³⁷.

En primer lugar, con la expresión **sujeción** se significa en su sentido más pleno e intenso la idea de sometimiento, de obediencia, de conformidad al Derecho.

Tal sometimiento al Derecho se da respecto al Estado de modo radicalmente distinto que respecto a las personas humanas. Ello es así porque mientras el hombre – como entidad sustantiva – puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, porque es un centro natural de actividad que *halla en la regla de Derecho su límite* pero no el principio de su acción, los entes estatales *hallan en el Derecho la fuente de su existencia y de su acción*. Mientras que en el campo de la actividad privada rige el principio de la libertad, en el campo de la actividad

³³ BRITO, Mariano R. **El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica**. Rev. Ius Publicum, Santiago de Chile, n. 6, 2001. p. 63 y ss; _____. Derecho Administrativo. Op. cit., p. 256.

³⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 115 y ss. _____. **El acto administrativo**. Teoría y régimen jurídico. Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 79 y ss.

³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y su proyección al procedimiento administrativo. **Estudios de Derecho Administrativo**. La Ley Uruguay, Montevideo, n. 10, 2014. p. 302.

³⁶ DELPIAZZO, Carlos E. Afirmación y evolución del principio de juridicidad. _____. SANTOFIMIO, Jaime Orlando; SANTAELLA, Héctor; MATILLA, Andry (Coords.). **Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 197 y ss.

³⁷ SOTO KLOSS, Eduardo. Op. cit., p. 24.

pública rige el principio de especialidad, según el cual los organismos públicos sólo pueden actuar válidamente en las materias que les están expresamente asignadas³⁸.

En segundo lugar, al calificar la sujeción estatal al Derecho como integral, se quiere enfatizar que la misma no admite excepciones, de modo que no existe la posibilidad de que algún órgano del Estado pueda estar por fuera o por encima de la regla de Derecho.

En tercer lugar, al optar por la individualización del principio como de juridicidad y no tan sólo de legalidad, ya se ha puesto de manifiesto que la sujeción debida es al **Derecho** en todas sus formas de expresión, abarcando tanto normas como principios.

En cuarto lugar, el sometimiento del Estado al Derecho alcanza a todos sus órganos tanto **en su ser** porque la existencia misma de ellos es creación del Derecho como **en su obrar** ya que toda su actuación, cualquiera sea la función que ejerzan, debe estar bajo la regla de Derecho.

Aún cuando la formulación del principio de juridicidad refiere al Estado, es preciso entender que alcanza también a la variada gama de entidades previstas en los ordenamientos jurídicos, que actúan en el campo del Derecho público aunque por fuera de las estructuras estatales, incluso valiéndose de figuras propias del Derecho privado para desplegar su actividad³⁹.

3.3 Vinculación con el bien común

En la medida que la razón de ser del Estado (y de la Administración en particular) radica en su servicialidad a la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, material y espiritual, sustentada en la primacía que corresponde a su eminente dignidad, el principio de juridicidad se vincula íntimamente con la procura del bien común, que muchas veces se identifica con el interés general o el interés público⁴⁰.

Por bien común suele entenderse el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección.

En palabras de José Luis Meilan Gil,

³⁸ DELPIAZZO, Carlos E. Los derechos fundamentales y la libertad económica. In: **VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías**. Tomo I. Caracas: FUNEDA, 2004. p. 59 y ss.; _____. Derecho Administrativo Especial. Op. cit., p. 475; _____. Actividad administrativa y Derecho privado. **Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo**, año I, n. 1, 2002. p. 25 y ss.

³⁹ DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo. **Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, año XXXI, n. 370, 2009. p. 157 y ss.; **Rev. de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, año 9, n. 35, 2009. p. 13 y ss.

⁴⁰ DELPIAZZO, Carlos E. Bien común, sociedad y Estado. **Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo**, Montevideo, año XI, n. 21, 2012. p. 81 y ss.; _____. La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados”, **Rev. de Derecho**, Publicación arbitrada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, n. 10, 2014. p. 41 y ss.

el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo⁴¹.

Recientemente, el Papa Francisco ha propuesto cuatro principios orientadores de la convivencia social en pos del bien común⁴².

En primer lugar, ha destacado que

el tiempo es superior al espacio. Este principio permite trabajar a largo plazo, sin obsesionarse por resultados inmediatos. Ayuda a soportar con paciencia situaciones difíciles y adversas, o los cambios de planes que impone el dinamismo de la realidad [...] Darle prioridad al espacio lleva a enloquecerse para tener todo resuelto en el presente [...] Darle prioridad al tiempo es ocuparse de iniciar procesos más que de poseer espacios. El tiempo rige los espacios, los ilumina y los transforma en eslabones de una cadena en constante crecimiento, sin caminos de retorno.

En segundo lugar,

la unidad es superior al conflicto. La solidaridad, entendida en su sentido más hondo y desafiante, se convierte así en un modo de hacer la historia, en un ámbito viviente donde los conflictos, las tensiones y los opuestos pueden alcanzar una unidad pluriforme que engendra nueva vida. No es apostar por un sincretismo ni por la absorción de uno en el otro, sino por la resolución en un plano superior que conserva en sí las virtualidades valiosas de las polaridades en pugna.

En tercer lugar,

la realidad es superior a la idea. Esto supone evitar diversas formas de ocultar la realidad: los purismos angélicos, los totalitarismos de lo relativo, los nominalismos declaracionistas, los proyectos más formales que reales, los fundamentalismos ahistóricos, los eticismos sin bondad, los intelectualismos sin sabiduría [...] La idea desconectada de la realidad origina idealismos y nominalismos ineficaces, que a lo sumo clasifican o definen, pero no convocan. Lo que convoca es la realidad iluminada por el razonamiento.

⁴¹ MEILAN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español. *Rev. de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 10, n. 40, 2010. p. 171 y ss.

⁴² PAPA FRANCISCO. *Exhortación Apostólica*. "Evangelii Gaudium", de 24 de noviembre de 2013, n. 221 a 237.

En cuarto lugar,

el todo es más que la parte, y también es más que la mera suma de ellas. Entonces, no hay que obsesionarse demasiado por cuestiones limitadas y particulares. Siempre hay que ampliar la mirada para reconocer un bien mayor que nos beneficiará a todos... El modelo no es la esfera, que no es superior a las partes, donde cada punto es equidistante del centro y no hay diferencias entre unos y otros. El modelo es el poliedro, que refleja la confluencia de todas las parcialidades que en él conservan su originalidad.

4 CONCLUSION

La proclamación del Estado constitucional de Derecho de nuestros días revaloriza y acentúa la centralidad de la persona humana, como lo reconoce el art. 1º de la Constitución alemana al proclamar que “La dignidad humana es intangible”.

Como bien se ha puesto de manifiesto, asistimos a la instalación de nuevos paradigmas del Derecho público, entre los cuales el principio “pro homine”, sustentado en la dignidad de la persona, refuerza la visión instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales⁴³.

Por eso, “Hoy en día en el mundo occidental se afirma lo que se ha llamado el Estado constitucional de Derecho, basado en la primacía de la Constitución o, mejor dicho, del bloque de la constitucionalidad... Ese bloque de constitucionalidad reposa en la dignidad de la persona humana”⁴⁴.

Y tal dignidad no deriva de ningún tratado, Constitución o ley sino que es innata a la naturaleza humana⁴⁵, por lo que el aludido bloque de constitucionalidad comprende los derechos humanos reconocidos o no por la Constitución, contenidos o no en las convenciones internacionales⁴⁶.

Siendo así, en el marco de las relaciones de la Administración (servicial) con los administrados (cada persona y sus comunidades intermedias), éstos ostentan una posición de centralidad que, no obstante, no lo exonera de deberes y responsabilidades. Pero son mayores los de la Administración como consecuencia de su propia naturaleza instrumental, de su ser para cada uno de los integrantes del cuerpo social a los que se debe vicarialmente.

⁴³ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 67 y ss.

⁴⁴ BRITO, Mariano R. Op. cit., p. 164.

⁴⁵ PEREZ, Jesús Gonzalez. Op. cit., p. 6.

⁴⁶ MARTINEZ, Augusto Duran. **Neconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012. p. 845.

REFERENCIAS

- ALTIERI, Santiago. **El estatuto jurídico del cigoto. ¿Persona o cosa?** Montevideo: U.M., 2010.
- ARDAO, Arturo. El hombre en cuanto objeto axiológico. *In:* _____. **El hombre y su conducta.** Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi. Buenos Aires: Upred, 1980.
- ASIAIN, Carmen. Veto a la limitación de la libertad de conciencia. *In:* A.A.V.V. **Veto al aborto.** Montevideo: U.M., 2012.
- BERCHESI, Bruno. Objeción de conciencia. ¿Sabemos qué significa? **Rev. Jurídica La Ley Uruguay,** Montevideo, año III, n. 3, 2010.
- BLENGIO VALDES, Mariana. **El derecho al reconocimiento de la dignidad humana.** Montevideo: A.M.F., 2007.
- BRITO, Mariano R. El cuidado de la familia por el Estado y la procuración del bien común en nuestros países. **Rev. de Derecho Público,** Santiago de Chile, n. 57-58, p. 165-175, 1995.
- _____. El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica. **Rev. Ius Publicum,** Santiago de Chile, n. 6, 2001.
- _____. Funciones del Estado en relación a la familia. *In:* PLA RODRIGUEZ; Américo; RANZETTI, Ana María (Coords.). **El derecho y la familia.** Montevideo: F.C.U., 1998.
- _____. La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo. *In:* DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). **Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo.** Montevideo: F.C.U., 2012.
- _____. Libertad y autoridad del Estado. *In:* A.A.V.V. **Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización.** Montevideo: F.C.U., 1991.
- _____. **Derecho administrativo.** Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva. Montevideo: U.M., 2004.
- _____. Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo. *In:* _____. **La justicia uruguaya.** Tomo XC, sección Doctrina.
- CAGNONI, José Aníbal. La dignidad humana. Naturaleza y alcances. *In:* CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana.** Montevideo, 2003.
- _____. La dignidad humana. Naturaleza y alcances. **Rev. de Derecho Público,** Montevideo, n. 23, 2003.
- _____. La primacía de la persona: el principio personalista. **Rev. de Derecho Público,** Montevideo, n. 24, 2004.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y su proyección al procedimiento administrativo. **Estudios de Derecho Administrativo,** La Ley Uruguay, Montevideo, n. 10, 2014.
- _____. **El principio de legalidad y el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa.** Madrid: Marcial Pons, 2009.
- _____. **El acto administrativo.** Teoría y régimen jurídico. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- CERVINI, Raúl. El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. **Rev. de Derecho,** publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, n. 5, p 27-50, 2010.

DELPÍAZZO, Carlos E. Afirmación y evolución del principio de juridicidad. *In:* _____, SANTOFIMIO, Jaime Orlando; SANTAELLA, Héctor; MATILLA, Andry (Coords.). **Ensayos de derecho público en memoria de Maurice Hauriou**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

_____. Bien común, sociedad y Estado. **Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo**, Montevideo, año XI, n. 21, p. 81-85, 2012.

_____. La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados. **Rev. de Derecho**, publicación arbitrada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, n. 10, p. 41-57, 2014.

_____. **Derecho administrativo especial**. v. 2. 2. ed., actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2010.

_____. **Derecho administrativo general**. v. 1. 2. ed., actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2013.

_____. **Derecho administrativo general**. v. 1. 2. ed., actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2015.

_____. **Derecho administrativo uruguayo**. México: Porrúa; Unam, 2005.

_____. **Dignidad humana y derecho**. Montevideo: U.M., 2001.

_____. La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo. **Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, año XXXI, n. 370, p. 157 y ss., 2009.

_____. La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo. **Rev. de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, año 9, n. 35, p. 13-34, 2009.

_____. Las dimensiones del administrado. *In:* **JORNADAS en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito**. Organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo. Montevideo: U.M., 2014.

_____. **Derecho administrativo general**. v. 2. Montevideo: A.M.F., 2013.

_____. Los derechos fundamentales y la libertad económica. *In:* **VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías**. Tomo I. Caracas: Funeda, 2004.

_____. Actividad administrativa y derecho privado. **Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo**, año I, n. 1, p. 25-30, 2002.

ESPIELL, Héctor Gros. **La Convención Americana y la Convención Europea de derechos humanos**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile: 1991.

_____. La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos. *In:* CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS. **Dignidad Humana**. Montevideo, 2003.

FLORIA, Juan G. Navarro. **El derecho a la objeción de conciencia**. Buenos Aires: Abaco, 2004.

GELSI BIDART, Adolfo. La familia y el Derecho. *In:* PLA RODRIGUEZ; Américo; RANZETTI, Ana María (Coords.). **El Derecho y la Familia**. Montevideo: F.C.U., 1998.

HANNA, Marta. Recepción jurisprudencial de la objeción de conciencia. **Rev. de Derecho**, publicación arbitrada de la Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, n. 12, p. 217-256, 2015.

JAVIER, Juvenal M. Reflexiones sobre la objeción de conciencia e ideario en el Uruguay a partir las leyes n. 18.987 y 18.473. **Rev. de Derecho Público**, Montevideo, n. 43, p. 33-56, 2013.

LABORDE, Marcelo. No sólo de derechos vive el hombre. Los deberes de las personas en el artículo 72 de nuestra Constitución. *In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo.* Montevideo: F.C.U., 2012.

MARTINEZ, Augusto Duran. **Neoconstitucionalismo y derecho administrativo.** Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012.

MEILAN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español. **Rev. de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 171-198, 2010.

MUÑOZ, Horacio Cassinelli. Libertad de asociación, personalidad jurídica y Poder Ejecutivo. **Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración**, tomo 65, s.l., s.n., s.d.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Ética, poder y Estado.** Buenos Aires: RAP, 2004.

PAPA FRANCISCO. **Exhortación apostólica.** "Evangelii Gaudium", de 24 de noviembre de 2013, n. 221 a 237.

PEREZ, Jesús Gonzalez. **La dignidad de la persona humana y el derecho administrativo.** Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **La dignidad de la persona.** Madrid: Civitas, 1986.

POSTIGO, José Chavez Fernandez. **La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano.** Lima: Palestra, 2012.

REAL, Alberto Ramón. **Los principios generales de derecho en la Constitución uruguayana.** Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria (FCU), 1965.

ROCCA, María Elena. Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona. **Rev. de Derecho Público**, Montevideo, n. 24, 2004.

SAGÜES, Néstor. Dignidad de la persona e ideología constitucional. **Rev. de Derecho Constitucional y Político**, Montevideo, tomo XII, n. 72, 1996.

SANCHEZ, Alberto M. La objeción de conciencia en el agente estatal. *In: MENDIBLE, Víctor Hernandez. Desafíos del derecho administrativo contemporáneo.* Conmemoración internacional del centenario de la cátedra de derecho administrativo en Venezuela. Tomo I. Caracas: Paredes, 2009.

SECO, Ricardo Francisco. Un contenido para los términos dignidad de la persona humana. Aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano. **Rev. Derecho Laboral**, Montevideo, tomo LIII, n. 239, p. 459-478, 2010.

SOTO KLOSS, Eduardo. **Derecho administrativo.** Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

_____. **La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno.** Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real. Montevideo: F.C.U., 1996.

VALLS, Rafael Navarro; TORRON, Javier Martinez. **Conflictos entre conciencia y ley.** 2. ed. revisada. Madrid: Iustel, 2012.

YEPES STORK, Ricardo. **Fundamentos de antropología.** Pamplona: EUNSA, 1996.

O papel do Estado e da Administração Pública em relação às liberdades fundamentais na Sociedade Global, Tecnológica e de Risco: possibilidades, limites e controle¹

Daniel Ferreira²

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 A sociedade do século XXI: global, tecnológica e “de risco”; 3 Compreensão-assunção dos discursos da “sociedade de risco” e do “direito penal do inimigo” para a criação e para a aplicação do direito; 4 A restrição a direitos-liberdades fundamentais e a criminalização do seu exercício – o caso da proibição do uso de véus islâmicos e de máscaras em espaços e manifestações públicas; 5 Considerações finais: em suma o que se pode e *deve* esperar do estado e da administração pública na sociedade global, tecnológica e de riscos?; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde muito não há praticamente um mês sequer em que a mídia internacional deixe de informar (*sic*) ao mundo a ocorrência de um atentado terrorista, uma provocação entre Donald Trump e Kim Jong-un ou uma nova descoberta científica que promete “melhorar” o cotidiano. Vive-se sob ameaça constante, inclusive de uma terceira guerra – nuclear ou cibernética –, o que gera uma ansiedade crescente entre pessoas das mais diversas nacionalidades.

O direito – coitado – pouco tem se prestado nesse cenário, por não evitar o inevitável (o atentado terrorista), por não conseguir conter o insopitável (o terrorista) e por não responder

¹ Este artigo, com pequenas variações, foi primeiramente publicado no sítio do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), vinculado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em livro virtual intitulado “A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública” (disponível em: <<http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/15804/view>>), tendo por coordenadores Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Eurico Bitencourt Neto. Ele sintetiza a palestra feita por ocasião da conferência de mesmo título, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, aos 12 de outubro de 2017, sob o tema geral *Administração Pública e liberdades fundamentais* (4ª Sessão), sob os auspícios do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) e com o apoio do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados portugueses.

² Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador e Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter).

ao irresponsável (o terrorista que se fez mártir). Dele se exige cada vez mais, em termos de garantias e de direitos, na perspectiva de cada indivíduo; e menos, relativamente aos demais.

O que fazer, então, para mitigar os riscos da sociedade da atualidade? O que esperar do direito, do Estado e da Administração Pública nesse contexto?

A proposta deste artigo é tentar enfrentar e responder a tais questionamentos. Mas não com caráter de definitividade e de completude; apenas à guisa de primeiras e parciais reflexões.

2 A SOCIEDADE DO SÉCULO XXI: GLOBAL, TECNOLÓGICA E “DE RISCO”

Em que pese ainda seja possível reconhecer a existência de situações pontuais que diferem do cenário prevalente, não se pode deixar de identificar que a sociedade deste novo milênio se revela, por primeiro, como “global”, além de tecnológica e indubitavelmente marcada pelos riscos. Isto é, o aumento da proximidade econômica, social, cultural e política entre as pessoas e os estados, na atualidade, mostra-se fruto não da diminuição das distâncias, propriamente ditas, porém da maior velocidade e da menor dificuldade com que elas são transpostas. Em obra clássica, intitulada *Globalização: as consequências humanas*, Zygmunt Bauman deixa consignado que as diferenças culturais, as fronteiras naturais (e artificiais) dos territórios e mesmo as políticas doméstica e externa dos estados não mais se mantêm distantes, umas das outras, pela simples razão de que as diferenciações entre “aqui” e “acolá”, “dentro” e “fora”, e “perto” e “longe” deixam de ter o significado de outrora³. Para ele, “a oposição longe-perto tem mais uma dimensão crucial: aquela entre a certeza e a incerteza, a autoconfiança e a hesitação.”⁴.

Na perspectiva humana, contudo, essa mais facilitada superação de distâncias não alcança a todos, indistintamente, de modo que “alguns podem agora mover-se para fora da localidade – de qualquer localidade – quando quiserem. Outros observam, impotentes, a única localidade que habitam movendo-se sob seus pés”⁵. Ou seja, enquanto certos sujeitos acabam emancipados por conta da “anulação tecnológica das distâncias”, outros esmorecem devido à inamovibilidade que lhes acaba imposta por qualquer razão⁶.

Ainda assim, entretanto, boa parte das incertezas de ontem desapareceu – ou, pelo menos, viu-se sobremaneira mitigada – com o advento da *internet*. Para quem pode acessá-la, as informações nela veiculadas se fazem instantaneamente disponíveis e em todos os pontos do globo terrestre (e mesmo fora dele; *e.g.*, na estação espacial inter-

³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 18-20.

⁴ Idem, p. 20.

⁵ Idem, p. 24.

⁶ Ibidem.

nacional). Daí falar-se, também, que possuir o conhecimento (e não receber a simples “informação”), hoje, repercute, muitas das vezes, na própria detenção do poder em suas mais variadas nuances⁷. O problema está nas incertezas de hoje, para não se referir à do amanhã.

De todo modo, “é no âmbito de um espaço ou ambiente global que vamos considerar as novas tecnologias de informação e a sociedade que tem nelas um de seus sustentáculos: a sociedade da informação e do conhecimento.”⁸. Para Sara Andrade, portanto, essa (sociedade da informação) vislumbra uma nova forma de organização social, cujo funcionamento reclama crescentemente redes digitais de informação, com repercussão profunda na educação, nas ciências, na saúde, no trabalho, no lazer, nos transportes e no meio ambiente, além de poder se acrescentar – pela relevância – na própria segurança individual e coletiva⁹.

Com efeito, o trânsito “ilimitado” de informações – mesmo que virtual – reforça a necessidade de reconhecimento da sociedade contemporânea como global. Esse atributo, por sua vez, assim se perfaz apenas a partir da tecnologia disponível. Logo, mencionar a sociedade hodierna como global (no sentido de ser “sem-fronteiras”) e tecnológica beira o pleonasmo vicioso.

Por se concretizar como global e tecnológica, a sociedade do século XXI mostra-se, ademais, como uma verdadeira sociedade de riscos. Isto é, a percepção de que hoje se vive numa sociedade “diferente” pode ser explicada pelas distintas sensações de bem-estar ou de mal-estar e de segurança ou de insegurança que acometem as pessoas mundo afora quando confrontadas com outras experimentadas em tempos mais remotos.

Está-se a referir, pois, na medida das possibilidades e no exato contexto aqui apresentado, à sociedade moderna em cotejo (e não em oposição) com a sociedade pós-moderna – que sucedeu àquela e na qual vivemos. Nesta, de modernidade tardia, como assim predicada por Ulrich Beck, “a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos”¹⁰.

⁷ *Mutatis mutandis*, o reverso também se dá, no sentido de que a eventual falta de acesso à informação/conhecimento relevante (de cunho tecnológico, econômico, social ou mesmo governamental) pode redundar no amesquinçamento da vida e do próprio projeto de vida das pessoas, diminuindo ou aniquilando sua dignidade. Não por acaso, é notório que em ditaduras em curso, ao redor do mundo, o acesso à internet é limitado, além de controlado por serviços de inteligência do governo.

⁸ ANDRADE, Sara. A informação na sociedade contemporânea: uma breve abordagem sobre a sociedade da informação, o fenômeno global e a mundialização da cultura. *Revista da FARN*, Natal, v.1, n.1, p. 207-216, jul./dez. 2001, p. 208. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/34>>. Acesso em: 11 maio 2019.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23.

Por isso mesmo, Beck sustenta que o processo de modernização se torna “reflexivo”, convertendo-se, a um só tempo, em “tema e problema”, de modo que os avanços trazidos com as inovações tecnológicas se fazem acompanhar da produção de riscos dantes impensados e que continuam impensáveis. Surgem, assim, na visão do autor, “ameaças colaterais” que podem, em tese, convergir para a autodestruição da vida terrestre¹¹.

Em épocas vetustas, por exemplo, de revolução industrial em andamento, falava-se em riscos de qualificação e/ou à saúde vinculados ao espaço fabril, indubitavelmente visíveis, ainda que desprezados. Os riscos da contemporaneidade têm outra feição: não se mostram contidos por nada, ostentam a potencialidade de atingir quaisquer sujeitos – com indiferença ao lugar em que se encontram – e se tornam de uma invisibilidade angustiante, a despeito de assumidos com essa feição pela sociedade e pelos cientistas das tecnologias.

Justamente por isso, ao apresentar obra coletiva versando sobre “riscos tecnológicos”, Carla Amado Gomes aponta a gestão do risco tecnológico como complexa e geradora de perplexidade, no sentido de que a sensibilidade coletiva se volta aos riscos de grande impacto visual, como aqueles inerentes a atentados terroristas, quase desprezando os riscos próximos, como os decorrentes das atividades, das facilidades e dos prazeres do cotidiano: condução de automóvel, uso do aparelho celular e consumo de cigarros, dentre tantos outros. Para ela, “a tarefa de inculcar na população em geral uma atitude de consciência do risco é desde logo uma missão pedagógica da parte dos poderes públicos, mas também um dever fazer saber às pessoas os riscos a que estão expostas, as condutas que devem adoptar para os minimizar ou evitar, as reacções recomendáveis em casos de acidente”¹². Logo, a simples assunção da sociedade como preponderantemente tecnológica, antecipa-se, exige a consideração dos riscos que lhe são intrínsecos, de modo que a postura do estado deve mudar sobremaneira, dele se exigindo ações preventivas e proativas e não mais apenas reativas, voltadas (pura e simples) à reintegração da ordem jurídica se, quando e como “violada”¹³.

Destarte, sem qualquer preocupação com os rótulos ou mesmo com a carga semântica dos termos/expressões, justifica-se cindir a sociedade em duas: a *de antes* e a *de agora* (entre moderna e pós-moderna; primeira e segunda modernidade; sociedade de classes e sociedade reflexiva¹⁴ etc.) com lastro nas diferentes categorias de riscos a que estão expostas as pessoas, da sua (in)visibilidade, da sua percepção – ou não – a partir do

¹¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23-25.

¹² GOMES, Carla Amado. **Estudos sobre riscos tecnológicos**. Lisboa: ICJP/CIDP, 2017. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/11718/view>>. Acesso em: 11 maio 2019. p. 4.

¹³ Em sentido similar, Beck afirma que, nesse ambiente global e tecnológico, marcado pelos riscos, “aumenta a importância social e política do *conhecimento*” e não apenas da informação, atrelando-se a esta uma feição nitidamente científica, que pode e deve ser disseminada por meio da mídia, quiçá expondo a “disputa definitiva” acerca da extensão, do grau e da urgência dos riscos, no sentido de sua final aceitação, ou não, pelas pessoas e pelos consumidores sem prejuízo de uma prévia “autorização” para sua produção e eventual comercialização por quem competente. (BECK, Ulrich. Op. cit., p. 56).

¹⁴ BECK, Ulrich. Op. cit., p. 47-49; p. 57; p. 59.

maior ou menor acesso à informação (e de sua decodificação) e das diferentes formas de sua distribuição, o que, igualmente reclama refletir acerca dos modelos de estado e de direito como mais ou menos atentos e/ou afeitos a essa sociedade global, tecnológica e “de risco”.

Mas em que consistem, afinal, esses riscos que acompanham a modernização? Na lição de Ulrich Beck,

[...] riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente *futuro*. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral da confiança ou num suposto <<amplificador do risco>>. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje¹⁵.

Essa construção, como bem se pode verificar, apropria-se das noções de risco (e de perigo) e, ainda mais, de dano, além de prestar atenção a questões de previsibilidade e mesmo de probabilidade – ainda que sem a essa explicitamente atinar.

Pierpaolo Cruz Bottini afirma que “é evidente a relação entre risco e perigo, seja qual for a definição adotada. Risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo”¹⁶. Objetivamente falando, pois, o perigo é a possibilidade fática da ocorrência de lesão ou de dano, de modo que a se apresentar no plano fático, real, externo ao homem, permitindo medição e quantificação¹⁷. De conseguinte, é possível “caracterizar o risco como a qualidade de uma situação que antecede o perigo. O risco refere-se à tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele”¹⁸.

Em síntese e a título de ilustração, viajar de avião comporta perigo, mas o risco de queda é remoto, além do que, embora previsível (no plano das possibilidades), é bastante improvável a ocorrência desse evento. Sendo assim, decidir viajar de avião enseja a assunção de um risco, para o qual quase ninguém atenta por conta das vantagens da qualidade e da otimização do tempo no deslocamento. O que interessa, no entanto, é reconhecer que a atividade de transporte aéreo de pessoas – obtida apenas por meio do emprego da tecnologia – é lícita, ainda que fortemente regulada pelos estados, muito embora ela seja potencialmente propiciadora de verdadeiras catástrofes. O mesmo se dá em relação à utilização de usinas nucleares como matriz energética, à comercialização de transgênicos, à exploração do petróleo em zonas sensíveis (no mar, em geleiras) etc.

¹⁵ BECK, Ulrich. Op. cit., p. 47-49; p. 57; p. 39.

¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

¹⁷ Idem, p. 31-32.

¹⁸ Ibidem.

Desse modo, entram em pauta discussões acerca da assunção dos riscos produzidos pelos seres humanos¹⁹ como (juridicamente) permitidos ou proibidos, os efeitos de tanto e quem pode acabar por eles atingido²⁰, e, pois, da sua própria “gestão” pelo estado, pelo mercado e pela própria sociedade²¹.

Enfim, o avanço tecnológico, ao mesmo tempo em que traz benefícios, carrega consigo a potencialidade de produzir malefícios, de modo que sempre será preciso ter cuidado, inclusive em relação às reais finalidades que com ele se pretende obter²².

O interregno temporal entre a descoberta dos raios X (por Wilhelm Conrad Röntgen) – e sua aplicação na medicina (por Madame Curie) – à criação da bomba nuclear (por Einstein e Oppenheimer) foi de “apenas” meio século (1895-1945), o que não se repete e nem tende a se repetir neste momento histórico²³. Hoje, a velocidade de transformação é infinitamente

¹⁹ Anthony Giddens, referindo-se aos tempos atuais ainda como modernidade (em confronto com a pré-modernidade), sustenta que é preciso olhar com atenção para o perfil específico do risco, que a seu juízo pode ser assim delineado: (i) globalização do risco no sentido de sua extensão a toda a humanidade (guerra nuclear); (ii) globalização do risco a partir da multiplicação de eventos (mudança na divisão social do trabalho); (iii) risco derivado do meio ambiente “criado” (não-natural); (iv) riscos ambientais institucionalmente desenvolvidos (pelos mercados de investimentos); (v) risco que pode-deve ser reconhecido como tal; (vi) consciência coletivizada do risco e (vii) consciência das limitações da perícia (e da inevitabilidade de se viver com perigos que estão longe do controle dos indivíduos, das organizações e mesmo dos estados). (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 111-112). Com isso tudo, Giddens acaba por destacar que os riscos da modernidade (para ele; e da pós-modernidade, para Beck) são indubitavelmente fruto da ação humana, isto é, que a sociedade contemporânea se estrutura exatamente “a partir dos riscos humanamente criados”. (SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 86).

²⁰ Nessa porção, menciona-se o potencial “efeito bumerangue”, por conta do qual “o agente causador se encontra, ao mesmo tempo, entre aqueles que assumem e sofrem as consequências do risco”. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 39). Isto é, como também (e anteriormente) observado por Beck, há verdadeira democratização do risco, no sentido de que todos, indiferentemente das distâncias reais que os separam, estão *in potentia* sujeitos a sofrer com a assunção – por apenas alguns – dos riscos decorrentes da tecnologia. O caso da usina nuclear de Fukushima, no Japão, prejudicada por conta de um tsunami ocorrido em março de 2011, fala por si, na medida em que se cogita terem sido encontrados peixes contaminados por radiação (césio-137 e estrôncio-90) até mesmo no Alasca e no Canadá.

²¹ Merece atenção o fato de que a assunção de riscos (naturais ou tecnológicos) por parte das pessoas pode resultar da maior ou menor confiança nas instituições encarregadas de informar, de gerenciar os riscos e de, em situações de crise, enfrentar as situações de emergência. Examinando a situação portuguesa exatamente em relação a riscos naturais e tecnológicos, Alexandre Oliveira Tavares, José Manuel Mendes e Eduardo Basto chegam a uma relevante conclusão, qual seja, a de que “é possível estabelecer uma base sólida para implementação de uma cultura de segurança estrutural das populações, que promova epistemologias cívicas relacionadas com o risco e a governação do risco e a construção de um mundo diversificado, mas comum” (TAVARES, Alexandre Oliveira; MENDES, José Manuel; BASTO, EDUARDO. Percepção dos riscos naturais e tecnológicos, confiança institucional e preparação para situações de emergência: o caso de Portugal continental. **Revista Crítica de Ciências** [on-line], n. 93, p. 167-193, jun. 2011. Disponível em: <<https://rccs.revues.org/1380>>. Acesso em: 11 maio 2019). E isso é deveras importante, na medida em que o risco “permitido”, “bem informado” e “bem gerido” para a ser um componente palatável para a “definição-assunção” da vida em sociedade, dos seus espaços de ocupação (inclusive geográfico), das possibilidades de trabalho e de desenvolvimento da atividade econômica lícita, e mesmo da definição das rotas “rumo à ecossocioeconomia” – que, de sua parte, reclama atenção para com o crescimento econômico “ambientalmente equilibrado”. (SACHS, Ignacy; VIEIRA, Paulo. **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2007).

²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 88.

²³ CESAREO, Roberto. **Dos raios X à bomba atômica (1895-1945): os 50 anos que mudaram o mundo**. Brasília: Embrapa, 2010.

maior, talvez como fruto voluntário ou involuntário, legítimo ou não, de compartilhamento de informações e de conhecimento em tempo real num “fluxo mundializado de mensagens”, o que faz da presente sociedade da informação, reciprocamente, a sociedade de riscos²⁴. “O simples ir e vir de informações não põe uma nação no rumo certo do progresso. Dois aspectos devem ser considerados antes que aceitemos esta hipótese: 1) Que tipo de informação está circulando? 2) Como as pessoas se apropriam dessa informação?”²⁵ A essa problematização, como apresentada por Sara Andrade, seria conveniente – se não mesmo prudente – adicionar, pelo menos, outras duas e importantes indagações: 3) Qual utilidade se dá a tais informações? 4) Alguém deve controlar isso tudo, afinal?

Apenas refletindo acerca de tais questionamentos, na tentativa de oferecimento de respostas, seria possível sustentar que nem sempre o “progresso tecnológico” conduz a uma melhora da vida em sociedade. Günther Jakobs percebeu isso faz muito.

3 COMPREENSÃO-ASSUNÇÃO DOS DISCURSOS DA “SOCIEDADE DE RISCO” E DO “DIREITO PENAL DO INIMIGO” PARA A CRIAÇÃO E PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO

Nada obstante rechaçada por muitos²⁶, a doutrina de Günther Jakobs acerca do “direito penal do inimigo” traz para o centro da discussão a possibilidade – por ele sustentada – de se admitir (a construção de) um direito aplicável a uma certa categoria de pessoas (os “cidadãos”) e que não se cogita de estender em relação a outra, de “inimigos” – marcada por os “terroristas”²⁷, sem prejuízo de se reconhecer como social e equivalentemente impressionáveis os riscos criados pelas “organizações criminosas”²⁸.

E aí reside o grande mérito da referida lição, qual seja, o de – embora versando estritamente acerca do direito penal e processual penal – advertir que, na atualidade, urge considerar, em todas as instâncias, a existência de riscos entendidos como “socialmente” aceitáveis e outros como absolutamente inaceitáveis. E mais, que, a partir disso – e no seu entender –, são validamente admitidas (em tese) e construídas (enquanto positivadas) permissões (ou não-proibições) jurídicas a certos comportamentos de pessoas físicas e

²⁴ ANDRADE, Sara. Op. cit., p. 210.

²⁵ Idem, p. 211.

²⁶ Dentre eles, Suzana Tavares da Silva (*In: Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014. p. 246) e Alexandre Sousa Pinheiro (*As liberdades fundamentais e o perigo do “Estado Musculado”*. *In: GONÇALVES, Pedro et al. (Coords.). A crise e do direito público: VI encontro de professores portugueses de direito público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013. p. 47-80. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/.../ebook_encontrodp_31out2013a.pdf>. Acesso em: 11 maio 2019).

²⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19-48.

²⁸ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *As liberdades fundamentais e o perigo do “Estado Musculado”*. *In: GONÇALVES, Pedro et al. (Coords.). A crise e do direito público: VI encontro de professores portugueses de direito público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013. p. 48.

jurídicas – praticados individualmente, ou não –, a despeito de propiciadores de risco diante (da possibilidade) de perigos assim reconhecidos *ab ovo*. Apenas como referência, percebe-se que, a partir da década de 90 do século passado, houve franca absorção dos ideais do movimento “lei e ordem” na legislação brasileira²⁹. Coincidentemente, ou não, muitas das obras de Beck – versando sobre os riscos como marco característico da sociedade atual – foram escritas na mesma época³⁰, de modo a sugerir, pelo menos, que investigações teórico-acadêmicas de índole sociológico-jurídica impactaram e podem continuar impactando (em alguma medida) não apenas a aplicação crítica do direito, mas chegando a alcançar o seu próprio processo de criação.

Com essa moldura, traçada a partir da sociedade “de riscos” (Beck) e do direito penal “do inimigo” (Jakobs), fica fácil perceber os motivos pelos quais a reprovação jurídica a certos comportamentos passa a se importar não apenas com os resultados (que alteram o mundo fenomênico, como o homicídio de alguém), mas também com o “desvalor do próprio comportamento” (com a criação do risco “proibido” – como o simples possuir ou portar arma de fogo, pelas pessoas comuns, no Brasil)³¹ –,

²⁹ “Não por acaso, no Brasil e sob forte influência do movimento *law and order* americano, como bem destaca René Ariel Dotti: ‘[...] surgiram nos anos 90 propostas de criminalização de fatos antes penalmente irrelevantes ou que eram sancionados com penas menos graves. Como exemplos marcantes desse fenômeno podem ser mencionados os seguintes diplomas: Lei n. 8.072, de 25.7.1990 (crimes hediondos); Lei n. 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei n. 8.137, de 27.12.1990 (crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo); Lei n. 8.176, de 8.2.1991 (crimes contra a ordem econômica); Lei n. 8.212, de 24.7.1991 (crimes contra a segurança social); Lei n. 8.666, de 21.6.1993 (crimes relativos às licitações); Lei n. 9.020, de 13.4.1995 (práticas discriminatórias nas relações de trabalho); Lei n. 9.034, de 3.5.1995 (organizações criminosas); Lei n. 9.100, de 29.9.1995 (crimes eleitorais); Lei n. 9.263, de 12.1.1996 (esterilizações cirúrgicas); Lei n. 9.296, de 24.7.1996 (interceptação de comunicações telefônicas); Lei n. 9.426, de 24.12.1996 (novas hipóteses de receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor); Lei n. 9.434, de 4.2.1997 (remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano); Lei n. 9.437, de 20.2.1997 (porte de arma); Lei n. 9.455, de 7.4.1997 (tortura); Lei n. 9.472, de 16.7.1997 (serviços de telecomunicação); Lei n. 9.503, de 23.9.1997 (Código de Trânsito Brasileiro); Lei n. 9.504, de 30.9.1997 (crimes eleitorais); Lei n. 9.605, de 12.2.1998 (crimes contra o meio ambiente); Lei n. 9.609, de 19.2.1998 (programa de computador); Lei n. 9.613, de 4.2.1998 (lavagem de dinheiro); Lei n. 9.677, de 2.7.1998 (crimes contra a saúde pública); Lei n. 9.983, de 14.7.2000 (crimes previdenciários)’. (FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 115-116).

³⁰ CARNEIRO NETO, Durval. O mal estar do direito penal na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDDP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 61-97, out./dez. 2016. p. 81.

³¹ **Estatuto do Desarmamento** - Lei n.º 10.826/2003:

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. [...]

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 11 maio 2019).

fazendo muito dos crimes como uma mera expressão da sociedade global, tecnológica e de riscos³².

Passa-se a notar, nesse contexto, uma verdadeira corrida à “tipificação de delitos de mera conduta e de perigo abstrato, tipos abertos e normas penais em branco” que instala verdadeira crise na “teoria do delito” – principalmente quando alicerçada no “desvalor do resultado” (de ações) que atinge “bens jurídicos relevantes” e voltada a responder a comportamentos praticados de modo individualizado³³, ao que se soma o “mal estar” generalizado por conta da responsabilização criminal por atos omissivos, culposos e por conta de mera tentativa (nos dolosos). “Tratados, agora, como <crimes de transgressão>, as condutas perigosas foram tipificadas com vistas a pautas de segurança e controle de riscos, elaboradas por especialistas nas mais diversas áreas científicas e setores tecnológicos”³⁴.

Mas há um evidente problema na assunção dessas considerações como legítimas para os fins pretendidos, em particular colimando a evitação de riscos socialmente indesejáveis: a grande e quase inafastável possibilidade de choque com direitos e garantias fundamentais.

Preocupado com essa situação, José Joaquim Gomes Canotilho investiga os efeitos da junção dos temas do terrorismo e dos direitos fundamentais e inicia invocando os mesmos temas (ou *slogans*) – *Law and Order*, *Zero Tolerance* e *Broken Windows* – para, de partida, referir que o terrorismo semeia o terror também nas estruturas fundantes do direito, mencionando efeitos no direito constitucional e penal³⁵.

Revisando o direito penal “contra o inimigo”, que reconhece exercer forte influência sobre os sistemas penais norte americano e europeu, Canotilho menciona serem três os setores por ele especialmente visados: a legislação antiterrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual (pedofilia e pornografia on-line)³⁶.

Nesta porção, reforçando o que adrede sustentado, merece apontamento o fato de que muitos atos terroristas, a grande maioria dos atos praticados por “organizações” criminosas e mesmo a pornografia em ambiente virtual exigem suporte tecnológico para a sua prática, de modo que à margem da sociedade “tecnológica” (= “de riscos”) faria menos sentido, para dizer o mínimo, imaginar-se uma dualidade de regimes jurídicos a aplicar a sujeitos diferentes: cidadãos e inimigos. Para aqueles, o garantista, pautado pelos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, expresso num direito penal e processual penal arraigado ao devido processo legal substancial e à presunção de inocência, atento à necessidade de resposta a situações concretamente perigosas ou danosas e amoldado aos

³² FERREIRA, Daniel. Teoria..., p. 115.

³³ CARNEIRO NETO, DURVAL. Op. cit., p. 91.

³⁴ Idem, p. 92.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo; Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2008. p. 233.

³⁶ Idem, p. 236.

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; para esses, um simples esboço de direitos, com “criminalização antecipada”, expressiva do acolhimento de comportamentos de simples perigo indireto como crimes, com penas exacerbadas e ao qual se soma a relativização da própria presunção de inocência³⁷.

O argumento usado para tanto, na leitura de Canotilho, residiria no fato de que “o ‘inimigo’ nega-se a si próprio como *pessoa*, aniquila a sua existência como *cidadão*, exclui-se de forma voluntária, e a título permanente, de sua *comunidade* e do sistema jurídico que a regula”³⁸. E o mais importante: a pena, para os inimigos, deixaria de cumprir um fim de função social preventiva socialmente integradora e passaria a atender a reclamos de repressão expiatória, por conta da guerra instalada por eles contra o Estado e a sociedade³⁹.

E isso, conforme Canotilho, configura verdadeiro absurdo, porque deixa-se de atinar para os riscos próprios da civilização tecnológica (químicos, nucleares, medicamentosos e ambientais) e passa-se a “articular o risco com dimensões psicológicas e ideológicas, de forma a poder falar-se do risco existencial causado pelo outro (o ‘inimigo’, o da outra ‘tribo’ política, religiosa ou ideológica) e legitimador do recurso a acções preventivas e repressivas constitucionalmente legitimadas e instrumentalmente concretizadoras por um ‘direito penal de risco’”.⁴⁰

Finalizando, Canotilho obtempera no sentido de que os riscos legitimadores dos princípios da prevenção e da precaução em matéria ambiental, que se voltam para a proteção das futuras gerações, não podem e nem devem ser invocados ou baralhados para combater as “organizações de risco”, com fundamento na ideia de segurança e defesa dos cidadãos, porquanto não seja possível aproveitar o “sentimento de insegurança” e a “angústia tecnológica” para alicerçar novas metodologias no direito constitucional e no direito penal⁴¹.

Contudo, em certa medida, é a isso mesmo que se refere como “mal estar do direito penal na pós modernidade”⁴², exatamente pelo fato de a centralidade do indivíduo (e dos bens jurídicos com ele diretamente imbricados) no discurso do direito penal vir perdendo espaço para bens e valores supraindividuais, como o meio ambiente e a ordem econômica, o que não afasta a invocação de outros, como a ordem pública ou a segurança nacional (tidos como categorias vagas e abstratas por Durval Carneiro Neto).

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo; Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2008. p. 236.

³⁸ Idem, p. 236-237.

³⁹ Idem, p. 237.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Idem, p. 240-241. Nesse sentido, a sociedade “da informação” não pode ser confundida com uma sociedade de boatos, de falsas verdades, que por muitos são assumidas como verdadeiros dogmas de fé. É dizer, as inseguranças provenientes dos próprios avanços tecnológicos não podem servir de justificativa per se para atropelamento de direitos fundamentais dos indivíduos. Aliás, com a deliberada e mal-intencionada manipulação de verdades – inclusive tecnológicas – é possível promover verdadeiros absurdos, não apenas de modificação na interpretação e na aplicação do direito, ou na alteração dele próprio, chegando às raízes constitucionais, mas chegar-se ao cúmulo de assim incentivar verdadeiros golpes de estado.

⁴² CARNEIRO NETO, Durval. Op. cit., p. 90.

Nesse vácuo, André Dias Fernandes trata do direito à segurança na sociedade de risco e aponta o terrorismo cibernético como potencialmente mais deletério que a explosão de uma bomba nuclear em lugares determinados, dada sua potencialidade de afetar toda a infraestrutura, como serviços bancários, de telecomunicações, de defesa etc. Ainda assim, contudo, rejeita a indiscriminada e inconstitucional violação de privacidade, intimidade e sigilo das comunicações telemáticas, sem prévia autorização judicial, a pretexto de combate ao terrorismo por meio de ações de prevenção. No ápice de sua investigação, examina a “Lei do Abate” no Brasil, a Lei n. 9.614/98⁴³, que alterou o artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.585/1986)⁴⁴, por meio da qual se autoriza a destruição de aeronaves reputadas hostis sem intervenção judicial, bastando manifestação nesse sentido do Presidente da República ou de autoridade por ele delegada.

Ou seja, o problema não está em se assumir o evidente, que não há direitos fundamentais “absolutos”, mas em enfrentar a sua relativização indiscriminada e a priori como eventualmente feita – pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo – apenas com lastro na periculosidade própria do século XXI ou sob o pálio do direito penal do inimigo, mediante capitulação extremada do exercício de tais direitos como crimes ou, quando menos, como infrações administrativas.

4 A RESTRIÇÃO A DIREITOS-LIBERDADES FUNDAMENTAIS E A CRIMINALIZAÇÃO DO SEU EXERCÍCIO – O CASO DA PROIBIÇÃO DO USO DE VÉUS ISLÂMICOS E DE MÁSCARAS EM ESPAÇOS E MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS

Duas situações mais do que recentes servem para ilustrar o imbróglio que envolve a “restrição” prévia e generalizada a liberdades fundamentais e têm assumida imbricação com as sensações coletivas de segurança-insegurança em espaços públicos: na União Europeia⁴⁵, principalmente o uso dos véus islâmicos; no Brasil, o de máscaras.

⁴³ BRASIL. Lei n. 9.614, de 5 de março de 1998. Altera a Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 de março de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9614.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

⁴⁴ **Lei n. 7.565/1986**: Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: [...] § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 11 maio 2019).

⁴⁵ Aos 1º de outubro de 2017, a Áustria se somou à Bélgica, à Bulgária, à Espanha, à França, à Holanda e à Itália na proibição (total ou parcial) do uso do véu islâmico (da burca ou do niqab) na União Europeia. Em que pese as proibições e as sanções (por conta do descumprimento) sejam um pouco diferentes entre si, em regra elas desautorizam prévia, genérica e abstratamente o uso do véu, pelas muçulmanas, em certos espaços públicos. Na recentíssima normativa austríaca, a proibição transcende o véu e inclui máscaras ou quaisquer outros tipos de coberturas faciais que impeçam o reconhecimento público do indivíduo. (ÁUSTRIA é sétimo país da União

Muito embora pudessem ter sido invocadas razões para proteção da própria dignidade e liberdade (fundamental) das mulheres para, em tese, garantir-lhes proteção na Europa⁴⁶, a impressão que fica é no sentido de que a proibição do uso de artefatos cobrindo a face almeja prevenir crimes, dentre os quais, com ainda maior atenção, ataques terroristas, permitindo reconhecimento facial por hardwares e softwares de última geração.

Na África Ocidental, notadamente no Senegal, o argumento adotado para tanto foi esse mesmo (o de garantir a segurança “nacional” contra os ataques terroristas), mormente em reação aos ataques do Boko Haram⁴⁷.

Para muitos haverá a impressão de que a liberdade religiosa das muçulmanas foi flagrantemente violada com tais proibições – a despeito de sustentáculo dos modernos estados constitucionais e democráticos de direito, que prezam pela dignidade humana e, por isso mesmo, pela liberdade de consciência, autonomia pessoal e autodeterminação de todos⁴⁸. Portanto, o caso estaria a revelar que no confronto teórico e apriorístico entre liberdade religiosa e segurança (pública ou mesmo nacional), no continente europeu, esta sagrou-se vencedora.

No Brasil foram criadas leis (por suposição) objetivando evitar riscos (e danos) e permitir a apuração de responsabilidades em relação a manifestantes de ruas mediante restrição do “uso de máscaras ou qualquer paramento que oculte o rosto da pessoa em manifestações e reuniões” – conforme se infere da lei paulista (Lei n. 15.556/2014)⁴⁹. Já a lei fluminense (Lei n. 6.528/2013), em seu artigo 2º, disciplina ser “especialmente proibido o uso de máscara ou qualquer outra forma de ocultar o rosto do cidadão com o propósito de impedir-lhe a identificação”⁵⁰.

Europeia a proibir véu islâmico que cobre rosto. **BBC News**, Brasil, out. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-41460974>>. Acesso em: 12 maio 2019).

⁴⁶ Isso é possível inferir das próprias leis, na medida em que proibem o uso, sob pena de multa, para a utente, e de multa agravada e/ou de prisão para quem forçar o uso. Entretanto, isso acaba por colidir com o multiculturalismo que se almeja garantir na própria UE, o que acaba por afastar – direta ou indiretamente, de forma imediata ou mediata – as pessoas entre si a partir de um traço cultural-religioso que, por isso mesmo, estaria a merecer proteção. Aliás, o respeito à cultura (e, dentro dela, cada religião afeita) deveria ser um dos principais elementos a impulsionar o processo de integração do Velho Oriente (GOMES, Eduardo Biacchi. **União Europeia e multiculturalismo: o diálogo entre a democracia e os Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30). A proibição do uso da burca caminha em sentido diametralmente oposto.

⁴⁷ A segurança foi o mote adotado para os estados de Camarões e Chade. SENEGAL proíbe uso de burca para prevenir ataques terroristas. **Veja Abril**, nov. 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/senegal-proibe-uso-de-burca-para-prevenir-ataques-terroristas/>>. Acesso em: 11 maio 2019.

⁴⁸ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional e democrático de direito. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 18, p. 225-242, jul./dez. 2011. p. 241. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/religiao_e_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 maio 2019.

⁴⁹ SÃO PAULO. Lei n. 15.556, de 29 de agosto de 2014. Projeto de lei n. 50/14, do Deputado Campos Machado - PTB e outros. **Assessoria técnico-legislativa**, São Paulo, 29 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15556-29.08.2014.html>>. Acesso em: 11 maio 2019.

⁵⁰ RIO DE JANEIRO. Lei n. 6.528, de 11 de setembro de 2013. Regulamenta o artigo 23 da constituição do estado. **Alerj**, Rio de Janeiro, em 11 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://alerjrn1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/4734bd1980be7a2003256b2a0061e644/95394833846e60a583257be5005ec84a?OpenDocument>>. Acesso em: 11 maio 2019.

Ocorre que em ambas se aponta ser livre a manifestação do pensamento, sem prejuízo de ser “vedado o anonimato”, como indicado na Constituição da República, e fazer-se necessária prévia comunicação à autoridade policial – assim criando, essa última, uma obrigação-restrição não plasmada na carta política.

De todo modo, é preciso referir que as duas leis foram promulgadas por conta das manifestações populares da época (2013), contra os governantes de então, oportunidades em que os brasileiros vieram a conhecer – pelo menos em tese – os *black blocs*. Eles foram então apresentados, no Brasil, pela imprensa (formadora de “opinião”, como sói acontecer), como violentos, propensos à destruição do patrimônio (público e privado) e ao embate com as polícias (militar e civil) a partir de imagens colhidas de verdadeiros criminosos em franca atuação, enquanto que os verdadeiramente engajados ao movimento são mencionados pelo jurista Alexandre Coutinho Pagliarini e pela psicóloga Tatiana de Carvalho Socorro como pacíficos e, mais do que isso, como inconfundíveis com terroristas⁵¹.

Portanto, aparentemente foi a “sensação de insegurança” gerada no imaginário dos brasileiros que serviu de pano de fundo para a dupla inovação legislativa, de viés restritivo de liberdades fundamentais (de expressão e de reunião), muito embora garantidas constitucionalmente. E tamanha é a importância disso que o Supremo Tribunal Federal ainda examinará as referidas leis com “lupa”, a partir do reconhecimento da repercussão geral, já operado, que teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso⁵².

Nos cenários europeu-africano e brasileiro foi a (bem ou mal ajustada, de boa-fé ou ardilosa) invocação da segurança (pública, coletiva, e mesmo com a “nacional”) que serviu de argumento para a criação de leis não apenas proibindo, mas criminalizando comportamentos que, em princípio, se prestariam a concretizar o exercício de liberdades fundamentais (de expressão-manifestação e religiosa, principalmente), o que traz à lume uma nova problematização⁵³.

⁵¹ “[...] tratam-se eles de jovens de classe média alta, estudantes, sem antecedentes criminais e que não se mascararam nem se vestem de preto para cometer ilicitudes, mas, sim, porque quiseram estar caracterizados como manifestantes naquele específico momento que foi o das passeatas de junho de 2013. Na época da queda do presidente Collor, eram os *Caras Pintadas*. Hoje, são os *Black Blocs*. Amanhã poderão ser os *Misérables*. O que importa é se guardar em mente que a manifestação popular é um direito humano fundamental, e nada há que justifique a proibição de se aderir a uma nova moda de vestimenta em passeatas e manifestações políticas pela população; nada!” (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SOCORRO, Tatiana De Carvalho. O terror e seus efeitos contra os direitos humanos: estudo interdisciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=232533>>. Acesso em: 11 maio 2019).

⁵² **EMENTA:** DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIBERDADES DE EXPRESSÃO E REUNIÃO. PROIBIÇÃO DE MÁSCARAS EM MANIFESTAÇÕES. SEGURANÇA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se lei pode ou não proibir o uso de máscaras em manifestações públicas, à luz das liberdades de reunião e de expressão do pensamento, bem como da vedação do anonimato e do dever de segurança pública. 2. Repercussão geral reconhecida. (ARE 905149 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 25/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 09-12-2016 PUBLIC 12-12-2016) Manifestação: O SR. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)).

⁵³ Não por acaso, há relatos de muçulmanas (imigrantes e brasileiras convertidas) que interpretam as reações dos brasileiros ao uso do *hijab* no Brasil como “símbolo de uma religião que apregoa o fanatismo e o terrorismo”. (CASTRO, Cristina Maria de. Usar ou não o *hijab* no Brasil? Uma análise da religiosidade islâmica em um contexto mino-

De fato, como observado por Alceu Maurício Junior, “à expansão do conceito de segurança no Estado correspondem as modificações nas instituições e no direito. Observa-se, adaptando um conceito de Ewald, que as transformações no estado de direito sinalizam modificações no ‘imaginário da segurança’ que o justificam e, portanto, também no imaginário político”⁵⁴. Todavia, a mudança do cenário social e tecnológico, por mais profunda e incontroversa que seja, nem sempre permite uma alteração do sistema jurídico apenas com base em modificações legislativas, situações em que entra em debate a questão da constituição como uma potencial barreira para tanto, ou, melhor, dos direitos fundamentais especialmente nela contidos como verdadeiros trunfos contra as maiorias⁵⁵.

No Brasil, logo se poderá ter uma primeira impressão acerca do entendimento da nossa Corte Constitucional quanto a isso, ainda que tomando por base o exame destacado das duas leis apontadas.

Mas se as próprias constituições (e seus textos) podem não se afinar com a mudança dos tempos – e, nesse sentido, das inseguranças e das tecnologias próprias de cada qual – pelo engessamento que provocam (aqui tomado no melhor sentido da palavra), que garantia há de que as leis se prestarão a tanto? Outra vez invocando a experiência brasileira, há projetos de leis que tramitam por décadas sem solução e, ao revés, há outros que tramitam e são aprovados num piscar de olhos, conforme os interesses (e os interessados) direta ou indiretamente envolvidos. Nessa ambiência, tudo indica que a solução para os riscos da vida em curso pode e deve ser outra.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma o que se *pode* e *deve* esperar do Estado e da Administração Pública na sociedade global, tecnológica e de riscos?

A essa altura, não restam dúvidas acerca das inseguranças da sociedade atual, sejam ou não sejam elas geradas ou propiciadas pela tecnologia. O que importa, à margem disso, é assumir que os riscos de hoje e os de cem anos são muito distintos entre si, de modo que a prevenção concebida em data de ontem pode não mais se prestar a solver os conflitos de agora.

ritário, **Relig. soc.** [online], v. 35, n. 2, p. 363-383, 2015. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/0100-85872015v35n-2cap15>>).

⁵⁴ MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. Do estado social ao estado de risco: a transformação do paradigma da segurança no estado constitucional de direito. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 133-173, jan./abr. 2017. p. 155.

⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 11 maio 2019. Aliás, a Constituição da República Portuguesa é muito clara ao estatuir que nem mesmo a declaração do estado de sítio (ou de emergência) autoriza “afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião” (conforme disposto no n. 6 do artigo 19).

Nessa toada considerando que dentre os papéis do Estado continua a existir o de manter a ordem e a segurança pública, impõe-se resgatar o de exercer o “poder de polícia”, seja por meio de lei ou de atos a ela subalternos (como os regulamentos), porém no sentido de condicionar a liberdade e a propriedade dos cidadãos ajustando-as aos interesses coletivos, conforme magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁶. O problema, repita-se, é que

os perigos da sociedade de risco e a sua ameaça à gerações futuras [...] excede a capacidade analítica e de prognose dos especialistas, e, em maior escala, a capacidade de normatização estatal dos efeitos nocivos do desenvolvimento tecnológico, debilitando, assim, o poder administrativo limitado pelo princípio da legalidade, a estabilidade dos fatos geradores da intervenção administrativa e a durabilidade da decisão administrativa⁵⁷.

De conseguinte, e por mais paradoxal que possa parecer, realmente tudo indica que a melhor solução está em adotar-se nas leis (e mesmo nos regulamentos mais gerais e abstratos) “conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, enumerações exemplificativas e tipos e a conseqüente remessa da concretização do direito para o aplicador administrativo”⁵⁸, conforme sustentado por Sílvia Faber Torres ao tratar da segurança jurídica em tempos de risco, ou da própria sociedade de risco – se se preferir⁵⁹.

Final de contas, a despeito da falta de qualidade técnica de alguns administradores públicos, no que são acompanhados, em sua grande maioria, pelos legisladores, ainda há que se confiar na solução de enfrentamento e superação dos riscos do século XXI tam-

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 851.

⁵⁷ TORRES, Sílvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no estado de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 83.

⁵⁸ Idem, p. 84.

⁵⁹ Nem se cogite, com essa afirmação, que se está abrindo mão da segurança jurídica e permitindo-se ao agente administrativo interpretar e decidir, no exame de um específico caso concreto, se alguém incorreu em proibição alicerçada em conceito jurídico indeterminado, *e.g.* O fato de se entender o regulamento como o mais adequado para superação da crise instalada pela sociedade de risco exige, ainda assim, que ele atenda a todas as exigências do princípio geral da segurança jurídica e do princípio da precisão ou determinabilidade dos normativos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998. p. 250). Fabrício Motta faz-se assertivo quanto a isso: “o princípio da segurança jurídica pode exigir que seja previamente fixada – e lavada ao conhecimento do público – a acepção conferida pela Administração a um conceito de menor densidade, a priori indeterminado”. (*In: Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 204).

Em outras palavras: “Neste ambiente surge, ainda, a discussão acerca da (im)possibilidade de a lei adotar conceitos jurídicos indeterminados para estipulação da moldura normativa tipificante (*e.g.*, presteza e urbanidade – incisos V e XI do art. 116 da Lei n. 8.112/90). Entende-se não haver problemas nisso, desde que o destinatário da norma possa – por qualquer meio prévio – segura e objetivamente compreender em que consiste a obrigação-proibição, e que *não se admita* haver discricionariedade administrativa (entendida como liberdade, ainda que nos limites da lei) na conclusão de alguém ter incidido, ou não, no comportamento reprovável. A exigência, no caso, é de <simples> interpretação jurídica, como aponta Luis Manuel Fonseca Pires”. (FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas*. *In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>>. Acesso em: 11 maio 2019).

bém – e, quiçá, principalmente – a partir do exercício da discricionariedade “técnica”, aqui assumida como aquela necessária para apresentar o conteúdo próprio (e científico) dos conceitos jurídicos indeterminados veiculados na lei e nela atribuída ao exercente de função administrativa.

Ademais, se há prejuízo para a democracia a partir do (aparente) saber tecnológico exercitado pelos parlamentares (e do não-saber dos cidadãos), o mesmo se replica em relação aos gestores públicos, de modo que a chamada de atenção de Luís S. Cabral de Moncada para o déficit de legitimação acompanha o cenário tanto na atuação legislativa como administrativa⁶⁰. Sendo assim, ratifica-se como a melhor solução aquela concentrada no poder executivo em relação à prevenção de riscos da contemporaneidade.

Tratando da regulação das atividades econômicas e de serviços públicos, Sérgio Guerra chega a similar conclusão: “por meio da regulação permite-se o exercício da capacidade técnica das entidades descentralizadas para dispor com maior densidade do que a legislativa sobre as matérias que lhes competem para equilibrar, de maneira cíclica e prospectiva, o sub-sistema regulado”⁶¹, “visando afetar minimamente direitos e garantias fundamentais”⁶².

Nessa esteira, ainda, o fenômeno de regulação dos riscos, como permitidos ou “proibidos”, se desloca do direito penal (quando assumido como subsidiário ou de *ultima ratio*)⁶³ para o direito administrativo, passando a exigir – mais do que nunca – uma atuação previdente, o que repercute no incremento de leis e de regulamentos (inclusive provenientes de “agências reguladoras”) das mais variadas ordens (como a ambiental, concorrencial, consumerista, da energia elétrica, do mercado financeiro etc.) capitulando como infrações – agora administrativas – comportamentos de “mera conduta” e “culposos”⁶⁴.

Ainda assim, a eventual acomodação das liberdades fundamentais (dentre as quais a de liberdade religiosa e de manifestação) a partir de distintos interesses públicos (como a segurança) mostra-se muito menos traumatizada por disposições normativas de índole administrativa do que penal, o que atende ao princípio da intervenção mínima e aos imperativos de adequação, necessidade e proporcionalidade (em senso estrito)⁶⁵. Não por acaso argumentou-se que a lei fluminense seria excessiva e desproporcional, motivo – em teoria – mais do que substancial para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

⁶⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 159-160.

⁶¹ GUERRA, Sérgio. Sociedade de riscos e incertezas: o controle judicial sobre as escolhas regulatórias. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 95, p. 155-174, jan./fev. 2016. p. 159.

⁶² GUERRA, Sérgio. Regulação estatal e novas tecnologias. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, p nov./dez. 2016. p. 205.

⁶³ “Jorge de Figueiredo Dias, em Portugal; José Cerezo Mir, na Espanha e Eugenio Raúl Zaffaroni, na Argentina, entendem que o crime exige um potencial ofensivo a bens jurídicos *em muito relevantes* para sua idônea capitulação [...]”. (FERREIRA, Daniel. Teoria..., p. 118.)

⁶⁴ Isto é, quando, não mesmo, de “mera voluntariedade” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 884-885; FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 66-67).

⁶⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 480-482.

E tudo isso, percebe-se, não foge do controle judicial ou do contencioso administrativo, que recai, inclusive, sobre o exercício da discricionariedade técnica. Luis Manuel Fonseca Pires (no Brasil)⁶⁶ e António Francisco de Sousa (em Portugal)⁶⁷ mostram-se seguros ao defender que o controle deve ser irrestrito, mesmo que na seara dos conceitos jurídicos indeterminados.

E como na Europa o Poder Judiciário entende – pelo menos, por enquanto – que a proibição legal do uso do véu islâmico não atenta contra a liberdade fundamental e individual religiosa porque “ajustadamente” cede frente ao imperativo coletivo de segurança pública e, no Brasil, a decisão do Supremo Tribunal Federal ainda é desconhecida, a única conclusão cogitável é a de que há teses suficientemente idôneas, nos dois sentidos, a ponto de preencherem os requisitos para revolvimento “de fundo” perante os órgãos judicantes.

Ou seja, o tema é candente, atual e sinaliza um primeiro dos muitos problemas que estados e administrações públicas do século XXI terão de enfrentar face os riscos tecnológicos, que não param de aumentar. Se a isso se somar, mesmo subliminarmente, o discurso do direito penal do inimigo, tudo sugere que a insegurança própria destes tempos acabará por gerar o espaço social, político, jurídico-administrativo e até mesmo jurisdicional necessário para que os direitos e as garantias fundamentais, principalmente individuais, acabem por esmorecer frente aos anseios e medos da coletividade⁶⁸.

Um deles, por certo, já se instalou no imaginário comum e é o de pronta resposta às “ameaças” crescentes à segurança pública, a despeito de, muitas vezes, a sociedade estar mal informada e deliberadamente manipulada para fornecer o mínimo de resistência aos avanços estatais no sentido de manutenção do poder (o maior tempo possível) e com o menor esforço.

Em suma, é preciso ficar cada vez mais atento aos riscos tecnológicos e na forma eleita para sua prevenção: no Brasil, em Portugal e no mundo. Outrossim, para os excessos legais ou regulamentares, a resposta é o reconhecimento de sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade. Em resposta aos exageros, fáticos ou jurídicos, com ou sem “amparo” em lei, cabe a apuração de responsabilidades. Quanto aos danos, decorrentes de atos ilícitos (e mesmo lícitos), causados ou propiciados por (in)ação de agentes públicos, nessa condição, impõe-se a reparação aos prejudicados.

Aliás, na última situação indicada, o sacrifício extraordinário imposto a poucos (restringindo-se liberdades fundamentais, por meio de ato abstrato e geral – lei; ou individual e

⁶⁶ PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 119-122; p. 205-215.

⁶⁷ DE SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 180-182.

⁶⁸ José Joaquim Gomes Canotilho tratou precisamente disso em manifestação feita perante o Supremo Tribunal de Justiça (em Lisboa), aos 26 de abril de 2007, que restou assim intitulada: “um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politização da justiça”. Disponível em: <www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomes-canotilho.pdf>.

concreto – ato administrativo) no interesse de muitos (almejando-se, *e.g.*, a segurança coletiva) acaba por redundar no dever estatal de ressarcir os danos materiais e morais a quem eventualmente causados. E essa solução parece “adequada”. Afinal, assim se pode distribuir – de modo equânime e à toda coletividade – os encargos decorrentes de seu prestigiamento em detrimento de direitos fundamentais dos indivíduos, dentre os quais a liberdade religiosa e de manifestação.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Sara. A informação na sociedade contemporânea: uma breve abordagem sobre a sociedade da informação, o fenômeno global e a mundialização da cultura. **Revista da FARN**, Natal, v. 1, n. 1, p. 207-216, jul./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/34>>. Acesso em: 11 maio 2019.

ÁUSTRIA é sétimo país da União Europeia a proibir véu islâmico que cobre rosto. **BBC News**, Brasil, out. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-41460974>>. Acesso em: 12 maio 2019

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

_____. Lei n. 9.614, de 5 de março de 1998. Altera a Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 de março de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9614.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

_____. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. STF. **ARE 905149 RG**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 25/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 09-12-2016 PUBLIC 12-12-2016) Manifestação: O SR. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12188295>>. Acesso em: 11 maio 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo; Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2008.

CARNEIRO NETO, Durval. O mal estar do direito penal na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 61-97, out./dez. 2016.

CASTRO, Cristina Maria de. Usar ou não o hijab no Brasil? Uma análise da religiosidade islâmica em um contexto minoritário. **Relig. soc.** [on-line], v. 35, n. 2, p. 363-383, 2015. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/0100-85872015v35n2cap15>>

CESAREO, Roberto. **Dos raios X à bomba atômica (1895-1945)**: os 50 anos que mudaram o mundo. Brasília: Embrapa, 2010.

DA SILVA, Suzana Tavares. **Direitos fundamentais na arena global**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

DE SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. *In*: **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>>. Acesso em: 11 maio 2019.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GOMES, Carla Amado. **Estudos sobre riscos tecnológicos**. Lisboa:

ICJP/CIDP. 2017. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/11718/view>>. Acesso em: 11 maio 2019.

GOMES, Eduardo Biacchi. **União Europeia e multiculturalismo**: o diálogo entre a democracia e os Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal e novas tecnologias. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016.

GUERRA, Sérgio. Sociedade de riscos e incertezas: o controle judicial sobre as escolhas regulatórias. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 95, p. 155-174, jan./fev. 2016.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. Do estado social ao estado de risco: a transformação do paradigma da segurança no estado constitucional de direito. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 133-173, jan./abr. 2017.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional e democrático de direito. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 18, p. 225-242, jul./dez. 2011. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/religiao_e_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 maio 2019.

- MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 11 maio 2019.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SOCORRO, Tatiana De Carvalho. O terror e seus efeitos contra os direitos humanos: estudo interdisciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=232533>>. Acesso em: 11 maio 2019.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa. As liberdades fundamentais e o perigo do “Estado Musculado”. In: GONÇALVES, Pedro et al. (Coords.) **A crise e do direito público**: VI encontro de professores portugueses de direito público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.
- PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- RIO DE JANEIRO. Lei n. 6.528, de 11 de setembro de 2013. Regulamenta o artigo 23 da constituição do estado. **Alerj**, Rio de Janeiro, em 11 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/4734bd1980be7a2003256b2a0061e644/95394833846e60a583257be5005e-c84a?OpenDocument>>. Acesso em: 11 maio 2019.
- SACHS, Ignacy; VIEIRA, Paulo. **Rumo à ecossocioeconomia**: teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2007.
- SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SÃO PAULO. Lei n. 15.556, de 29 de agosto de 2014. Projeto de lei n. 50/14, do Deputado Campos Machado - PTB e outros. **Assessoria técnico-legislativa**, São Paulo, 29 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15556-29.08.2014.html>>. Acesso em: 11 maio 2019.
- SENEGAL proíbe uso de burca para prevenir ataques terroristas. **Veja Abril**, nov. 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/senegal-proibe-uso-de-burca-para-prevenir-ataques-terroristas/>>. Acesso em: 11 maio 2019.
- TAVARES, Alexandre Oliveira; MENDES, José Manuel; BASTO, EDUARDO. Percepção dos riscos naturais e tecnológicos, confiança institucional e preparação para situações de emergência: o caso de Portugal continental. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [on-line], n. 93, p. 167-193, jun. 2011. Disponível em: <<https://rccs.revues.org/1380>>. Acesso em: 11 maio 2019.
- TORRES, Sílvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no estado de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Quis custodiet ipsos custodes? **Os abusos da Justiça Eleitoral e as restrições à elegibilidade**

Eneida Desiree Salgado¹

Vitória Pedruzzi Segato²

SUMÁRIO

1 Introdução: o desprezo à elegibilidade; 2 Restrições à elegibilidade como restrições a direitos fundamentais: o necessário filtro constitucional às limitações ao direito de concorrer a cargo eletivo; 3 Inelegibilidades e reserva de lei: a inconstitucionalidade das interpretações extensivas nas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral; 4 Inelegibilidade e improbidade administrativa: a justiça eleitoral contra o texto da lei nos casos de Ipojuca e Foz do Iguaçu; 5 Conclusão: a fundamentalidade da elegibilidade e o respeito à constituição; Referências.

1 INTRODUÇÃO: O DESPREZO À ELEGIBILIDADE

A Constituição brasileira de 1988 trouxe os direitos fundamentais para seu pórtico. Contrariamente à história constitucional, a proteção do indivíduo e da coletividade antecede a organização do Estado e dos poderes e ocupa um lugar de protagonismo na teoria e no imaginário jurídico. A promulgação da Constituição em outubro de 1988, depois de mais de duas décadas de autoritarismo e irrelevância do texto constitucional, não logrou alterar imediatamente a mentalidade dos aplicadores do Direito. As primeiras leituras dos direitos e garantias não levavam em conta seu estatuto constitucional e toda sua potencialidade³.

¹ Professora do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFPR. Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutora pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México.

² Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada.

³ Exemplo disso é a decisão no Mandado de Injunção n. 107-3/DF, o primeiro a ser apreciado em seu mérito pelo Supremo Tribunal Federal. A pouco mais de um ano da inauguração do ordenamento constitucional, os ministros do STF esvaziaram a garantia constitucional reduzindo-a à “função de provocar a jurisdição para, tão só e unicamente, declarar a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público quanto à regulamentação do direito reclamado, dando ciência ao órgão competente para elaborar a norma regulamentadora”. HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 90.

Os direitos fundamentais contam com um desenho constitucional específico, que os revestem de características particulares: o *caput* do artigo 5º se refere à inviolabilidade dos direitos fundamentais; os direitos da pessoa humana estão no rol dos princípios constitucionais sensíveis, dispostos no artigo 34, VII, que dão ensejo à intervenção federal; os direitos fundamentais compõem o núcleo intangível ao poder de reforma da Constituição, sendo cláusula pétrea explícita no artigo 60, §4º; e o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição estabelece a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

No decorrer dos anos de vigência da Constituição, a jurisprudência e a doutrina dedicaram-se a aplicar o sistema constitucional referente aos direitos fundamentais, estendendo a proteção que o texto constitucional estabelece explícita ou implicitamente apenas aos direitos individuais⁴. Em relação aos direitos sociais, não há dúvida sobre a consideração, ao menos no plano discursivo, de sua fundamentalidade. O mesmo não ocorre, no entanto, quanto aos direitos políticos, principalmente o direito de concorrer a cargo eletivo.

O menosprezo à elegibilidade como direito fundamental é evidenciado nas sucessivas leis e propostas legislativas que buscam circunscrever drasticamente o direito de competir em eleições, bem como nas decisões judiciais que não aplicam a teoria dos direitos fundamentais nem o princípio jurídico que impõe que normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente.

Para o resgate da dimensão constitucionalmente adequada do direito político passivo, faz-se necessário trazer a teoria dos direitos fundamentais e os requisitos para a sua restrição, submetendo as hipóteses infraconstitucionais de inelegibilidade aos testes de conformidade. Em seguida, é preciso ressaltar que a restrição à elegibilidade só pode ocorrer por lei em sentido estrito, e em observância aos limites dos limites. Essa análise direciona-se frontalmente às decisões do Tribunal Superior Eleitoral que têm, de maneira absolutamente inconstitucional, ampliado as condições de elegibilidade e as hipóteses de inelegibilidade.

A postura antidemocrática da Justiça Eleitoral, de redução da competição eleitoral, mostra-se claramente nos julgamentos que se referem à improbidade como hipótese de inelegibilidade. Neste campo, com uma leitura que contraria diretamente o texto legal, os juízes e tribunais eleitorais tem imposto uma restrição ao direito fundamental da elegibilidade e cassado registros de candidatura e mandatos eletivos. Dois casos são exemplos dessa atitude e serão tratados neste artigo: a cassação dos prefeitos eleitos em Foz do Iguaçu/PR e em Ijuí/RS em 2016.

⁴ Expressão disso é a consideração de que a autoaplicabilidade alcança o artigo 7º. O art. 7º, XVI, da CF, que cuida do direito dos trabalhadores urbanos e rurais à remuneração pelo serviço extraordinário com acréscimo de, no mínimo, 50%, aplica-se imediatamente aos servidores públicos, por consistir em norma autoaplicável. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 642.528**. Agravante: UERJ. Agravado: José Gilson de Lima. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 25 de setembro de 2012. Brasília, 15 de outubro de 2012.

2 RESTRIÇÕES À ELEGIBILIDADE COMO RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: O NECESSÁRIO FILTRO CONSTITUCIONAL ÀS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE CONCORRER A CARGO ELETIVO

A elegibilidade é um direito fundamental no ordenamento brasileiro, como revela o tratamento lhe reservado pelo constituinte – sua localização no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), com um capítulo específico para os direitos políticos, a reserva de lei complementar para suas restrições e a aplicabilidade do tratamento constitucional específico.

Pelas concepções doutrinárias, de igual forma, o direito de ser votado é um direito fundamental. Para Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais podem ser determinados por três caminhos: o da teoria do Direito, o do direito positivo e o da filosofia política. Para a primeira, para “garantir um direito como ‘fundamental’ devemos o subtrair tanto da disponibilidade da política como da do mercado, formulando-o em forma de regra geral e por tanto o conferindo igualmente a ‘todos’”. Para o direito positivo são direitos fundamentais os assim estabelecidos. E para a filosofia política a abordagem implica a consideração de três critérios axiológicos derivados do constitucionalismo: o nexa do direito com a paz, sua relação com a igualdade e a proteção dos mais frágeis⁵. Se não há dificuldades em compreender a fundamentalidade dos direitos políticos em relação às duas primeiras perspectivas, a filosofia política – principalmente no tocante ao critério de proteção aos mais frágeis – exige a compreensão da elegibilidade para além da dimensão individual.

Na leitura de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais são “resultado da personificação constitucional de determinados valores básicos” e formam “a substância propriamente dita, o núcleo substancial” da Constituição. O autor acentua a “imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia”: “os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo”, incluindo expressamente a “outorga do direito de participação (com liberdade e igualdade)”. E, ainda, afirma que “a liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos etc.), constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades”⁶.

Sendo direito fundamental, essencialmente relacionado ao núcleo da Constituição e do Estado de Direito e necessário para o pleno exercício dos demais direitos, ao direito político de ser votado aplica-se todo o estatuto constitucional e toda a teoria dos direitos fundamentais. A aplicabilidade imediata, por exemplo: não havendo expressa disposição em

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 42-43.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 61-62.

contrário, é ampla a possibilidade de concorrer a cargo eletivo; sem restrição expressa não se pode impedir um cidadão de concorrer a uma eleição direta ou indireta, regular ou suplementar.

As restrições à elegibilidade devem fundamentar-se em princípios constitucionais eleitorais estruturantes do ordenamento jurídico. As condições de elegibilidade, previstas no artigo 14 da Constituição, são fundamentadas nos princípios da autenticidade eleitoral, principalmente na sua vertente de fidedignidade da representação política, bem como as inelegibilidades constitucionais do analfabeto e do conscrito e as inelegibilidades legais decorrentes de sanção. Relacionam-se com o princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral a irrelegibilidade, a inelegibilidade por parentesco e as incompatibilidades⁷. A adequação aos princípios é um dos testes para a verificação da conformidade constitucional do recorte do direito de concorrer aos cargos eletivos.

Há certa dúvida quanto à categorização das condições de elegibilidade como restrições ao direito fundamental. De fato, pela dicção constitucional e pela possibilidade de tratamento por lei ordinária (como efetivamente se dá pela Lei n. 9.504/97), parece ser mais adequado se falar em regulação do direito. Como afirma Jorge Bacelar Gouveia, no entanto, toda a intervenção no âmbito dos direitos fundamentais deve ter como fundamento valores ou princípios constitucionais, seja uma regulação (não necessária ao exercício do direito) ou uma concretização⁸.

De toda forma, é notório que ao detalhar as condições de elegibilidade, a legislação acaba por afetar o âmbito de proteção do direito fundamental. Exigir a filiação partidária por seis meses ou um ano, ou ainda estabelecer a necessidade de escolha em convenção partidária para o registro de candidatura é, inegavelmente, mais restritivo do que a previsão constitucional. O pleno gozo dos direitos políticos, exigido constitucionalmente para a configuração do direito de concorrer a cargo público, foi delimitado com a exigência de “certidão de quitação eleitoral”, ao lado das certidões criminais, como documento para a instrução do registro de candidatura, no artigo 11 da Lei n. 9.504/1997. E, especificamente em relação à quitação eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral tentou, reiteradas vezes, alargar seu conceito por resolução, em franca ofensa ao direito fundamental, como será abordado no tópico seguinte.

Se cabe discussão quanto ao tratamento infraconstitucional das condições de elegibilidade, a Constituição se refere expressamente à possibilidade de casos de inelegibilidade estabelecidos por lei complementar. Trata-se de restrição expressamente autorizada pela Constituição, para a proteção de valores determinados: “a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício

⁷ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 55.

⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. **Revista DIREITO UFMS**, Campo Grande, MS - Edição Especial, p. 35-85, jan./jun. 2015.

de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (artigo 14, §9º, com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4/1994).

Como toda restrição a direito fundamental, as inelegibilidades e as incompatibilidades devem passar por testes para verificar sua constitucionalidade e afastar sua caracterização como violação. O primeiro deles é sua “justificação em face das demais decisões políticas fundantes do Estado”⁹. Sem um valor constitucional ou um direito que fundamente a restrição, em sua existência e em sua extensão, não há justificativa válida para o recorte ao direito de disputar cargos públicos.

Jorge Miranda estabelece outros elementos para a existência válida de restrições: a) o núcleo essencial do direito fundamental deve ser preservado; b) suas restrições devem ser genéricas, abstratas e proporcionais; c) as restrições só podem ser impostas por lei; d) as restrições não podem ser retroativas; e e) as restrições devem ser fundamentadas na proteção de direitos de igual dignidade constitucional. Para o autor, os recortes ao direito de concorrer a cargo eletivo precisam se justificar pela proteção a direitos como a liberdade de escolha dos eleitores, a isenção no exercício do cargo, a alternância no poder e a preservação das instituições¹⁰.

Assim, muitas das previsões da Lei Complementar n. 64/1990, com as odiosas modificações da Lei Complementar n. 135/2010, são desde logo inadmissíveis perante o ordenamento constitucional. As inconstitucionalidades são de duas ordens: há ofensa aos limites dos limites na elaboração legislativa e há afronta à teoria dos direitos fundamentais na adjudicação da lei, com interpretações que extrapolam o desde logo complicado texto legal.

Em primeiro lugar, salta aos olhos a estipulação de um prazo uniforme de oito anos de restrição ao direito de elegibilidade. Não há gradação das hipóteses: seja por abuso de poder nas eleições, seja por exclusão do exercício da profissão, o prazo de inelegibilidade imposto pelo legislador, sem espaço de aplicação da proporcionalidade pelo julgador, é de oito anos. Em alguns casos isso piora, pois se considera o prazo de imposição da inelegibilidade depois do cumprimento da pena, porém o termo inicial é com a decisão condenatória em segunda instância. Dessa maneira, não é absurda a possibilidade de alguém ficar mais de 30 anos inelegível: tempo entre o julgamento da segunda instância e o trânsito em julgado acrescido ao tempo de cumprimento da pena e ainda somados mais oito anos de inelegibilidade¹¹.

⁹ SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar n. 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013. p. 133.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional III: direito eleitoral e direito parlamentar**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 63.

¹¹ Extrai-se do voto do Min. Luiz Fux no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADIN 4578: “Em alguns casos concretos nos quais o indivíduo seja condenado, por exemplo, a pena de trinta anos, a impossibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos pode estender-se, em tese, por mais de quarenta anos, o que certamente poderia equiparar-se, em efeitos práticos, à cassação dos direitos políticos, expressamente vedada pelo caput do art. 15 da Constituição. Observe-se que não há inconstitucionalidade, *de per se*, na cumulação da inelegibilidade com a suspensão de direitos políticos, mas a admissibilidade de uma cumulação da inelegibilidade anterior ao trânsito

Algumas hipóteses desafiavam o teste da fundamentação em valores constitucionais ou em direitos fundamentais: a ampliação das hipóteses relacionadas à condenação criminal, incluindo, entre outros, sem gradação entre os diversos tipos, os crimes contra o patrimônio privado e os crimes contra o meio ambiente; a declaração de indignidade ou incompatibilidade dos oficiais das Forças Armadas; e a exclusão do exercício da profissão por decisão sancionatória do órgão profissional competente.

Na interpretação e aplicação das hipóteses de inelegibilidade, outras inconstitucionalidades surgiram. Duas são especialmente ofensivas ao direito fundamental: a decisão sobre a aplicabilidade imediata das novas hipóteses, incorporadas à lei em junho de 2010, influenciando assim as eleições daquele ano; e a aplicação retroativa das hipóteses e dos prazos de inelegibilidade.

A aplicação imediata foi determinada em 10 de junho de 2010 na resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1120. Nesta, com a participação de três ministros do Supremo Tribunal Federal (um deles vencido), estabeleceu-se que a alteração do regime das inelegibilidades não altera o processo eleitoral¹². Decidiu-se que a moralidade para o exercício do mandato superava o princípio constitucional da anterioridade eleitoral. Essa leitura francamente inconstitucional foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal em 23 de março de 2011, meses depois do registro, da campanha, da eleição, da proclamação de resultados, da diplomação dos eleitos e da posse¹³.

A decisão sobre a constitucionalidade das novas hipóteses veio em fevereiro de 2012, por decisão do Supremo Tribunal Federal. A incorporação do moralismo fichalimpista ao ordenamento jurídico brasileiro, para a maioria dos ministros, não ofende a proporcionalidade “na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico*” e “não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas”¹⁴.

em julgado com a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação definitiva e novos oito anos de inelegibilidade decerto afronta a proibição do excesso consagrada pela Constituição Federal”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento, por maioria, em 16 de fevereiro de 2012. Brasília, 24 de fevereiro de 2012.

¹² BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 1120**. Consulente: Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro Neto. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Julgamento, por maioria, em 10 de junho de 2010. Brasília, 30 de setembro de 2010.

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 633.703/MG**, com repercussão geral. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento, por maioria (vencidos os Ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ellen Gracie), em 23 de março de 2011. Brasília, 18 de novembro de 2011.

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento, por maioria, em 16 de fevereiro de 2012. Brasília, 24 de fevereiro de 2012.

Os “guardiões da Constituição”, ainda, afirmaram a aplicação das novas hipóteses e dos novos prazos a fatos anteriores pois “a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar n. 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito)”¹⁵. É evidente o desprezo do julgador à fundamentalidade do direito de concorrer a cargo eletivo.

As inelegibilidades da Lei Complementar n. 135/2010 não passam pelos testes de conformidade à Constituição. Tampouco superam o controle de convencionalidade¹⁶, como Marcelo Peregrino dedica-se a demonstrar¹⁷. Para o autor, três pontos da nova normativa das restrições legais ofendem os tratados internacionais: a) o afastamento do comparecimento coercitivo das testemunhas, o que afrontaria o desenho convencional da ampla defesa; b) as hipóteses materiais, que desprezariam os princípios de proibição do retrocesso, da presunção de inocência (alíneas h, j, l, n e p, que permitem a restrição sem trânsito em julgado da decisão) e do devido processo legal, todos com sede nos tratados; c) a aplicação retroativa das hipóteses de inelegibilidade¹⁸.

Essas decisões judiciais não são as únicas a desprezarem a teoria dos direitos fundamentais e a Constituição de 1988, validando restrições retroativas, desproporcionais e sem fundamento em valores constitucionais ou em direitos de igual envergadura. A desconsideração da elegibilidade como direito fundamental vai além, com seu cotidiano amesquinha-mento por quem deveria concretizá-la.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento, por maioria, em 16 de fevereiro de 2012. Brasília, 24 de fevereiro de 2012. A retroatividade das novas hipóteses de elegibilidade foi confirmada no julgamento do Recurso Extraordinário 929.670, em 04 de outubro de 2017.

¹⁶ Controle de convencionalidade é a análise da compatibilidade de normas internas dos Estados em relação às normas internacionais, apresentando-se “como meio de salva-guarda dos direitos humanos previstos em normas plasmadas em documentos internacionais”. BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 1, jun. 2015. p. 242.

¹⁷ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa**: direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 256-302.

¹⁸ Na mesma linha: BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 1, jun. 2015. p. 223-225.

3 INELEGIBILIDADES E RESERVA DE LEI: A INCONSTITUCIONALIDADE DAS INTERPRETAÇÕES EXTENSIVAS NAS RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

A Constituição confere expressa competência ao Presidente da República para a expedição de decretos e regulamentos para fiel execução de lei e organização da administração Pública, aos Ministros de Estado para a expedição de instruções para execução de leis, decretos e regulamentos, à Justiça do Trabalho para previsão de normas em dissídios coletivos e ao Conselho Nacional de Justiça para expedição de atos regulamentares¹⁹. Em nenhum de seus dispositivos estabelece poder normativo, sequer regulamentar, à Justiça Eleitoral.

Aplica-se o princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral, de modo que apenas por leis, submetidas ao processo parlamentar, está autorizado criar ou limitar direitos políticos e eleitorais²⁰. A reserva de lei da matéria advém da própria predileção do legislador como “órgão concretizador da constituição” (na expressão utilizada por Canotilho²¹) e por ser mais democrática ante a pluralidade de ideias e arranjos garantida pela representação proporcional²². Embora em hipóteses específicas admita-se o exercício de função típica de outros Poderes, a competência de inovar no ordenamento jurídico está reservada ao Poder Legislativo²³.

Se não há previsão constitucional expressa para que a Justiça Eleitoral exerça poder normativo, atípico para o Poder Judiciário, é vedado que estabeleça normativas sobre a matéria, por qualquer meio, ainda mais considerando a fundamentalidade dos direitos políticos explicitada no tópico anterior.

A Constituição estabelece algumas hipóteses de inelegibilidades e atribui à lei complementar estabelecer outros casos e os prazos de sua cessação (art. 14, § 9º), bem como a própria organização e competência da Justiça Eleitoral (art. 121). Em seu art. 16, consagra o princípio da anterioridade específica, reservando à legalidade estrita a regulação do processo eleitoral²⁴.

Inexistindo no ordenamento jurídico brasileiro a lei complementar aludida, o Código Eleitoral foi parcialmente recepcionado como tal. Nele contém a previsão de que o Tribunal Superior Eleitoral “expedirá instruções para a sua fiel execução” (art. 1º, parágrafo único) e de que compete privativamente à Corte “expedir instruções que julgar convenientes à execução deste Código” (art. 23, IX), também prevista no artigo 61 da Lei dos Partidos Políticos. Na Lei das Eleições (Lei n. 9.504/97), estabelece-se em seu artigo 105 que o exercício desta

¹⁹ Art. 84, IV e VI; art. 87, parágrafo único, I; art. 114, §2º; e artigo 103-B, §4º, I, respectivamente.

²⁰ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 233-247.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1226.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 369-370.

²³ Mesmo em relação às leis delegadas e medidas provisórias (art. 59, IV e V da Constituição), estas são admitidas apenas em hipóteses delimitadas e não deixam de demandar uma atuação do Poder Legislativo.

²⁴ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 233-247.

competência deve atender “ao caráter regulamentar”, não podendo “restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas” no diploma²⁵.

Valendo-se de tais disposições, o Tribunal Superior Eleitoral tem expedido com frequência “resoluções” sobre matéria eleitoral. Não há dúvidas, entretanto, que não há autorização constitucional para que a Corte Eleitoral assim atue, pois a expedição de normas gerais e abstratas, inclusive as secundárias, deve ter guarida constitucional²⁶.

A competência normativa atípica do Poder Judiciário apenas é conferida à Justiça do Trabalho e ao CNJ, e ao Poder Executivo para a elaboração de regulamentos, em situações específicas e limitadas. Nas demais, apenas ao Parlamento, dotado da representatividade e legitimidade do jogo democrático, cabe a estipulação de regramentos sobre direitos políticos e eleitorais. O texto constitucional, portanto, não deixa margem para que se legitime uma competência regulamentar da Justiça Eleitoral. Somente é possível aceitar que cabe à Corte Eleitoral expedir instruções, direcionadas à sua atividade administrativa e sem interferência na esfera dos particulares²⁷.

Mesmo que equivocada e inconstitucionalmente se admita poder regulamentar da Justiça Eleitoral, como parte da doutrina e jurisprudência tem entendido (ou ao menos é omissa em questionar), tal competência é, por sua natureza, limitada²⁸.

Segundo Clèmerson Merlin Clève, “os regulamentos são acessórios em relação à lei. Não podem tomar o lugar delas. Não podem assumir o papel que a Constituição reservou à lei. São atos normativos sujeitos à lei e dela dependentes”²⁹. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que “o regulamento, além de inferior e subordinado, é ato dependente de lei”³⁰. A própria leitura do princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição) denota que somente por meio de lei, em sentido formal e material, autoriza-se a imposição de obrigações aos cidadãos. Desse modo, apenas pela legalidade estrita se pode estabelecer direitos ou limitá-los, cabendo ao regulamento apenas complementar ou especificar seu conteúdo³¹.

²⁵ Tal inclusão foi realizada pela Lei 12.034/99.

²⁶ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 247.

²⁷ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.253.

²⁸ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.253.

²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 289.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 351.

³¹ O administrativista bem observa: “enquanto fruto do Poder Legislativo, as leis são muito mais democráticas do que atos normativos que emanem da função atípica regulamentar do Poder Executivo e também da Justiça Eleitoral. Já os regulamentos carecem de todos estes atributos e, pelo contrário, propiciam as mazelas que resultariam da falta deles, motivo pelo qual, se são perfeitamente prestantes e uteis para a simples delimitação mais minudente das providências necessárias ao cumprimento dos dispositivos legais, seriam gravemente danosos – o que e sobretudo claro em país com as características políticas do Brasil - se pudessem, por si mesmos, instaurar direitos e deveres, impondo obrigações de fazer ou não fazer”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 359-360; p. 373.

Para Henrique Neves da Silva, trata-se de um dever conferido ao TSE que “não se confunde com a capacidade de legislar sobre a matéria eleitoral”, devendo as instruções estarem lastreadas, necessariamente, na legislação vigente e almejem apenas regulamentá-la. Na visão de Neves, as instruções baixadas são equiparadas aos decretos regulamentares do Poder Executivo (art. 84, IV, da Constituição) e estão submetidas às mesmas limitações³².

Nesse sentido, as instruções do TSE, baixadas na forma de resolução, são apenas um agrupamento das regras previstas na legislação eleitoral esparsa ou a inclusão do entendimento reiterado da Corte sobre dispositivos legais, a fim de permitir à sociedade e aos autores envolvidos “uma noção ampla e aprofunda dos principais temas do direito eleitoral”. A inclusão feita pela Lei 12.034/99 no art. 105 da Lei das Eleições seria, ao ver do Ministro, “de todo válida e, mesmo antes de ser *expressada*, sempre foi observada pelo Tribunal Superior Eleitoral”³³.

Não é o que se tem visto na atuação do Tribunal Superior Eleitoral. Além de carecer de embasamento constitucional, o exercício do poder regulamentar tem sido em muito exorbitado pela Corte para interferir nas regras eleitorais e estabelecer limitações à capacidade eleitoral passiva dos cidadãos, sob pretexto de interpretação das leis eleitorais³⁴. Esse impulso da Justiça eleitoral, lastrado no ideal de moralização ficalimpista e na busca pela celeridade do processo eleitoral, “é ainda mais inconstitucional, se for possível uma graduação da inconstitucionalidade: é usurpação de competência”³⁵.

Sem qualquer base legal, em 2002 o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 20.993, que estabeleceu a chamada “verticalização das eleições”. Sua origem foi a Consulta n. 715/02, em que se indagou sobre a possibilidade de um partido celebrar coligação para eleição de Presidente da República, com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) para eleição de Governador de Estado da Federação. A resposta do TSE foi pela impossibilidade, dando “interpretação” inédita ao artigo 6º da Lei n 9504/97³⁶. Esse entendimento foi contemplado no artigo 4º,

³² SILVA, Henrique Neves da. A Justiça eleitoral: breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções da competência. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, jan. 2010. p. 37. Disponível em: <<https://goo.gl/7MBJBG>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

³³ SILVA, Henrique Neves da. A Justiça eleitoral: breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções da competência. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, jan. 2010. p. 38. Disponível em: <<https://goo.gl/7MBJBG>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

³⁴ Não só quanto a inelegibilidades o TSE tem exorbitado em seu poder regulamentar. Em 2013 a Corte expediu a Resolução 23.396, que retirou do Ministério Público a possibilidade de requerer a instauração de inquérito policial para apuração de crimes eleitorais, estabelecendo ser necessária autorização da Justiça Eleitoral, com exceção da hipótese de prisão em flagrante. O Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 5104, suspendeu cautelarmente a eficácia do dispositivo. Seis dias após, o TSE retomou a redação anterior para o fim de “reestabelecer” a competência do constitucional do MP. TSE modifica artigo de resolução que trata de crimes eleitorais. **Tribunal Superior Eleitoral**, 27 maio 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/z7EHYU>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

³⁵ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 238.

³⁶ Art. 6º 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.

§ 1º da referida resolução³⁷, apenas oito meses antes do pleito. Duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 2626 e 2628) foram propostas no Supremo Tribunal Federal, mas este sequer conheceu das ações “por considerar que o TSE apenas ‘interpretou’ o conteúdo do artigo 6º da Lei 9504/97” e que a resolução expedida foi um ato normativo secundário, não passível de controle de constitucionalidade³⁸.

Como reação, Proposta de Emenda à Constituição passou a tramitar no Congresso Nacional a fim dar nova redação ao artigo 17, § 1º da Constituição e prever a autonomia dos partidos políticos quanto à escolha e regime de suas coligações, rejeitando por completo a verticalização inconstitucional prevista na regulamentação da Corte. A proposta, no entanto, só veio a ser aprovada em 2006, e, ao contrário da Resolução do TSE, não teve aplicação imediata para as eleições daquele ano.

No ano de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 21.823, ampliando o conceito de “quitação eleitoral” e estabelecendo requisitos a serem preenchidos no registro de candidatura não previstos antes em qualquer lei, sob pena de indeferimento³⁹. O posicionamento da Corte Eleitoral representa evidente restrição à capacidade eleitoral passiva, pois aqueles que não se enquadrarem nos requisitos ficam, conseqüentemente, excluídos do pleito.

Em 2009, o legislador incluiu o parágrafo 7º no artigo 11 da Lei das Eleições para determinar que a certidão de quitação eleitoral abrange, “exclusivamente”, o pleno gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento às convocações e a ausência de multas aplicadas pela Justiça Eleitoral, em caráter definitivo, e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral. Ainda assim, mais do que o texto constitucional impõe.

Outra resolução foi a de n. 22.610/2007 que estabeleceu que os mandatos pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não aos candidatos eleitos⁴⁰. Nela previu-se a possibilidade de os partidos políticos requererem a decretação da perda de cargo eletivo havendo desfiliação partidária sem justa causa e também uma espécie de processo de justificação para que se obtenha uma declaração de ocorrência de justa causa para a desfiliação.

³⁷ §1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei n. 9.504/97, art. 6º; Consulta n. 715, de 26.2.02).

³⁸ Na oportunidade restou vencido o então relator dos processos, Ministro Sydney Sanches, que entendeu que a resolução inovou no ordenamento jurídico e merecia análise pela Corte Constitucional. O também Ministro Ilmar Galvão, que fora Presidente do TSE quatro anos antes do julgamento, acompanhou o voto divergente no sentido de que a disciplina da resolução contrariava a adotada nas eleições de 1998, em que foram aceitos registros de candidatura que não se encaixavam no parâmetro de verticalidade ora adotado. Por fim, o Ministro ainda lembrou que, caso ao Poder Judiciário fosse possível modificar leis eleitorais, imperiosa seria a observância do princípio da anualidade (art. 16 da Constituição Federal), sendo descabida sua aplicação imediata. Supremo mantém decisão do TSE sobre coligações. **Notícias STF**, 18 abr. 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/BqFj69>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

³⁹ Nesse caso, não há notícia de que tenha o STF sido instado a se manifestar em sede de controle de constitucionalidade concentrado sobre a Resolução e a posterior alteração legislativa realizada e nem que em sede de controle difuso tenha afastado a aplicabilidade da Resolução.

⁴⁰ Tal Resolução teve sua origem na Consulta n. 1398, que ocasionou a Resolução 22.526/07, bem como diante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603 e 26.604.

Ao arrepio da Constituição⁴¹, com vícios formais e materiais, cria-se através de resolução nova hipótese de perda do mandato e dois novos procedimentos; limita-se o direito à ampla defesa ao se estabelecer ressalvas taxativas da perda de mandado, o número de testemunhas e o prazo para o trâmite da ação; inverte-se o ônus da prova arbitrariamente e, ainda, confere-se uma competência para a Justiça Eleitoral sem lei complementar e que vai além da diplomação dos eleitos⁴². Isso tudo sem trazer à tona o questionamento se a troca de partido efetivamente quebra a confiança do eleitor⁴³.

Há alguns projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que demonstram o desconforto e até certa indignação do Poder Legislativo com a atuação inconstitucional da Justiça Eleitoral.

O PLP n. 232/2016, por exemplo, de autoria do Deputado Mendonça Filho (DEM/PE), altera o artigo 23 do Código Eleitoral para inserir no dispositivo que “a função normativa a que se refere o inciso IX deste artigo é restrita a assuntos administrativos, sendo vedada a normatização de matérias relacionadas ao processo eleitoral”. Na justificativa da proposta, atenta-se para uma “absorção indevida de prerrogativas do Poder Legislativo, em evidente contrariedade ao que estabelece a Constituição” e para a violação decorrente ao princípio da hierarquia das normas por parte do TSE, já que “a justiça especializada arvora-se no direito de legislar através da edição de simples resoluções ou atos normativos, quando tal tarefa cabe única e exclusivamente ao Congresso Nacional [...]”⁴⁴.

Há também o Projeto de Lei n. 74/2017, de autoria da Senadora Rose de Freitas (PMDB/ES), que propõe nova redação do artigo 23, IX do Código Eleitoral para estabelecer que o exercício do poder regulamentar assegurado ao Tribunal Superior Eleitoral deverá ser precedido de audiência pública com os delegados dos partidos políticos e será limitado pelos

⁴¹ Notadamente dos art. 5º, LV, art. 17, art.15, art. 55, art. 22, I, art. 24, XI e art.121, para citar alguns. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade da Resolução ao julgar improcedentes as ADIs 3999 e 4086, pois teria sido editada segundo “recomendação” da própria Corte Constitucional nos Mandados de Segurança n. 26602, 26603 e 26604. Nestes, o STF autorizou o Tribunal Superior Eleitoral, “no exercício da competência que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo” a “editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento”, para suprir a lacuna normativa que entendia existente sobre a matéria. Em outras palavras, um órgão do Poder Judiciário conferiu a outro órgão do Poder Judiciário competência legislativa, sob justificativa de “analogia legis”, mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar n. 64/90”. Assim, no julgamento das ADI’s ajuizadas após a edição da Resolução, nove dos onze ministros entenderam que o TSE teria “cumprido” a decisão do Supremo, dando-lhe “eficácia da coisa julgada material”. Restaram vencidos os Ministros Eros Grau e Marcos Aurélio.

⁴² SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 263-264.

⁴³ Eneida Desiree Salgado entende que não, pois “ao que parece, as propostas partidárias e sua adesão a elas não são elementos da fidedignidade da representação política”. SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 70.

⁴⁴ O projeto tem como Relator o Deputado José Carlos Aleluia (DEM/BA) e atualmente aguarda parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo última movimentação em 30/06/2016. BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar n. 232**, de 2016. Estabelece que a função normativa a que se refere o inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral é restrita a assuntos administrativos, sendo vedada a normatização de matérias relacionadas ao processo eleitoral. Autoria: Deputado Mendonça Filho. Disponível em: <<https://goo.gl/wXHEXH>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

direitos e sanções fixados nas leis eleitorais. A proposta tem a finalidade declarada de cessar a prática do TSE de exorbitar o poder regulamentar, definindo legalmente os contornos da competência da Justiça Eleitoral⁴⁵.

Seja por meio de mudança legislativa, pelo exercício da competência do Congresso Nacional para sustar resoluções que exorbitem o poder regulamentar⁴⁶, pela constante provocação da Justiça Comum para barrar inconstitucionalidades ou pelo controle de convencionalidade ao alcance dos magistrados, não se pode mais ficar inerte à atividade legislativa usurpadora e limitadora dos direitos políticos fundamentais que há anos vem sendo exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral.

4 INELEGIBILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A JUSTIÇA ELEITORAL CONTRA O TEXTO DA LEI NOS CASOS DE IPOJUCA E FOZ DO IGUAÇU

Em minucioso estudo sobre o uso inadequado da interpretação da Lei das Inelegibilidades pela Justiça Eleitoral, Alexandre de Castro Nogueira analisa como a Justiça Eleitoral tem se valido da interpretação teleológica das hipóteses de inelegibilidade para satisfazer uma “ânsia justiceira” decorrente da maior proteção legislativa ao eleitor. O resultado disso é uma atuação que almeja “cada vez mais a preservação de uma moral eleitoral subjetiva, muitas vezes em detrimento do próprio ordenamento jurídico posto”⁴⁷.

Nogueira observa que a inserção do artigo 41-A na Lei 9.504/97 (Lei das Eleições)⁴⁸ representou uma virada na percepção da Justiça Eleitoral e até mesmo do próprio Direito Eleitoral sobre o processo de escolha dos representantes, pois com a tipificação da captação ilícita de sufrágio passa-se a proteger não só a lisura do pleito mas a própria vontade do eleitor. De um método de interpretação tradicional de subsunção, inspirado na tradição romano-germânica, passa-se a um que vai mais longe, beirando ao arbítrio e desembocando em um pamprincipiologismo⁴⁹.

⁴⁵ O projeto está aguardando a designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo última movimentação em 06/04/2017. BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 74**, de 2017. Altera a redação do art. 23, IX, da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), para dispor sobre o poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral. Autoria: Senadora Rose de Freitas. Disponível em: <<https://goo.gl/kHYDCD>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

⁴⁶ Art.49, V e XI da Constituição Federal.

⁴⁷ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **O uso inadequado da interpretação da Lei das Inelegibilidades na Justiça Eleitoral**: críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. p. 13.

⁴⁸ 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 [...]. (Incluído pela Lei n. 9.840, de 1999).

⁴⁹ “O que se vivencia atualmente é uma verdadeira tentativa de se estabelecer um neoconstitucionalismo brasileiro através da absorção de sentidos desses novos pamprincípios, levando ao ato de interpretar a aplicação de valores mais ligados ao intérprete e deixando a interpretação um ato tão livre que pode chegar facilmente ao arbítrio,

No caso da lei das inelegibilidades, a Justiça Eleitoral vem comumente se valendo da interpretação teleológica para criar exceções ou outras hipóteses não previstas no rol de inelegibilidades do artigo 1º da Lei Complementar n. 64/90, alterado pela Lei da Ficha Limpa⁵⁰. Essa aplicação teleológica do sentido das normas tem certo “apoio” em dois dispositivos da legislação, mas é contrária ao desenho constitucional democrático⁵¹.

Reflexo dessa postura é a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral à hipótese de inelegibilidade decorrente da prática de ato de improbidade quando da análise dos registros dos prefeitos eleitos em Foz do Iguaçu/PR e em Ipojuca/PE nas eleições de 2016⁵².

A Lei de Improbidade Administrativa tipificou em seu texto original três grandes “espécies” de atos de improbidade, cominando sanções respectivas e estabelecendo o devido procedimento para apuração da prática de tais atos. Após alteração promovida pela Lei da Ficha Limpa em 2010, a Lei Complementar n. 64/90 passou a prever hipótese de inelegibilidade decorrente da prática de ato de improbidade em seu artigo 1º, I, alínea “I”, nos seguintes termos:

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena

discordando até dos termos constitucionais, seja por ignorá-los, seja por contrariá-los”. NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **O uso inadequado da interpretação da Lei das Inelegibilidades na Justiça Eleitoral**: críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. p. 69.

⁵⁰ Essa situação não ocorre apenas no âmbito da Justiça Eleitoral. O STF, por exemplo, quando da análise da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, valeu-se da interpretação teleológica, no sentido reducionista, para afastar a violação da norma constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII) quanto à previsão de inelegibilidade em situações de condenação não transitadas em julgado. A interpretação teleológica foi utilizada pelo STF, ao mesmo tempo, para ampliar a aplicação do art. 14, parágrafo quinto da Constituição Federal, vedando o exercício do terceiro mandado de mesma natureza ainda que em município diverso (“prefeito itinerante”). Nota-se, assim, que o STF ora utiliza-se no método hermenêutico finalístico para ampliar, ora para restringir o sentido do texto.

⁵¹ São o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o artigo 23 da Lei Complementar n. 64/90. A aplicação destes dispositivos é criticada por Alexandre de Castro Nogueira. NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **O uso inadequado da interpretação da Lei das Inelegibilidades na Justiça Eleitoral**: críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. p. 108-109.

⁵² Embora por opção metodológica tenha-se assim escolhido, a violação à legalidade não tem ocorrido somente nesse caso. Como exemplo, cita-se a decisão pelo indeferimento do registro de candidatura de Eloir Meirelles Laurek ao cargo de vereador do Município de Rio Negrinho (SC). A Corte Eleitoral mudou o entendimento adotado desde as eleições de 2014 e firmou que o crime de violação a direito autoral ofende o patrimônio privado, restando contemplado na hipótese de inelegibilidade constante no art. 1º, I, alínea “e”, item 2, da LIA. O entendimento exarado é contrário ao texto da lei e denota atuação arbitrária e violadora da separação de poderes por parte da Justiça Eleitoral. BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 145-94.2016.6.24.0074**. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Eloir Meirelles Laurek. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Julgamento em 09 de março de 2017.

Para a subsunção nessa inelegibilidade deve-se atender, portanto, a alguns requisitos. É necessária condenação na ação de improbidade já transitada em julgado ou proferida de forma colegiada por maioria ou unanimidade, de modo que mesmo ainda sendo possível a interposição de recursos aos tribunais superiores, a decisão condenatória colegiada do Tribunal do Estado já gera efeitos para o fim de ocasionar a inelegibilidade do candidato.

Também é preciso que essa condenação imponha a sanção de suspensão de direitos políticos, de modo que a aplicação das demais sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, como ressarcimento do dano, perda da função pública e aplicação de multa, não configuram a inelegibilidade na forma prevista pelo dispositivo. A suspensão dos direitos políticos, nos termos do artigo 20 da mesma lei, opera de forma automática com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Imprescindível a presença de lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, praticados dolosamente⁵³. A literalidade da previsão legal, com a utilização de conjunção coordenativa aditiva (que relaciona duas orações no sentido de “soma”), denota que os dois elementos devem estar presentes para a configuração da hipótese de inelegibilidade em questão. Felizmente, quanto a esse ponto, o Tribunal Superior Eleitoral tem entendido conforme o texto legal e exigido sua presença simultânea⁵⁴, embora no pleito de 2016 tenha-se sinalizado preocupante proposta de alteração do entendimento para as eleições vindouras⁵⁵

Ocorre que, nos Recursos Especiais Eleitorais do registro de candidatura de Paulo Mac Donald Ghisi⁵⁶ e Romero Antonio Raposo Sales⁵⁷, candidatos a prefeitos vencedores

⁵³ Para a caracterização de ato de improbidade que importe enriquecimento ilícito (art. 9 da LIA) o requisito do dolo é imprescindível. Para a caracterização de ato que importe prejuízo ao erário (art. 10) exige-se, ao menos, a culpa do agente. Precedentes: REsp 1.206.741/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2015; REsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zvascki, Primeira Seção, DJe 27/09/2010; e AgRg no AREsp 21.662/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/2/2012.

⁵⁴ Apesar disso, quanto ao enriquecimento ilícito o TSE entende pode ser para si ou para terceiros, o que não se extrai do texto legal. Vide: Ac. de 27.11.2014 no AgR-RO n. 29266, rel. Min. Gilmar Mendes; Ac. de 14.2.2013 no AgR-REspe n. 3242, rel. Min. Dias Toffoli, red. designado Min. Rosa Maria Weber e tantos outros.

⁵⁵ Segundo o Min. Herman Benjamin no Respe n. 4932/SP, a jurisprudência do TSE merece revisão, para eleições vindouras, com a fixação da tese de que não se exige, para a incidência da inelegibilidade do ad. 1, 1, E, da LC 64/90, que a suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa decorra, cumulativamente, de enriquecimento ilícito e dano ao Erário. Contudo, prevaleceu para a maioria o posicionamento pela impossibilidade de se adotar tal interpretação. Entendeu-se descabido indicar, desde logo, alteração da jurisprudência para pleito vindouro, pois não é possível vincular o entendimento de colegiado cuja composição será diversa, em razão da renovação natural que é característica desta Justiça. BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 000049-32.2016.6.26.0104**. Recorrente: Marcelo de Souza Pecchio. Recorridos: Antônio Fiais e Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio. Brasília, 18 de outubro de 2016. Infelizmente, tal tipo de proposta encontra eco na doutrina de direito eleitoral, como se extrai do posicionamento de Rodrigo Lopez Zilio, José Jairo Gomes e Edson de Resende Castro. ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 253; 254.

⁵⁶ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 204-91.2016.6.16.0046**. Recorrente: Paulo Mac Donald Ghisi. Recorridos: Valseni Cabral de Oliveira, Jacy Freitas e Coligação Reage Foz. Relator: Ministro Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin. Ministra Luciana Lóssio. Brasília, 13 de dezembro de 2016.

⁵⁷ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 50-39.2016.6.17.0016**. Recorrente: Romero Antônio Raposo Sales. Recorridos: Coligação Ipojuca Segue em Frente e Ministério Público Eleitoral. Relatora originária: Ministra Luciana Lóssio. Brasília, 13 de dezembro de 2016.

nos Municípios de Foz do Iguaçu/PR e Ipojuca/PE nas eleições de 2016, o Tribunal Superior Eleitoral valeu-se da fundamentação do acórdão que gerou a condenação por improbidade administrativa para extrair o requisito do enriquecimento ilícito exigido na hipótese de inelegibilidade⁵⁸.

Com base no *leading case* “Caso Riva”⁵⁹, das eleições de 2014, entendeu-se pela possibilidade de a Justiça Eleitoral realizar uma “interpretação contextual” dos acórdãos que proferiram a condenação por ato de improbidade administrativa, a despeito de não ter constatado do dispositivo das decisões menção ao artigo 9º e, reflexamente, condenação nas penas cominadas do artigo 12, I da Lei de Improbidade Administrativa, nem de a subsunção do dispositivo ter sido suscitada ao longo de todo o decorrer das ações de improbidade. Em ambos os casos, julgados no mesmo dia, restaram vencidos a Ministra Luciana Lóssio, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e o Ministro Presidente da Corte, Gilmar Mendes, contrários à ocorrência de caracterização da inelegibilidade da alínea “I”.

Constou da ementa da decisão do caso Romero Sales que não é permitido à Justiça Eleitoral “reenquadrar os fatos apurados na ação de improbidade e, a partir de emendas, suposições e ilações, deflagrar inelegibilidades”. No entanto, esta possuiria plena competência para examinar o inteiro teor do acórdão, “a partir de sua *ratio* decisória”, o que é tratado como uma espécie de dever da Corte:

Para fins de inelegibilidade, não é ilícito, mas também imprescindível à Justiça Eleitoral examinar o acórdão da Justiça Comum – em que proclamada a improbidade – em seu conjunto, por inteiro, até mesmo para ser fiel ao alcance preciso e exato da decisão. Perceba-se: não pode a Justiça Eleitoral incluir ou suprimir nada, requalificar fatos e provas, conceber adendos, refazer conclusões, mas é de todo legítimo interpretar o alcance preciso, exato, da decisão de improbidade. Imperativo recolher e aquilatar os elementos daquele acórdão para fins de ter como caracterizada ou não a inelegibilidade.

Desse modo, da fundamentação do acórdão o TSE extraiu a caracterização do enriquecimento ilícito, muito embora, como reconhecido, a parte dispositiva do acórdão “não tenha sido ‘categórica’ quanto ao reconhecimento do enriquecimento ilícito”, o que também se deu nos autos do prefeito iguaçuense.

Neste, o Tribunal Superior Eleitoral manteve entendimento exarado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná que, apoiado no *leading case* mencionado, sustentou que “apenas

⁵⁸ Para a breve análise do entendimento do TSE nos casos, foram analisados conjuntamente os fundamentos do acórdão do Recurso Especial dos autos de registro de Romero Sales, bem como da decisão em medida cautelar no Recurso Especial de Paulo MacDonald e do entendimento do Tribunal Regional do Paraná referendado pelo TSE, já que o acórdão escrito deste ainda se encontra em fase de elaboração pela Corte. Nos dois casos foi interposto Recurso Extraordinário da decisão da Corte Eleitoral, ainda em trâmite.

⁵⁹ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 000380-23.2014.6.11.0000**. Recorrentes: José Geraldo Riva e Coligação Viva Mato Grosso. Recorridos: Coligação Coragem e Atitude pra mudar e Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 12 de setembro de 2014.

nos casos em que Justiça Comum expressamente considerou presente ou ausente determinada circunstância {v.g. dolo, dano ao erário ou enriquecimento ilícito) que está Justiça Eleitoral impedida de dar interpretação diversa da contida na decisão condenatória”⁶⁰.

No entendimento da corte regional, referendado pelo TSE, expressamente se conseguiu ainda que “não se faz necessária existência, na petição inicial da ação de improbidade administrativa, de expressa imputação pedido específico de condenação por enriquecimento ilícito”. Por fim, também amparado em entendimento jurisprudencial do TSE sem correspondência na lei, aduziu-se que “o enriquecimento ilícito, consoante pacífica jurisprudência do TSE, não precisa, obrigatoriamente, ser do próprio agente ímprobo, podendo ser de terceiros beneficiados (vide, dentre vários outros, REspe n. 27.558, AgRg-RO n. 29.266 AgR-AI n. 189.769)”.

Não cabe neste breve estudo adentrar no mérito das condenações, a fim de buscar averiguar a ocorrência ou não de enriquecimento ilícito, muito embora o TSE tenha assim o feito na análise dos recursos. A problematização aqui proposta independe desta análise, sendo possível constatar por outras perspectivas a completa arbitrariedade do entendimento da Corte.

Como ressaltado no voto divergente da Ministra Luciana Lóssio, com base nas lições de Waldo Fazzio Júnior, a ocorrência de dano ao erário (artigo 10º) é prescindível para a caracterização do enriquecimento ilícito (artigo 9º), uma vez que o proveito do agente pode ter causa externa. Enquanto um tipo de ato centra-se no dano causado ao patrimônio público, o outro foca na vantagem ilícita obtida pelo agente. Prova da diferença entre os tipos é a disposição do artigo 21 da Lei de Improbidade Administrativa de que a aplicação das sanções previstas no diploma independe “da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento”.

Decorrencia disso é que a sanção por ato de improbidade deve estar associada a um tipo previsto, em respeito ao princípio da legalidade, o que explica a diferenciação das penas no artigo 12 da lei de improbidade conforme o ato imputado. Desse modo, se não há no corpo e no dispositivo do acórdão menção expressa ao enriquecimento ilícito e nem a imputação da respectiva pena (art. 12, I), não está configurada a hipótese de inelegibilidade.

Além de infringir a lógica da tipicidade, o entendimento do TSE fica ainda mais problemático quando se observa que a imputação ao artigo 9º não constou da inicial da improbidade e em nenhum momento a questão foi sindicalizada no decorrer da ação, em clara violação ao devido processo legal e aos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Na verdade, o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral implica “dupla violação” a esses postulados constitucionais. A primeira é nos próprios autos de registro, uma vez que seu procedimento não permite a produção de alegações e provas específicas pelo candidato

⁶⁰ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 50-39.2016.6.17.0016**. Recorrente: Romero Antônio Raposo Sales. Recorridos: Coligação Ipojuca Segue em Frente e Ministério Público Eleitoral. Relatora originária: Ministra Luciana Lóssio. Brasília, 13 de dezembro de 2016.

para demonstrar a inoccorrência de enriquecimento ilícito. A segunda é a extração pela Justiça Eleitoral de condenação cujo ato tipificado e respectiva pena não restaram imputados no processo e nem mencionados na decisão.

Consta expressamente no artigo 329 do Código de Processo Civil que a causa de pedir e o pedido somente podem ser alterados ou aditados até a citação do réu, em que é dispensável o seu consentimento, ou então até o saneamento do processo, para o qual será necessário consentimento do réu e devidamente assegurado o contraditório por meio de manifestação em 15 dias, sendo-lhe ainda facultado requerimento de prova suplementar. Fixados os elementos da ação, no momento do saneamento do processo cabe ao juiz, então, “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” (art. 357, II), “definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373” (art. 357, III), e “delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito” (art. 357, IV).

Uma vez que nas ações de improbidade dos dois prefeitos não foi feita a imputação da conduta ao artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa na peça inicial e em qualquer outro momento da ação na forma como autorizada a legislação processual civil, a existência ou não de ato de improbidade que importe enriquecimento ilícito não integrou a causa de pedir e o pedido das ações e, conseqüentemente, todo o debate instaurado entre as partes e a produção probatória realizada. Conforme bem observado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no voto-vista do caso do prefeito ipojuquense:

Se a imputação de certo ilícito ímprobo (enriquecimento ilícito, por exemplo) não foi feita ao agente público, é evidente que contra ela não lhe foi possível expressar qualquer defesa, o que basta, por si só, para afirmar, também, que não poderá sobrevir, quanto a ela, condenação alguma, já por falta de acusação, já por falta de defesa. Nessas condições, isto é, se não houver a prévia imputação de determinado ilícito, é evidente que não poderá haver condenação pela sua prática e, se tiver havido tal condenação, seguramente ocorreu sem oportunidade de defesa, sendo, portanto, juridicamente inválida. Também se poderá dizer que essa condenação se revestirá de um resultado condenatório sem postulação do órgão acusador, ou seja, uma decisão *extra petita*.

Vale ainda mencionar o apontamento do Ministro de que “o pedido da parte acusadora, muito maximamente nas ações de cunho sancionador, fecha o alcance de sua postulação”, pois a partir dele o acusado mapeia a sua linha defensiva e direciona a produção probatória nos autos. Assim, é fato que “o Parquet é o senhor da lide e lhe pertence o poder jurídico de definir o seu objeto e o seu polo passivo, mas não poderá o Julgador dar-lhe mais do que pediu ou mesmo algo diferente do que pediu”.

Desse modo, mesmo se o candidato apresentasse toda a íntegra do processo da improbidade nos autos de registro, a fim de preventivamente tentar demonstrar perante a Justiça Eleitoral a inoccorrência de enriquecimento ilícito nos atos apurados, ainda assim o direito ao

contraditório e à ampla defesa restaria prejudicado, pois sequer realizada a imputação específica do tipo de improbidade naqueles autos e conduzida a instrução processual para esse fim.

No caso das eleições municipais, a situação fica ainda mais problemática ao se considerar que o Tribunal Superior Eleitoral atua como instância especial, sendo-lhe vedado, por Súmula por ele mesmo editada⁶¹, reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos. Em caso de indeferimento do registro e necessidade de interposição de recurso especial, fica o candidato à mercê das ponderações realizadas pelo acórdão regional recorrido acerca das provas carreadas.

Esse entendimento reforça a figura de um *super-juiz* do registro de candidaturas, que concede a si o *super-poder* de desvendar se o juiz da Justiça Comum entendia ou não pela existência do enriquecimento ilícito, muito embora: a imputação do artigo 9º não tenha constado na inicial da improbidade; em todo o transcorrer da ação, notadamente a instrução processual, não se tenha debatido sobre a subsunção na tipificação; o juiz da causa nada tenha mencionado quanto ao artigo no corpo da decisão e em seu dispositivo; e, ainda, este também não tenha imputado a sanção específica para o dispositivo prevista na Lei de Improbidade Administrativa (art. 12, I).

Não se está a consentir com a conduta reconhecidamente ímproba praticada pelo agente, nem a moralmente se concordar com a impossibilidade de se reconhecer a inelegibilidade de um agente que tenha praticado ato de improbidade que causou dano ao erário, mas não enriquecimento ilícito. No entanto, o Estado Democrático de Direito, sobretudo em se tratando de limitação a direito fundamental, não deve estar suscetível a ponderações morais e reclama que se obedecem às regras do jogo, apenas passíveis de modificação por meio do poder competente. Como bem ressaltado pelo Ministro Napoleão Filho, o julgador eleitoral “[...] *terá de conter seu ímpeto, assim como um Juiz Criminal que não pode contornar a incidência da prescrição de um crime revoltante ou a curta duração da pena legalmente impositiva a um delito abjeto*”.

Em se tratando de matéria sancionatória, a envolver ainda restrição a direito político fundamental, não há espaço para o protagonismo judicial e interpretações contrárias ao texto da lei e baseadas na lógica instrumentalizadora a que tem se prestado o Tribunal Superior Eleitoral nos julgamentos dos registros de candidatura.

5 CONCLUSÃO: A FUNDAMENTALIDADE DA ELEGIBILIDADE E O RESPEITO À CONSTITUIÇÃO

A crescente corrosão no constitucionalismo e na democracia revela sua face mais crua no ataque aos direitos fundamentais. Não apenas as garantias constitucionais de caráter social, característica de uma Constituição-projeto, vem sendo atacadas. Até mesmo

⁶¹ “Não cabe recurso especial eleitoral para simples reexame do conjunto fático-probatório”. Na mesma linha é a Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF quanto ao recurso especial e extraordinário.

liberdades clássicas, como a liberdade de expressão e a liberdade artística, estão sendo ameaçadas por um discurso de proteção à sociedade e à moralidade.

Os direitos políticos não parecem ter contado – ao menos no Brasil – com a dimensão da fundamentalidade no imaginário popular e na mentalidade jurídica. Exige-se de quem afirma o caráter de direito fundamental da elegibilidade um ônus argumentativo injustificável em face de sua caracterização como direito de primeira dimensão e como dotado de reconhecimento formal pela Constituição brasileira.

No plano interno, não há, portanto, como se negar a fundamentalidade do direito político de elegibilidade. Dessa maneira, a teoria dos direitos fundamentais e as ressalvas às suas restrições aplicam-se plenamente ao direito de concorrer a cargos eletivos. Não há possibilidade de afastá-lo ou minimizá-lo em nome da proteção a uma difusa moralidade sem sede constitucional.

Além disso, nos tratados internacionais, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – com promulgação no país através do Decreto n. 678/1992 –, é expressamente protegido o direito “de ser eleito em eleições periódicas” (art. 23, item 1, letra “b”). Ainda, estabelece que esse direito pode ser restringido “exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental ou condenação por juiz competente em processo penal” (art. 23, item 2)⁶².

Os *standards* fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstram que a visão da Corte sobre os direitos políticos é a de que os Estados-parte “devem ampliar, ao máximo, os legitimados para se lançarem aos pleitos eleitorais (garantia de ampla oportunidade de participação em pleitos periódicos e autênticos)”, visão oposta ao moralismo fichalimpista e à tendência ao desprezo da atividade política nos tribunais brasileiros.

A atuação dos magistrados eleitorais brasileiros não respeita a Constituição. Ampliar o alcance das restrições às elegibilidades, afastando do mandato os vencedores do pleito sem base legal estrita, ofende a democracia, a soberania popular e o constitucionalismo. Sem direitos políticos fundamentais respeitados pelos aplicadores do Direito, não há Estado democrático de Direito que resista. Um guardião da moralidade que não tem quem lhe controle é um caminho certo para autoritarismos e abusos.

REFERÊNCIAS

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mito dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 223-256, jun. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar n. 232**, de 2016. Estabelece que a função normativa a que se refere o inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral é restrita a assuntos

⁶² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Assinada em 22 de novembro de 1969.

administrativos, sendo vedada a normatização de matérias relacionadas ao processo eleitoral. Autoria: Deputado Mendonça Filho. Disponível em: <<https://goo.gl/wXHEXH>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 74**, de 2017. Altera a redação do art. 23, IX, da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), para dispor sobre o poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral. Autoria: Senadora Rose de Freitas. Disponível em: <<https://goo.gl/kHYDCD>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento, por maioria, em 16 de fevereiro de 2012. Brasília, 24 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 642.528**. Agravante: UERJ. Agravado: José Gilson de Lima. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 25 de setembro de 2012. Brasília, 15 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 633.703/MG**, com repercussão geral. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento, por maioria (vencidos os Ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ellen Gracie), em 23 de março de 2011. Brasília, 18 de novembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 145-94.2016.6.24.0074**. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Eloir Meirelles Laurek. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Julgamento em 09 de março de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 1120**. Consulente: Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro Neto. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Julgamento, por maioria, em 10 de junho de 2010. Brasília, 30 de setembro de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 0000049-32.2016.6.26.0104**. Recorrente: Marcelo de Souza Pecchio. Recorridos: Antônio Fiais e Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio. Brasília, 18 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 204-91.2016.6.16.0046**. Recorrente: Paulo Mac Donald Ghisi. Recorridos: Valseni Cabral de Oliveira, Jacy Freitas e Coligação Reage Foz. Relator: Ministro Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin. Ministra Luciana Lóssio. Brasília, 13 de dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 50-39.2016.6.17.0016**. Recorrente: Romero Antônio Raposo Sales. Recorridos: Coligação Ipojuca Segue em Frente e Ministério Público Eleitoral. Relatora originária: Ministra Luciana Lóssio. Brasília, 13 de dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 000380-23.2014.6.11.0000**. Recorrentes: José Geraldo Riva e Coligação Viva Mato Grosso. Recorridos: Coligação Coragem e Atitude pra mudar e Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 12 de setembro de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa**: direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. **Revista DIREITO UFMS**, Campo Grande, MS - Edição Especial, p. 35-85, jan./jun. 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional III**: direito eleitoral e direito parlamentar. Coimbra: Almedina, 2003.

NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **O uso inadequado da interpretação da Lei das Inelegibilidades na Justiça Eleitoral**: críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Assinada em 22 de novembro de 1969.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar n. 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Henrique Neves da. A Justiça eleitoral: breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções da competência. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, jan. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/7MJBjBG>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

SUPREMO mantém decisão do TSE sobre coligações. **Notícias STF**, 18 abr. 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/BqFj69>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

TSE modifica artigo de resolução que trata de crimes eleitorais. **Tribunal Superior Eleitoral**, 27 maio 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/z7EHYU>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

Saúde e existência digna: a incorporação de novas tecnologias pelo terceiro setor através de parcerias com o SUS

Fernando Borges Mânica¹

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Saúde, existência digna e novas tecnologias; 3. Direito à saúde, deveres estatais e parcerias com o terceiro setor; 4 Parcerias com o terceiro setor e a aplicação de recursos para incorporação de novas tecnologias ao SUS; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.019/14 trouxe importantes inovações ao regime de parcerias entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor. A principal delas consiste na extinção dos convênios público-privados e sua substituição por novos modelos de ajuste, denominados de termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação. A única exceção a esse novo modelo de relacionamento com o terceiro setor refere-se ao setor de saúde pública, no qual ainda é possível a celebração de convênios. Por determinação expressa da própria Lei n. 13.019/14, os convênios com o terceiro setor apenas podem ser celebrados “nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal”, que trata da participação privada no Sistema Único de Saúde – SUS. Tal dispositivo constitucional, por sua vez, aduz expressamente que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Nessa medida, o novo quadro legislativo demanda a discussão acerca das possibilidades de celebração de convênios e outras modalidades de parceria com o terceiro setor na área da saúde, em especial no que tange à incorporação de novas tecnologias aos serviços prestados por entidades do terceiro setor.

O presente estudo objetiva demonstrar que a incorporação de novas tecnologias ao SUS, tanto por meio da estrutura pública estatal quanto da estrutura privada complementar ao SUS, é essencial para a concretização do direito à saúde, nos termos do artigo 6º, do

¹ Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Pós-Graduado em Terceiro Setor pela FGV-SP. Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Positivo. Advogado público.

artigo 196 e do próprio artigo 199, § 1º da Constituição de 1988. Afinal, como ressaltam Fernando Aith e outros, “a definição sobre quais serviços e produtos que serão incorporados ao sistema público de saúde e oferecidos de forma universal constitui, assim, um momento estratégico na conformação das garantias concretas de efetivação da saúde como direito a ser preservado de forma integral”². Portanto, não apenas os convênios, mas todas as parcerias com o terceiro setor na área da saúde podem ter como objeto a soma de esforços que envolvam, de um lado, o repasse de recursos públicos e, de outro lado, a aquisição e consequente disponibilização de serviços assistenciais de saúde dependentes de tecnologia aos usuários do SUS.

O tema possui especial relevância na conjuntura econômica, social e jurídica do país. No atual cenário de escassez de recursos e crise financeira do Estado, a implantação de parcerias eficazes é essencial para o adequado aproveitamento dos recursos públicos. No atual ambiente social de pobreza e desemprego, a providência de serviços de saúde à população, em especial a mais carente, é imprescindível para a garantia de condições mínimas de desenvolvimento humano. No atual quadro legislativo, marcado por importantes inovações normativas, é importante garantir segurança jurídica para os atores estatais e privados envolvidos na prestação de serviços públicos de saúde.

Para alcançar o objetivo proposto, o desenvolvimento do trabalho encontra-se organizado em quatro itens. No primeiro, é tratada a relação entre saúde, desenvolvimento humano e novas tecnologias. No segundo item, são analisados os deveres estatais em relação ao direito à saúde. No terceiro, demonstra-se a possibilidade de repasse de recursos públicos para investimento em tecnologia por entidades do terceiro setor. Ao cabo, são tecidas algumas conclusões.

Utilizou-se na pesquisa o método hipotético-dedutivo, a partir de referências legislativas e constitucionais, tendo como premissa a ideia central de que a participação privada complementar ao SUS por meio de parcerias deve dar máxima concretude ao direito constitucional à saúde e, assim, proporcionar o desenvolvimento humano em sua integralidade.

2 SAÚDE, EXISTÊNCIA DIGNA E NOVAS TECNOLOGIAS

No século XX, ao passo em que houve a consagração do direito à saúde em tratados internacionais e em Constituições de diversos Estados, ocorreu importante avanço tanto no conhecimento científico quanto no custo da assistência à saúde. É que, ao contrário do que normalmente ocorre em outros setores, na saúde o avanço tecnológico não implica redução de custos. Isso se explica, em grande parte, pela própria fluidez do conceito de saúde hoje adotado, o qual, para alguns, refere-se muito mais a um objetivo a ser constantemente buscado do que uma condição previamente definida.

² AITH, Fernando; BUJDOSO, Yasmim; NASCIMENTO, Paulo Roberto do; DALLARI, Sueli Gandolfi. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.15, n.1, p. 10-39, mar./jun. 2014.

A saúde é atualmente entendida como um estado dinâmico do organismo humano que resulta da interação momentânea de fatores internos e externos. Não se trata de mera ausência de doença, mas da “completa condição de bem-estar físico, mental e social”. Esse é o conceito adotado em 26 de julho de 1946 pela Constituição da Organização Mundial da Saúde. Há, pois, um amplo espaço que vai desde a doença até o estado de saúde, o qual varia conforme o padrão genético e comportamental, aliado à condição econômica, social, ambiental e tecnológica em que determinada pessoa se encontra inserida. Como se referiu Moacyr Scliar, o conceito atual de saúde aproxima-se do conceito subjetivo de felicidade e configura antes uma “imagem-horizonte” do que um “alvo concreto”³.

Conforme Amartya Sen, a saúde está entre as mais importantes condições da vida humana, de modo que a saúde é insita à noção de justiça, configurando instrumento essencial para que todos possam desenvolver suas potencialidades⁴. Trata-se, portanto, de um direito condicionado e condicionante de outros direitos. Ao passo que a saúde é influenciada por questões culturais, ambientais, educacionais etc., a plena fruição de tais direitos depende de adequadas condições de saúde de cada indivíduo.

A ampliação na forma da prestação de serviços de saúde contribui para que as pessoas possam atingir um bem-estar mínimo e possam fazer livremente suas escolhas. Pois:

O fato de que a saúde é central em nosso bem-estar precisa ser enfatizado, bem como o reconhecimento igualmente básico de que as liberdades e possibilidades que somos capazes de exercer dependem de nossas realizações da saúde. O fato é que não somos capazes de fazer muita coisa se estamos incapacitados ou somos incessantemente atormentados pela doença, e podemos fazer de fato muito pouco se não estamos vivos⁵.

Ao logo da história, as condições de bem-estar, de felicidade e de capacidade de usufruir de outros direitos foram determinadas pela organização econômica e social do grupo e pelos meios científicos e técnicos disponíveis⁶. Pode-se dizer, nessa medida, que o pleno gozo de todos os direitos depende da condição de saúde de cada cidadão que, por sua vez, é dependente da tecnologia disponível em cada momento histórico.

Deve-se notar, de outro bordo, que na medicina o processo de difusão de novas tecnologias é bastante rápido, de modo que novas técnicas de tratamento são difundidas pelos diversos profissionais de forma acelerada. O avanço tecnológico ocorre tanto no diagnóstico quanto na prevenção e tratamento de enfermidades. No diagnóstico, a inovação torna possí-

³ SCLiar, Moacyr. **Do Mágico ao social**: trajetória da saúde pública. 2. ed. São Paulo: Senac, 2005. p. 94.

⁴ SEN, Amartya; KLIKSBerg, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Trad. Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 76.

⁵ SEN, Amartya; KLIKSBerg, Bernardo. Op. cit., p. 85.

⁶ ROSEN, George. **Da polícia médica à medicina social**. Trad. Ângela Loureiro. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 213.

vel tanto a detecção precoce de doenças quanto a visualização de distúrbios à saúde até então não considerados. O tratamento antecipado e por meio de novos procedimentos conduz a uma vida mais longa e à possibilidade de que outras doenças, outros métodos diagnósticos e outros tratamentos sejam criados e utilizados pelas pessoas. Daí dizer-se que cada cultura e cada época têm critérios próprios para distinguir o normal do patológico⁷.

Tal é a velocidade e a importância da tecnologia na saúde, que o processo de incorporação de novas tecnologias ao sistema público de saúde brasileiro encontra-se especificamente disciplinado pela Lei n. 12.401/11, que alterou a Lei Orgânica da Saúde – Lei n. 8.080/90. Tal ato normativo instituiu a Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias), encarregada de assessorar o Ministério da Saúde a decidir pela incorporação, a exclusão ou a alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos a serem disponibilizados pelo SUS. Nesse bordo, o Decreto federal n. 7.646/11 define tecnologias em saúde como os “medicamentos, produtos e procedimentos por meio dos quais a atenção e os cuidados com a saúde devam ser prestados à população, tais como vacinas, produtos para diagnóstico de uso *in vitro*, equipamentos, procedimentos técnicos, sistemas organizacionais, informacionais, educacionais e de suporte, programas e protocolos assistenciais”.

Uma vez incorporada uma nova tecnologia ao SUS, cumpre ao Poder Público disponibilizar seu uso aos cidadãos usuários do sistema, segundo as diretrizes do SUS, como a da universalidade, integralidade e gratuidade. Deve-se notar, contudo, que as novas tecnologias na área da saúde não são substitutas das antigas. Pelo contrário, são em sua maioria cumulativas, como se pode constatar no caso da utilização da ressonância magnética que não exclui a tomografia computadorizada nos testes de diagnóstico⁸. Dessa característica do setor de saúde decorre a conclusão de que a alta dos preços na medicina não decorre do encarecimento da medicina tradicional, mas do surgimento de novos tratamentos médicos⁹. Não por outro motivo, um dos critérios para a aprovação da incorporação de novas tecnologias ao SUS pela Conitec leva em conta a “avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar” (artigo 19-Q, § 2º, inciso II da Lei n. 8.080/90, com redação dada pela Lei n. 12.401/11). Tal critério, obviamente, não é absoluto e não pode impedir a incorporação de tecnologias dotadas de evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento, conforme também prevê a legislação em referência (artigo 19-Q, § 2º, inciso I).

⁷ SINGER, Paul; CAMPOS, Oswaldo; OLIVEIRA, Elizabeth. **Prevenir e curar: o controle social através dos serviços de saúde**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 69.

⁸ CASTRO, Maria Helena L. **A relação entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro: repensando o papel do estado**. 2006. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p. 7.

⁹ DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 433.

Nesse quadro, a equação para garantia estatal do direito à saúde é bastante complexa. Em primeiro lugar, é evidente a dependência da saúde em relação às novas tecnologias, cada vez mais caras. Em segundo lugar, são também evidentes as dificuldades financeiras do Estado brasileiro, em especial diante das recentes restrições no orçamento público, como aquela trazida pela Emenda Constitucional n. 95/2016. Tais fatores exigem formas de articulação e organização social que permitam e garantam o acesso à saúde, com a disponibilização universal de tratamentos com uso das novas tecnologias incorporadas ao SUS. Tais modelos envolvem, também, a participação privada, nos termos do artigo 199, §1º da Constituição Federal.

3 DIREITO À SAÚDE, DEVERES ESTATAIS E PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR

Enquanto a saúde é entendida, já há algum tempo, como um estado dinâmico do organismo humano que resulta da interação momentânea de fatores internos e externos, dependentes do estágio de desenvolvimento tecnológico em cada momento histórico, o direito à saúde possui conotação específica, definida pelo conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado país. Não por outro motivo, tem razão Sueli Gandolfi Dallari, ao afirmar que o direito de todos à saúde deve ser compreendido *dentro dos parâmetros impostos pela mais atualizada doutrina constitucional*¹⁰. Nesse plano, o direito à saúde pode ser visualizado sob dois prismas: como direito individual de não sofrer violação por parte do Estado ou de terceiros (direito individual de defesa); e como direito social de obter ações e serviços voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde (direito social a prestações)¹¹.

A Constituição brasileira trata do direito à saúde em diversos dispositivos, sendo arrolada no artigo 6º¹², dentre os direitos sociais, e especificada no artigo 196¹³. Além disso, para assegurar a concretização do direito à saúde de forma racionalizada, o ordenamento jurídico impõe ao Poder Público um conjunto de funções voltadas à organização e funcionamento do sistema público de saúde, denominado pelo artigo 198 da Constituição Federal de “sistema único de saúde – SUS”. Tais funções são denominadas de “ações e serviços públicos de saúde – ASPs”, das quais merecem destaque: a formulação de políticas públicas, o financiamento das atividades públicas e privadas, a regulação de todo o setor, a fiscalização das atividades que possam afetar a saúde das pessoas, e a prestação dos serviços de as-

¹⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. O conceito jurídico de saúde. In: _____. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 33.

¹¹ LOUREIRO, João Carlos S. G. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano**. v. 1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 674.

¹² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹³ 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.

sistência à saúde¹⁴. Tais atividades estão contidas nos incisos do artigo 200 da Constituição Federal, que relaciona, além das atividades assistenciais, um conjunto de outras ações e serviços a serem executados pelo Poder Público¹⁵.

Esse rol foi detalhado pela Lei Complementar n. 141/12, que especificou o conjunto de prestações que devem ser consideradas como ações e serviços para fins de cálculo do investimento mínimo constitucional em saúde. Portanto, os deveres estatais voltados à garantia do direito à saúde vão muito além da prestação de serviços de assistência à saúde, pois incluem atividades relacionadas ao poder de polícia, formulação de políticas públicas, regulação, e até mesmo orientação mediante campanhas educativas. Nesse caminho, o Supremo Tribunal Federal relacionou as seguintes determinações constitucionais voltadas à concretização do direito à saúde:

Para que se garanta a efetivação do direito à saúde, a Constituição Federal traçou, de forma detalhada, as funções do Estado, do seguinte modo: a) estabeleceu as diretrizes básicas da política de saúde a serem adotadas (art. 198 da CF); b) atribuiu a lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde (art. 198, §§ 1º, 2º e 3º da CF); c) determinou que a regulação, a fiscalização e o controle do setor sejam realizados nos termos da lei (art. 197 da CF); d) estabeleceu que é dever do Estado prestar serviços públicos de saúde, diretamente, ou indiretamente, mediante a participação complementar da iniciativa privada (cf. arts. 197 e 199, § 1º, da CF)¹⁶.

Todas essas atividades são influenciadas pelos avanços tecnológicos. Mas é na prestação de serviços à saúde da população que tal condicionamento revela-se mais intenso, como analisado no tópico acima. Nessa medida, é importante ressaltar a distinção conceitual adotada pela própria regulamentação do SUS acerca das atividades de “assistência à saúde” e das atividades de “atenção à saúde”. Segundo a Norma Operacional Básica do SUS n. 01/96, veiculada pela Portaria GM/MS n. 2.203/06, assistência à saúde corresponde à “prestação de atendimento individual ou coletivo em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar”. Já a atenção à saúde possui sentido amplo, incluindo intervenções ambientais

¹⁴ MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 35.

¹⁵ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**, 8 abr. 2016.

e políticas externas ao setor de saúde, que congregam todos os demais fatores externos que incidem sobre a saúde das pessoas, como as relativas a políticas macroeconômicas, emprego, habitação, educação, lazer e qualidade dos alimentos.

Enquanto a atenção à saúde é formada por uma série de providências estatais de diversa natureza, a assistência à saúde é prestada diretamente aos cidadãos, de modo a promover, proteger e recuperar sua saúde. Tal atuação é realizada por meio do atendimento individual ou coletivo e pode ocorrer em âmbito hospitalar, ambulatorial ou mesmo domiciliar. Na linguagem jurídica, a assistência à saúde prestada pelo Poder Público insere-se, assim, na noção jurídica de “serviço público”, definida por Celso Antônio Bandeira de Mello 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 normativo¹⁷.

Portanto, pode-se concluir que uma das formas de o Poder Público garantir o direito à saúde (atenção à saúde) corresponde à prestação de serviços públicos de saúde (assistência à saúde). É dessa segunda tarefa, mais específica, que trata especificamente o artigo 199 da Constituição Federal, que em seu parágrafo primeiro prevê a participação de entidades do terceiro setor no SUS¹⁸.

Nessa medida, deve-se assinalar que o SUS não foi concebido pela Constituição de 1988 como uma estrutura assistencial exclusivamente estatal. Isso porque os provedores de serviços públicos de saúde possuem natureza estatal e privada, com ou sem fins lucrativos, como explica Jairnilson Silva Paim:

Integram também o SUS os órgãos e instituições da chamada administração indireta, a exemplo das autarquias, fundações e empresas públicas. Assim, serviços e estabelecimentos de saúde vinculados à administração indireta poderiam gozar de maior autonomia de gestão, adequando-se melhor à natureza e às especificidades das ações de saúde. A iniciativa privada pode participar do SUS, em caráter complementar, mediante contrato regido pelo direito público. Nesse sentido, os serviços privados e filantrópicos contratados funcionam como se públicos fossem¹⁹.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 652.

¹⁸ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

¹⁹ PAIM, Jairnilson Silva et al. **O Que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 36.

Portanto, dentre os deveres estatais no setor de saúde, a prestação de serviços assistenciais, em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, ocorre tanto por meio da estrutura administrativa estatal quanto por meio de parcerias com o terceiro setor. Nos dois casos o atendimento ao cidadão deve respeitar as diretrizes do SUS e dispor das novas tecnologias incorporadas ao sistema.

4 PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR E A APLICAÇÃO DE RECURSOS PARA INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS AO SUS

Conforme previsto na Lei n. 4.320/67, que estabelece as Normas Gerais de Direito Financeiro, as transferências de recursos financeiros para o setor privado são despesas orçamentárias voltadas ao custeio, investimento ou cobertura de déficits de pessoas físicas ou jurídicas (com ou sem fins lucrativos), realizadas sem contraprestação direta em bens ou serviços. As transferências para o setor privado são classificadas em transferências correntes e transferências de capital. Deve-se notar que essa classificação, por ter como critério a categoria econômica da despesa, aplica-se tanto às transferências para o setor privado quanto para as transferências intergovernamentais.

Os requisitos gerais, bem como os requisitos específicos de cada modalidade de transferência, constam da legislação orçamentária de cada ente federativo, em especial da Lei de Diretrizes Orçamentárias, ou de lei específica. É dever do Poder Público observar tais exigências, tanto no processo de decisão pela celebração de uma parceria, quanto no processo de execução e fiscalização da avença.

Nessa medida, é importante consignar que a disciplina jurídica da atividade financeira do Estado é dada pelos artigos 165 a 169 da Constituição Federal, com regulamentação estabelecida por um conjunto de leis que pode ser assim sistematizado: (i) a já citada Lei federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, que trata de Normas Gerais de Direito Financeiro; (ii) o Decreto-lei n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional; (iii) a Lei Complementar federal n. 101, de 4 de maio de 200, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal; e (iv) leis orçamentárias de cada ente federativo (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual).

A Lei n. 4.320/64, ao tratar dos repasses públicos, classifica a despesa em despesa corrente e despesa de capital. A despesa corrente é classificada como despesa de custeio, quando voltada ao pagamento por serviços e obras de manutenção; e como transferência corrente, quando não corresponde à contraprestação direta em bens ou serviços. Já a despesa de capital é classificada como investimento, quando voltada a pagar pelo planejamento e a execução de obras, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente; como inversão financeira, quando voltada à aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização e à aquisição de capital de empresas; e como transferência de capital, nos casos em que o investimento ou a inversão financeira não tenha contraprestação direta em bens ou serviços.

Assim, conforme a legislação de regência, as transferências de capital são despesas orçamentárias voltadas a inversões financeiras (inclusive para aquisição de imóveis) ou a investimentos em obras, equipamentos e instalações. Podem ocorrer a título de auxílios, que são previstos e disciplinados diretamente na legislação orçamentária, e a título de contribuições de capital, previstas e disciplinadas em lei especial. Portanto, é lícito concluir que as parcerias envolvem o repasse de recursos públicos a entidades privadas, os quais independem de contraprestação específica e podem ser aplicados em despesas de custeio e despesas de capital, conforme previsão orçamentária específica.

No que toca à legislação específica de cada modalidade de parceria com o terceiro setor, a previsão de gastos necessários à prestação de serviços de assistência à saúde deve constar do Plano de Trabalho ou Programa de Trabalho integrante da avença. Esse é o documento que prevê o relacionamento entre os envolvidos, com o detalhamento das ações a serem prestadas, dos gastos envolvidos, dos prazos e metas a serem alcançadas. Além disso, o Plano de Trabalho deve conter padrões de desempenho e qualidade a serem alcançados pela entidade privada na execução de uma parceria com o terceiro setor. Não há impedimento, à luz da análise até o momento realizada, de que tal documento preveja investimento de recursos públicos na incorporação de novas tecnologias, com aquisição de equipamentos e construção de novas estruturas instrumentais e integralmente voltadas à prestação de serviços de saúde.

O tema é tratado de modo geral na legislação dos Convênios, dos Contratos de Gestão e dos Termos de Parceria. Já a Lei n. 13.019/14 que trata dos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação aborda o tema de modo bastante específico. Em todos os casos, como se verá, é permitido o investimento de recursos públicos em despesas relacionadas à incorporação de novas tecnologias, desde que haja previsão nos Planos de Trabalho.

Na legislação dos convênios, o tema é tratado pelo § 1º do artigo 116 da Lei n. 8.666/93, que prevê como requisitos do Plano de Trabalho a “identificação do objeto”, o “plano de aplicação dos recursos” e até mesmo a previsão de “obras ou serviços de engenharia”. Já a Lei das Organizações Sociais – Lei n. 9.637/98 – prevê que conste do Contrato de Gestão a especificação de um Programa de Trabalho (art. 7º, I) e exige que a entidade publique um regulamento para contratação de obras, serviços e compras (art. 17). De modo similar, a Lei das OSCIPs – Lei n. 9.790/99 – exige que a especificação do Programa de Trabalho junto ao Termo de Parceria, bem como prevê que a entidade edite um regulamento próprio para contratação de obras, serviços e compras com emprego de recursos públicos (art. 10, § 2º, I, e art. 14).

A questão central em tais modelos de ajuste reside, como se percebe, na previsão de gastos com incorporação de novas tecnologias, a qual deve ocorrer no Programa ou Plano de Trabalho elaborado quando da celebração do ajuste. Aquisição de equipamentos de alta tecnologia são necessários ao tratamento e devida prestação de diversos serviços

de assistência à saúde, de modo que sua previsão nas parcerias com o terceiro setor é absolutamente necessária.

Tal necessidade lógica, admitida em linha gerais pela legislação precedente foi detalhada pela Lei n. 13.019/14. Tal ato normativo também prevê que o Plano de Trabalho deve conter a previsão de receitas e de despesas a serem realizadas, bem como a forma de execução das atividades ou dos projetos (art. 22, II-A e III). Mas, para além disso, a nova lei prevê de modo expresso que poderão ser pagas com recursos vinculados à parceria despesas com “aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais” (art. 46, IV). Além disso, a Lei n. 13.019/14 dispõe que o instrumento de ajuste defina a titularidade dos bens que tenham sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública (art. 42). Tal disposição evidencia a possibilidade de aplicação de recursos públicos na incorporação de novas tecnologias, com aquisição de equipamentos e insumos para tanto.

Percebe-se, nesse contexto normativo, tanto do ponto de vista da legislação orçamentária quanto da legislação específica de cada modalidade de parceria com o terceiro setor na área da saúde, que não apenas é possível, mas necessária, em muitos casos, a aplicação de recursos públicos repassados pelo Estado na aquisição de equipamentos que permitam a incorporação de novas tecnologias no tratamento prestado pelo SUS por meio de entidades do terceiro setor. Não se trata, obviamente, de avenças que tenham como objeto a compra de equipamentos, mas que prevejam, para a efetiva prestação de serviços assistenciais à população, o uso de recursos públicos para sua obtenção em prol da melhoria e ampliação dos serviços disponibilizados pelo SUS.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gestão do sistema público de saúde brasileiro é competência exclusiva do Poder Público, que o faz por meio de uma série de órgãos estatais vinculados aos Ministério da Saúde. Tal tarefa envolve a coordenação de uma série de atividades, muitas das quais dependentes de tecnologia.

No caso dos serviços de assistência à saúde à população, cabe à gestão do SUS em cada unidade federativa, de modo coordenado estadual e nacionalmente, definir o rol de serviços a serem prestados em cada parcela do território nacional. Essa definição deve ocorrer à luz dos princípios da universalidade, integralidade e equidade.

Cada vez mais a noção de saúde, bem como a garantia do direito à saúde dependem de aparatos tecnológicos voltados tanto à manutenção do bem-estar quanto à prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças. O desenvolvimento humano tem como principal suporte a mais alta condição de saúde da população, que em sua imensa maioria depende de prestações estatais prestadas individualmente a cada cidadão.

A Constituição brasileira prevê que a assistência pública à saúde deve ser prestada por entidades estatais e privadas, tendo preferência, dentre estas, as filantrópicas e as sem fins lucrativos. Tal previsão foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que, conforme entendimento do STF, a questão central das parcerias na saúde consiste no respeito, pelas entidades privadas, dos princípios e diretrizes do SUS.

Assim como deve ocorrer na prestação estatal de serviços de assistência à saúde, a prestação privada também deve promover a incorporação de novas tecnologias aprovadas pelo Estado brasileiro.

Uma vez aprovados novos tratamentos, equipamentos e medicamentos, cumpre às entidades privadas parceiras do Poder Público, em todas as modalidades de ajuste que tenha como objeto a prestação de serviços de saúde (Convênio, Contrato de Gestão, Termo de Parceria, Termo de Colaboração e Termo de Fomento), fazer incluir em seus Planos ou Programas de Trabalho o investimento dos recursos públicos transferidos na incorporação dessas novas tecnologias, em especial através da compra de equipamentos e insumos. O limite para tal investimento encontra-se, obviamente, na regulamentação do tema no país, dada especialmente pela atuação da Conitec. Apenas assim será possível garantir, de modo universal e equânime, o direito à saúde e à existência digna no Estado brasileiro.

6 REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando; BUJDOSO, Yasmim; NASCIMENTO, Paulo Roberto do; e DALLARI, Sueli Gandolfi. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, mar./jun. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, 17 dez. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**, 8 abr. 2016.
- CASTRO, Maria Helena L. **A relação entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro: repensando o papel do estado**. 2006. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O conceito jurídico de saúde. In: _____. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.
- DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LOUREIRO, João Carlos S. G. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano**. v. 1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.
- MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. Artigo. *In*: OLIVEIRA, Gustavo H. Justino (coord.). **Terceiro setor, empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma de prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional n. 19/98. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 11, p. 8, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15 dez. 2016.

PAIM, Jairnilson Silva et al. **O Que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **As liberdades humanas como bases do desenvolvimento**: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen. (Texto para discussão). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2012.

ROSEN, George. **Da polícia médica à medicina social**. Trad. Ângela Loureiro. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: trajetória da saúde pública. 2. ed. São Paulo: Senac, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta; revisão Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Trad. Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SINGER, Paul; CAMPOS, Oswaldo; OLIVEIRA, Elizabeth. **Prevenir e curar**: o controle social através dos serviços de saúde. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

La Administración en jaque (apostillas sobre corrupción e institucionalidad) ¹

José Luis Said²

SUMARIO

I Capítulo primero; II Capítulo segundo; III Capítulo; IV Capítulo; V Capítulo; VI Capítulo; VII Capítulo; VIII Capítulo; IX Capítulo; X Capítulo; XI Capítulo; Referencias

I

El carácter *republicano* de la organización institucional del Estado en la Argentina, la matriz *democrática* del proceso político y el *derecho ciudadano* a una administración que opere con probidad y eficiencia, hablan en la Ley, en las opiniones de doctrina y en los dictámenes y sentencias con palabras que expresan valores (fundamentales, instrumentales) tales como “transparencia”, “eficiencia”, “eficacia”, “economía”, “legalidad”, “servicio”, “racionalidad”.

La opinión pública y publicada (interesada o no, no es relevante para esta cuestión) y las personas en la calle superponen otras voces al discurso oficial. Se escucha, entonces, hablar de “corrupción”, “ineficacia”, “descontrol”, “arbitrariedad”, “desgobierno”, “clientelismo”. Parece una réplica, desesperanzada de la letanía con la que habla el Poder y sus escribas.

¹ El presente artículo es una versión con supresiones y agregados del que fuera publicado en la Revista AGPS n. 4 – Año 2014, publicación institucional de la Auditoría General de la Provincia de Salta, República Argentina, luego ampliado para su publicación en Anuario De la Función Pública, Revista n. 1, Año, 1 (2015), Thomson Reuter, Perú, con el título CONTROL E INSTITUCIONALIDAD (ENTRE LA DEMOCRACIA, LA REPÚBLICA Y LOS DERECHOS HUMANOS). La nueva versión que ahora presento fue el texto de la exposición que brindé en el VIII Congreso de la Asociación de Derecho Público del Mercosur y VII Congreso Sulamericano do Direito Administrativo, realizado entre los días 1° y 3 de marzo de 2018, en Foz de Iguazú, República Federativa de Brasil.

² Secretario Académico de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Profesor Adjunto Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado de la Universidad Nacional del Litoral. Secretario Judicial del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios y Árbitro del Tribunal Arbitral en lo Laboral y Administrativo de la Comisión Administradora del Río de la Plata.

II

El punto de partida (que es también el de llegada) de estas reflexiones ha sido enunciado con toda claridad por Oscar Oszlak³:

“de una mejor o peor gestión pública depende la suerte misma de una sociedad, su mayor o menor nivel de desarrollo y bienestar social, el grado de equidad distributiva entre sus diferentes sectores y la gobernabilidad de sus instituciones”.

Gestión pública que los estados modernos llevan a cabo mediante la “burocracia”, maquina administrativa con la que los gobiernos hacen las tareas que están a su cargo, es decir: administrar la implementación de las políticas públicas.

Con cada cambio de gobierno se produce una suerte de matrimonio entre la burocracia ya existente y las nuevas autoridades. Siguiendo con la metáfora es posible afirmar que se “casan”, conciben “hijos” (nuevas instituciones), al punto que en la última transición presidencial en la Argentina (2015), se gestaron cinco (5) nuevos ministerios con su correlativa descendencia (secretarías y subsecretarías); otros no tienen espacio en la nueva “familia” y desaparecen con el nuevo matrimonio⁴.

Cada nuevo gobierno pretende que el aparato burocrático heredado sea compatible y se adapte a su proyecto político. Para ello, debe realizar ajustes. Pero ocurre que, como hace treinta y cinco años pusiera en evidencia Martín del Burgo y Marchand⁵, la Administración se ve asediada desde distintos frentes para condicionar la realización y el sentido de cualquier modificación que pueda afectar el desempeño de sus funciones. Las queja de ese autor eran, entonces, otras. La corrupción en la función pública no había alcanzado la gravedad y trascendencia que ahora presenta; o al menos, no constituía un tema de la agenda de juristas, administradores, científicos políticos, sociales o económicos, ni de los organismos internacionales multilaterales⁶.

No obstante, partiendo de ese autor y abriendo nuevos surcos resulta útil relevar los diferentes horizontes desde los que se acercan las tormentas que ponen en jaque a la Administración:

³ OSZLAK, Oscar. Gobierno Abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública. In: **Colección de documentos de trabajos sobre e-gobierno**. Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe, Red GEALC, n. 5, sep. 2013.

⁴ Oscar Oszlak en diálogo con José Nun y Mariana Heredia en el programa “Tenemos que hablar”, Radio Nacional Argentina, audición del 28 de agosto de 2017, podcast en <http://www.Radionacional.com.ar/estado>

⁵ MARCHAND, Martín del Burgo y. La Administración asediada. **Revista de Administración Pública**, n. 100-102, volumen I, Enero/Diciembre 1983. p. 805 y siguientes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

⁶ Winfried Hassemer explica: “Si nosotros nos preguntamos porque la corrupción ha aumentado tan vigorosamente y porque ha concitado mayor atención, precisamente en la actualidad, tenemos que admitir que ello se vincula con la economización de nuestra sociedad, con el quebrantamiento de normas sociales, con la pérdida de la decencia. Otras causas son el prestigio decaído del servicio público y una relación modificada de los políticos con las normas sociales”. HASSEMER, Winfried. Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción. **Revista Pena y Estado**, Año 1, n. 1, “Corrupción de los funcionarios públicos”, Editores del Puerto, 1996.

A) Desde la ley y la justicia

1) el legalismo extremo, que se expresa en el cuestionamiento que un sector de la doctrina y de la jurisprudencia (afortunadamente no se incluye allí a la Corte Suprema de Justicia de la Nación) formula contra la teoría que admite la subsanación en sede judicial de ciertas nulidades ocurridas en el procedimiento administrativo; en la aplicación del procedimiento como un rito cuasi-sacramental, en la determinación de parámetros de actuación incompatibles con las estructuras y recursos asignados a la gestión administrativa, entre otros;

2) Falta de cuadros expertos: la administración colonizada políticamente prescinde de los técnicos y profesionales que tienen el saber y la experticia requerida. Harold Laski señaló que “La Administración del Estado moderno supone un cometido técnico, y que aquellos que la comprenden y conocen son pocos, relativamente ...” “cualquier sistema de gobierno en sentido moderno supone un cuerpo de personas expertas que trabajan para la felicidad de las grandes masas de población que solo juzgan de la política por el beneficio de sus resultados”.

3) Judicialización de decisiones técnico administrativas, que se expresa en el abuso de la tutela cautelar que, sin elementos suficientes, posterga -sin reparar en su jerarquía legal- la presunción de legitimidad del acto que, en fase cautelar, debe ser reconocida por los jueces a favor de lo decidido por la Administración; exacerbación del espíritu legalista, estrecho, esterilizante.

4) El Derecho Administrativo contemplado desde la “perspectiva patológica del proceso judicial”, que examina la Administración como un aparato dispuesto para la arbitrariedad y la injusticia. En los procesos judiciales no hay término medio: validez o nulidad.

5) Estrangulamiento a las atribuciones discrecionales, nada queda en pie que no sea judicialmente revisable si se admite el confornte de cada elemento de la actividad administrativa no sólo con la ley sino también con los principios generales (expresos, implícitos, positivos, metafísicos, etcétera)

B) Desde la política

6) La conducción política impone su ideología a la Administración, es una fuerza extrínseca que proviene del poder político. El cuerpo es administrativo pero la cabeza es política. La sujeción de la Administración a la Política es manifiesta. Lo que no siempre se verifica es la sumisión de la Política al Interés Público constitucionalmente determinado; la “razón de estado” y su antecesora doctrina de los “arcana” todavía son la secreta justificación de actuaciones que el Gobierno vehiculiza a través de la Administración. Así, como en todo injerto, a veces se produce el rechazo o un fruto híbrido que no es el esperado.

C) Desde la Burocracia

7) Apropiación del Poder del Estado por la burocracia, mediante la configuración de oligarquías estatales tecnocráticas, que superponen sus intereses y proyectos a los que la conducción política pretende establecer. Es visible la reiterada paralización del inicio del período lectivo en gran parte de las provincias argentinas, mediante una utilización radicalizada de herramientas constitucionales para el conflicto sindical, que afecta notablemente el logro de objetivos de calidad en la escuela pública.

9) Tendencia a la autoexpansión, una mayor burocracia que insume mayor presupuesto.

D) Desde la sociedad

10) Grupos de presión sectoriales que pretenden configurar sus intereses como intereses públicos y encomendarle a la Administración su gestión y desarrollo.

11) Grupos de intereses lícitos e ilícitos, públicos y secretos; altruistas y egoístas (captación del regulador, determinación de la agenda pública fuera de los espacios de debate representativo, cartelización de la contratación pública, etcétera).

El asedio al que se somete a la estructura administrativa del Estado es fácil de comprender: ella cuenta con la posibilidad de obtener recursos, de distribuirlos y de proveer los servicios públicos y sociales y las funciones básicas del Estado, que son los espacios en los que la corrupción puede encontrar el suelo para arraigarse y los funcionarios para corromperse.

Y, en paralelo, la ineficacia en la atención de ciertos bienes públicos fundamentales (salud, educación, seguridad, cultura, recreación, entre otros) genera el terreno fértil para la mercantilización privada de esos bienes. Es que el Estado interviene en la distribución y redistribución del producto social cuando actúa y cuando deja de hacerlo, deliberada o negligentemente. Sólo una lectura ingenua o malintencionada puede no percibir la enorme implicancia socio-económica de la mala gestión de los administradores públicos⁷.

IV

El control de la legalidad del obrar de la Administración y de su gestión se volvió, así, una *conditio sine qua non* para que la gestión de la *res pública* sirva al pueblo en sus necesidades e intereses, y abra las chances del desarrollo y la reversión de los niveles de injusticia. Bien enseña el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción que ella

⁷ "Eficiencia, efectividad y eficacia son conceptos fundamentales si existe la pretensión de contribuir al desarrollo económico y social de una nación", Marcia Carla Pereira Ribeiro y Cristiane Schwanka. Eficiência e gestão: do agir ao controle na atividade interventiva econômica estatal. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Público no Mercosul**. Brasil: Fórum, 2013. traducción personal.

“socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como el desarrollo integral de los pueblos”. En esas palabras se asumen los distintos núcleos que son, usualmente, abordados al considerar esta forma generalizada de gestión pública: la dimensión *moral*, la dimensión *política* y la dimensión *económica*⁸.

Me interesa poner en primer plano la reflexión lacerante de Ernesto Garzón Valdez referida a que la falta de probidad de los funcionarios pone en debate el problema capital de la lealtad democrática⁹. Debe ser remarcado, la proliferación de las actividades corruptas indica la existencia de un problema de una envergadura mayor y más profunda, a saber: *la tendencia a sustituir el ideal democrático de cooperación por formas de competencia y de imposición de los propios intereses que contradicen radicalmente ese ideal*.

El problema no es nuevo, sí, quizás su envergadura. El Antiguo Testamento da cuenta de esa circunstancia. Pueden leerse diversas citas que fustigan el soborno y ensalzan la probidad. Así: *“Porque estéril es la compañía de los impíos, y el fuego consume las tiendas del corrupto”* (Job 15:34); *“Perturba su casa el que tiene ganancias ilícitas, pero el que aborrece el soborno, vivirá”* (Proverbios 15:27); *“El que anda en justicia y habla con sinceridad, el que rehúsa la ganancia injusta, y se sacude las manos para que no retengan soborno...”* (Isaías 33:15).

El mismo Decálogo (que aparece en dos ocasiones en el Antiguo Testamento, en los libros del Éxodo y en el Deuteronomio), dos de los mandamientos resulten aplicables a la temática de la corrupción en la función pública: *“No hurtarás”* y *“No codiciarás (...) cosa alguna de tu prójimo”* (Éxodo 20: 15-17; y Deuteronomio 5:19-21).

En definitiva, en la Biblia Hebrea el mandato ético expresa *“Y no aceptarás soborno, porque el soborno ciega al de vista clara y pervierte las palabras del justo”* (Éxodo 23:8).

José Nun¹⁰ pone el acento en que la corrupción indica la existencia de un mercado ilegal de tipo especial. Alude a quienes usan la posición que ocupan para obtener beneficios ilegales. En el caso más general de “dáviva” o “soborno” hay un corrupto y un corruptor. En él, el corrupto cumple una función pública, que pretende usar de modo desleal, y el corruptor tiene los recursos. Se ha planteado históricamente un debate muy interesante en relación a quién es el responsable primordial. El análisis de la situación exhibe que el corrupto tiene dos poderes: a) el poder de decisión, y b) el poder de venta; y el corruptor, uno: c) el poder de compra. Esta situación fue valorada en forma diferente en la Antigua Roma y en la tradición judeo-cristiana. En Roma, se aplicaba pena de muerte al corrupto, no al corruptor, por el doble poder de decisión que él disponía¹¹. En las religiones del Libro, el corruptor era visto

⁸ Revista Pena y Estado, n. 1 *“Corrupción de los funcionarios públicos”*, citada en nota 6, contiene trabajos que asumen las distintas líneas de abordaje del problema que se desprenden de la convención.

⁹ VALDÉS, Ernesto Garzón. Acerca de la calificación moral de la corrupción – tan sólo una propuesta. **Isonomía**, n. 21, oct. 2004

¹⁰ José Nun, programa “Tenemos que hablar”, Radio Nacional Argentina, audición del 26 de junio de 2017, podcast en <http://www.Radionacional.com.ar/de-que-hablamos-cuando-hablamos-de-corrupción-2>

¹¹ “El año 149 a.C. por una ley Calpurnia, propuesta por el tribuno Calpurnio Pisón, se regula el crimen de *repetundis* o *repetundarum*, así denominado porque se sancionaba al magistrado concusionario con la devolución de lo

como un enviado de Satanás que se aprovechaba de la naturaleza humana debilitada por el pecado original.

Debe efectuarse una distinción entre las formas de la corrupción y la cleptocracia. Esta supone una corrupción organizada desde la cúpula del Gobierno, la “alta cleptocracia”¹², carente de reglas firmes para permitir un enorme discrecionalidad (arbitrariedad) al funcionario; y la “baja cleptocracia” que corresponde a los funcionarios de menor jerarquía, que aprovechan la proliferación de normas y regulaciones que les permite pedir sobornos para conceder los permisos requeridos por el enjambre regulatorio.

V

Otra de las caras de este poliedro muestra cómo la corrupción y la mala gestión afrontan en forma directa los derechos humanos. Hay un consenso generalizado en cuanto a que la corrupción es un problema serio para las sociedades. A tal punto que la Organización de las Naciones Unidas ha tomado el problema de la corrupción en la función pública como un problema global. Y lo ha enmarcado como un crimen que impacta en los derechos humanos de las personas y de los pueblos. Aunque el cuadro de situación es dramático —y pretende vanamente ocultarse tras la jocosidad del sainete— una publicación electrónica de la ONU dedicada específicamente a la corrupción (denominada “Track”) aporta una mirada optimista, condicionalmente optimista, al exponer que

La buena noticia es que parece existir una correlación inversa entre la democracia y la corrupción; instituciones democráticas fuertes y robustas resultan en la disminución de la corrupción en todo el sistema. El papel de las instituciones democráticas sólidas, incluido un poder judicial independiente y una prensa independiente, junto con la participación política activa, es crucial para la lucha contra la corrupción¹³.

En “las instituciones” parece cifrarse la clave de bóveda de la arquitectura del Estado de Derecho y la República y la posibilidad de abordar el control de la Administración.

Pero no es fácil, en estos tiempos anómicos, persuadir a la sociedad y los gobernantes sobre la necesidad de apoyar la praxis del poder estatal en las instituciones; al menos, convencer que las instituciones de la democracia republicana pueden limitar y ordenar el

injustamente percibido o de su valor [...] Con posterioridad, **se consideró reo de dicho crimen no sólo al magistrado que hubiere realizado la exacción indebida**, sino también a cualquier ciudadano que hubiere facilitado su actuación”, Antonio Fernández de Buján, “Derecho Público Romano”, Civitas-Thomson Reuters, Decimotercera edición, 201, España, pág. 242 (negritas agregadas).

¹² La historia de Latinoamérica de los siglos XX y XXI muestra que los presidentes de varios países consideraron que los sectores público y privado eran sus feudos personales, que se caracterizaban por la falta de reglas, lo que les permitía (y aun permite) hacer y deshacer a voluntad.

¹³ Traducción personal del inglés; www.track.unodc.org/CorruptionThemes/Pages/home.aspx.

ejercicio del poder de la Administración, y de su conducción política. Ernesto Laclau, un pensador que ha guiado la comprensión política del anterior gobierno nacional, ha señalado

*que las instituciones no son nunca instituciones neutrales. Las instituciones son una cristalización de la relación de fuerza entre las mismas. Por tanto, todo proceso de cambio radical de la sociedad, como el que estamos viviendo en nuestro país, en el que nuevas fuerzas sociales empiezan a actuar en la arena histórica, necesariamente va a chocar en varios puntos **con el odio institucional** emergente¹⁴.*

Remarco “el odio”, esa asignación a constructos teóricos —la institución de que se trate— de una pasión puramente humana, demasiado humana. Y en esa tarea de demoler instituciones Laclau afirmaba que el parlamentarismo no garantiza la democracia. Poco después, Tomás Abraham respondió con una severa observación: “*La libertad sólo puede ser garantizada por la ley y la autoridad [...] si no fuera por las instituciones y sus normas, la sociedad estaría a merced de las armas y del dinero, las dos fuentes de la dominación*”¹⁵.

Conviene que recordemos que el valor y el acento en las “instituciones” como mecanismo estabilizador de la democracia es uno de los legados fundamentales de la Grecia antigua a las sociedades modernas. Philippe Raynaud explica:

El problema común de la democracia y de la filosofía es la auto-limitación de la libertad y la razón, que debe fijar límites a la actividad instituyente o al cuestionamiento sin recrear, pese a ello, una clausura que niegue la capacidad creadora de los hombres. La democracia va a buscar la solución a ese problema en sus instituciones, que introducen un mínimo de distancia entre la Ciudad y los ciudadanos sin recrear una división asimétrica entre dominantes y dominados ni establecer un ‘Estado’ radicalmente separado de la ‘sociedad’ [...]”¹⁶.

La racionalidad de un poder enmarcado por instituciones, que legitimen y condicionen el ejercicio de las potestades administrativas, se impone como condición para que la vida social —en las que las personas integran sus esperanzas, expectativas, intereses y derechos— no se aleje del Estado de Derecho. Estado de Derecho que en cuanto se refiere a la acción de la Administración Pública, puede ser enunciado con una fórmula sumamente expresiva: *Estado de las elecciones administrativas legítimas*, al decir de Juárez Freitas¹⁷.

¹⁴ LACLAU, Ernesto. El constitucionalismo busca mantener el poder conservador. *Diario Perfil*, 14 de octubre de 2012

¹⁵ ABRAHAM, Tomás. *Democracia armada, o la política como una forma de la guerra*. *Diario Perfil*, del 20 de octubre de 2012.

¹⁶ Autor citado en: Castoriadis y el legado griego. *In: Seminarios de Cornelius Castoriadis. La ciudad y las leyes*. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2012.

¹⁷ Autor citado en: *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. Brasil: Malheiros, 2007. traducción personal.

José Nun¹⁸ pone de resalto que las instituciones no son solo un sistema de reglas o acto de valores, de ideas y de normas a través de prácticas.

Ahora, estas instituciones y prácticas pueden ser concebidas en su actuar como una especie de lenguaje objetivo que habla la sociedad, lenguaje sin palabras, con acciones. El punto fundamental, señala Nun, es si estas acciones, si este lenguaje objetivo es reconocido – aceptado, valorado- como tal por la población.

Es decir: si la población confía o no en sus instituciones. Cuanto menos confíe más se va a replegar y menos apoyo tendrá el Poder Legislativo para generar políticas públicas y el Poder Ejecutivo y la Administración para concretarlas.

El punto crucial para desmontar la corrupción como praxis social y estatal es lograr generar confianza en las instituciones, con prácticas que vayan en consonancia con la propuesta de valores que cada institución pretende encarnar.

VI

Un requisito básico para que la Administración se mantenga en el quicio constitucional es que los gobernantes y administradores conozcan cuáles son los límites entre lo políticamente discernible y lo jurídicamente indiscernible (se juega allí, ni más ni menos, que la diferencia entre licitud e ilicitud; entre el mérito político y el reproche ético-jurídico) de su actuación; y deban responder por sus acciones y por los resultados de su gestión.

Nuestra débil práctica ciudadana sumada a mecanismos de concentración en pocas manos (funcionarios, por cierto) de la legitimación para demandar el control del Estado, por lo general deja afuera de la acción ciudadana la vigilancia de la legalidad y eficacia y eficiencia de los procesos y resultados de la actividad estatal y de la utilización de los dineros públicos.

Aunque los procesos constituyentes provinciales y nacional postdictatoriales y las normas inferiores y jurisprudencia fueron incorporando mecanismos novedosos de participación y control ciudadano de ciertas decisiones (audiencias públicas, elaboración participativa de normas, integración de asociaciones representativas de usuarios en los órganos de regulación de servicios públicos, acciones populares y de clases, etcétera), y sin desconocer que existen en la sociedad civil instituciones que se orientan a controlar el uso de los recursos, *el afianzamiento de las instituciones sigue siendo el canal constitucionalmente establecido para garantizar que la Administración intervenga con la mirada puesta en el interés público fundamental: la vida digna de los habitantes, el desarrollo compatible con la preservación ambiental y el uso racional de los recursos públicos (materiales y humanos).*

¹⁸ Podcast citado en nota 4.

VII

Hace unos años, examiné en unas Jornadas de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo las máximas de Ulpiano sobre el Derecho. Me pareció interesante considerar si aquellas tres clásicas sentencias —*vivir honestamente, no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo*— podían mantener algún interés para guiar o juzgar el Derecho Administrativo y para la Administración Pública contemporánea. Luego de concluir que sí, y de señalar las derivaciones de cada principio, consideré prudente formular una advertencia que es tanto metodológica como ética: los tres principios operan en conjunto.

Dije entonces y repito ahora:

No es correcto utilizar disyuntivamente uno o un par de ellos y prescindir del otro u otros en una situación concreta. La actividad estatal debería preguntarse, siempre, si cada acción es una acción honesta, si daña injustamente a alguien y si da lo que corresponde a quien le corresponda. Sólo cuando la respuesta sea satisfactoria en esos tres planos estará legitimada (es sabido que en cierta ocasiones el Estado debe producir legítimos daños individuales en beneficio de intereses públicos superiores; en tales casos, cuando se presentan los presupuestos de la reparación por actividad lícita, “dar a cada uno lo suyo” reequilibra la prohibición de “dañar a otro”). La ruptura de esa fantástica maqueta institucional y social formulada en tres piezas por Ulpiano ha prohijado expresiones que exhiben la degrada praxis política, jurídica y administrativa nuestra, como por ejemplo: “roban, pero hacen”, “son honestos, pero no hacen nada”¹⁹.

Los valores de la gestión se deben apoyar en la legalidad de la acción administrativa y sus procedimientos de actuación. No es posible escindirlos.

VIII

El creciente incremento de órganos, entes, sujetos públicos y privados que acceden a financiamiento con recursos públicos, la tendencia a dotar de potestades discrecionales a los estipendiarios, dificulta el control que los órganos de control pueden llevar adelante; tanto por su complejidad como por su volumen. En paralelo, el proceso de responsabilización de los funcionarios se torna más complejo.

IX

Parte de las dificultades pueden ser explicadas a partir de la mutación de la función de los parlamentos en el siglo XX, fundamentalmente en cuanto a la tarea de concretar en

¹⁹ José Luis Said, *La vigencia de Ulpiano (o la Administración frente al honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere)*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, n. 408, Argentina, 2012

las leyes mandatos precisos de actuación para la Administración. Alberto A. Spota²⁰ ha explicado que

los Parlamentos y los Congresos comienzan a ser visualizados por todos los pueblos, como el ágora o foro donde se debaten las grandes líneas de conducción y se deciden los cursos generales de acción de la comunidad, más que como hacedores exclusivos de la ley en sentido material [...] De modo que la función actual de los Parlamentos y los Congresos, no aparece como antaño relacionada tan directamente con el debate de proyectos de leyes y su formación; sino más bien como el desgrane, análisis, discusión de los problemas y conflictos, y de su resolución mediante la toma de decisiones trascendentes en orden a superarlos; pero también como el lugar donde se toman las decisiones relativas a las grandes líneas de conducción ordenadas al futuro.

La administración, despegada de claros, precisos y concretos mandatos, se encuentra frente un espacio discrecional mayor.

La cuestión aparece, según la explicación de Luciano Parejo Alfonso, del siguiente modo:

[...] desde la perspectiva de la Administración el Derecho acota el ámbito de las alternativas decisionales válidas, es decir, en principio y primariamente delimita negativamente la decisión que aquélla puede tomar. Consecuentemente, cuanto más genéricas e imprecisas sean las reglas de Derecho aplicables, tanto más amplio será el abanico de alternativas decisionales válidas y tanto menor será la efectiva y positiva dirección o programación normativo jurídica de la elección entre estas [...].²¹

Este proceso de conversión de la función legislativa en algo menos preciso que hacer la ley en el sentido de programación normativa de las decisiones fijada por el órgano parlamentario, trajo aparejado que el principio de legalidad se vaciara de contenido, y que la vinculación de la Administración con la Ley no indique ya la conducta a desarrollar por la Administración, sino sólo la atribución de competencia y potestades discrecionales para instrumentar el curso político señalado por el Congreso. La discrecionalidad legislativa para concretar la Constitución se transfiere al Poder Ejecutivo y el control de las funciones de la Administración se debilita seriamente al quedar acotado a los aspectos de legalidad del acto administrativo.

²⁰ Ponencia presentada por el autor en el IX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional denominada: La delegación legislativa en el Ejecutivo y el cambio de rol de los Parlamentos y Congresos (en la vida política de los pueblos de Occidente, en el siglo XX). Ensayo. **Boletín Informativo de la A. A. D. C.**, enero de 1990.

²¹ Autor citado: *Crisis y Renovación en el Derecho Público*. **Cuadernos y Debates**, n. 30 del Centro de Estudios Constitucionales; *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. **Tecnos**, especialmente en la extensa nota 20.

No obstante, un adecuado diseño de la función de control no puede dejar fuera un enorme espectro de cuestiones que no debería quedar ajenas a la mirada de los órganos de vigilancia. Luigi Ferrajoli ha enseñado que “*los controles políticos -más allá de su ineficacia en nuestro país- alcanzan lo que en la administración política y administrativa es lícito y decidible, mientras que al control judicial concierne en ella lo que es ilícito e indecible.*”²².

No basta con verificar si concurre una norma habilitante y si ésta confiere una potestad discrecional. Habrá que avanzar sobre los pantanosos territorios de la “oportunidad, mérito y conveniencia” para someter la decisión al escrutinio de las celosas herramientas desarrolladas para acotar o encauzar la discrecionalidad: separación de lo que constituya un estándar jurídico indeterminado, control de los elementos reglados, de los hechos determinantes, de la motivación y de la finalidad; ejercicio del control no sólo de cara a la ley sino también frente a los principios generales del derecho, y alguna otra más que omito en este rápido repaso.

En su magnífico ensayo, Juan Igartua Salaverría²³ expone las preguntas fundamentales para repensar el alcance del par “legalidad-discrecionalidad”, que nos ilustran sobre las múltiples posibilidades de desarrollo del control de la Administración. Dice el autor:

Como se sabe, el principio de legalidad entronizó a la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en principio, no es oponible ningún otro derecho, cualquiera que sea su forma y fundamento {5}. El radio de acción de este principio cubre, por tanto, espacios más amplios que el meramente administrativo. Sin embargo, en la Europa continental, el principio de legalidad ha nacido, se ha afianzado y ha evolucionado según marchaban las relaciones entre la Ley y los poderes del Ejecutivo-Administración {6}. Tan es así, que la misma locución «discrecionalidad» sólo es concebible en el marco de ese principio. Es decir, la «discrecionalidad» está -conceptual y lógicamente- conectada con la «legalidad». En efecto, la actividad «discrecional» se define como tal porque encuentra en la ley un límite (relativo al fin, a la competencia, al procedimiento [...]). De lo contrario, se llamaría «libre» {7}. / Si bien el principio de legalidad sigue alumbrando discusiones bien surtidas (sobre la identificación de su fundamento, la determinación de sus contenidos, su incidencia en los diferentes ámbitos de la actividad administrativa, etc.) {8}, me contentaré con cargar el acento sobre dos preguntas, más básicas imposible. A ver. Si decimos que «legalidad» significa conformidad con la ley: ¿qué se entiende por «ley»? y ¿en qué consiste la «conformidad» con la ley?

X

La mayor discrecionalidad no puede constituirse en un recurso para eximir de control (y de responsabilidad) a los funcionarios administradores. La eficacia de la gestión tampoco.

²² Autor citado, en: **Revista Pena y Estado**, Año 1, citada en nota 5.

²³ SALAVERRÍA, Juan Igartua. Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa, en Civitas. **Revista Española de Derecho Administrativo**, números 1-100, edición en CD.

Si la reforma constitucional en materia de ética pública algún sentido tiene es, precisamente, reducir los núcleos de impunidad y hacer operativa la responsabilidad de los gobernantes y administradores.

Parto de una noción de “democracia constitucional” que asume las instituciones como modo de estabilizar los dinámicos procesos de creación, distribución y control de los poderes que se asignan a los actores involucrados en las distintas prácticas que la constituyen. La garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales, exige el control de todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados.

En el Estado constitucional la Administración no es un espacio libre de la Ética pública ni desapegado del Derecho del Estado. La Administración Pública no tiene poderes y potestades que no estén fundados en el contrato social. Es por ello que la Constitución coloca a la Administración al servicio de las personas, y le encomienda cumplir sus ideales orientados a favor de la dignidad del hombre, la democracia y la república.

La pregunta relativa a las estructuras y a las funciones del control es también una pregunta sobre la correcta comprensión de la Constitución; ya que la posición de los organismos y procedimientos de control de la Administración se expresan en relación con otros valores constitucionales como la dignidad del hombre, la libertad individual, los límites a los abusos, la justicia, el bienestar general, la democracia, la ciudadanía, etcétera. Cualquier respuesta teórica, normativa o procedimental que incremente el riesgo de que los recursos puestos a disposición de los funcionarios puedan ser mal aplicados, se aleja de la Constitución y de la cultura democrática e institucionalista que pretende erradicar la ineficacia y la corrupción, en tanto crímenes contra los derechos humanos de los pueblos y de los hombres.

XI

Hamlet, el príncipe burlado, el soberano sin poder, proclama la injusticia, la deshonra de su época con la insuperable belleza que Shakespeare pudo crear: “¿Quién aguantaría los ultrajes y desdenes del mundo, la injuria del opresor, la afrenta del soberbio [...] las tardanzas de la justicia, las insolencias del poder y las vejaciones que el paciente mérito recibe del hombre indigno [...]”.

Y sus palabras siguen repitiéndose con lamentable actualidad en nuestra voz de pueblo soberano.

REFERENCIAS

ABRAHAM, Tomás. Democracia armada, o la política como una forma de la guerra. **Diario Perfil**, 20 oct. 2012.

BUJÁN, Antonio Fernández de. **Derecho público romano**. 13. ed. España: Civitas; Thomson Reuters, 2010.

CORRUPTION themes. **Track**, Unodc, s.d. Disponible: www.track.unodc.org/CorruptionThemes/Pages/home.aspx. Acceso en: 4 ago. 2019. (Traducción personal del inglés).

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. Brasil: Malheiros, 2007. (Traducción personal).

HASSEMER, Winfried. Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción. **Revista Pena y Estado**, "Corrupción de los funcionarios públicos", Editores del Puerto, año 1, n. 1, 1996.

LACLAU, Ernesto. El constitucionalismo busca mantener el poder conservador. **Diario Perfil**, 14 oct. 2012

MARCHAND, Martín del Burgo y. La administración asediada. **Revista de Administración Pública**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, v. I, n. 100-102, ene./dic. 1983.

OSZLAK, Oscar. **Gobierno abierto**: hacia un nuevo paradigma de gestión pública. S.I.: Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe (Red GEALC), sep. 2013. (Colección de documentos de trabajos sobre e-gobierno n. 5).

PAREJO ALFONSO, Luciano José. Crisis y Renovación en el Derecho Público. **Cuadernos y Debates**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n. 30, 1991.

_____. **Administrar y juzgar**: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Tecnos, 1993.

PROGRAMA 11. [Locução de]: José Nun. S.I.: Tenemos que hablar, Radio Nacional Argentina, 26 jun. 2017. **Podcast**. Disponible: <<http://www.Radionacional.com.ar/de-que-hablamos-cuando-hablamos-de-corrupción-2>>. Acceso en: 3 ago. 2019.

PROGRAMA 20: Estado. Entrevistadores: José Nun y Mariana Heredia. Entrevistado: Oscar Oszlak. S.I.: Tenemos que hablar, Radio Nacional Argentina, 28 ago. 2017 **Podcast**. Disponible: <<http://www.radionacional.com.ar/estado>>. Acceso en: 3 ago. 2019.

REVISTA PENA Y ESTADO, "Corrupción de los funcionarios públicos", Editores del Puerto, año 1, n. 1, 1996.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SCHWANKA, Cristiane. Eficiência e gestão: do agir ao controle na atividade interventiva econômica estatal. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito público no Mercosul**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Traducción personal.

SAID, José Luis. La vigencia de Ulpiano (o la Administración frente al honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere). **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Argentina, n. 408, 2012.

_____. La delegación legislativa en el Ejecutivo y el cambio de rol de los Parlamentos y Congresos (en la vida política de los pueblos de Occidente, en el siglo XX). Ensayo. **Boletín Informativo de la A. A. D. C.**, ene. 1990

SALAVERRÍA, Juan Igartua. Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 92, p. 535-554, 1996 Edición en CD.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Acerca de la calificación moral de la corrupción – tan sólo una propuesta. **Isonomía**, n. 21, oct. 2004

Fundamentos para uma gestão pública das cidades: a necessidade de coerência com a funcionalidade sócio jurídica prometida

Lígia Maria Melo de Casimiro¹

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Mais uma vez o destaque sobre o fenômeno da urbanização; 3 Gestão pública democrática: governança e direito à cidade sustentável; 4 A título de considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A funcionalidade social da cidade foi listada na década de 1930, apresentada após o Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (Ciam), em Atenas, e a partir do pensamento de Le Corbusier ganhou dimensão ocidental. No entanto a significativa contribuição feita por Max Weber, que ocorreu em momento anterior, corroborando com o entendimento de que a funcionalidade urbana estaria vinculada à perspectiva econômica capitalista, que tem o espaço da cidade, fragmentado por conta de distintos processos de ocupação e agentes sociais, com tudo estando vinculado a uma matriz de funcionalidade econômica, financeira e social². O sociólogo reforçou que indústria e comércio, marcas que diferenciam o urbano do rural, são as principais formas de que seus habitantes tem de garantir dignidade e subsistência, indicando funções urbanas que identificam, na perspectiva sociológica, como a cidade poderá prover desenvolvimento³.

Embora as cidades devam ser funcionais para responder às expectativas de seus habitantes, elas não são construídas em contextos e territórios idênticos, o que faz da padronização de normas gerais, em especial no Brasil, um instrumento para dificultar a (re) organização dos espaços que têm na diferença de classes, historicamente, as marcas da desigualdade urbana⁴. A função pública de urbanizar é determinante para garantir adequação dos espaços de forma a permitirem ocupação e uso equânime,

¹ Doutora pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora adjunta de Direito Administrativo da Universidade Federal do Ceará.

² VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria. **A cidade contemporânea: segregação espacial**. São Paulo: Contexto, 2016. p. 7-8.

³ WEBER, M. **La ciudad**. Madri: La Piqueta, 1987. p. 4.

⁴ ROLNIK, Raquel. **O que é cidade?** São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 27-31.

Esse trabalho se propõe a provocar reflexões sobre a construção dessa funcionalidade, social e jurídica, levando em consideração as demandas da população ao lado dos interesses econômicos que conduzem a ação do Poder Público, o qual, por sua vez, tem o dever de perseguir o ideal delimitado no texto constitucional. O texto segue uma linha de análise teórica, apresentando alguns dados coletados por institutos de pesquisa, demonstrando a necessidade de um diálogo mais aproximado entre a previsão normativa e as ações públicas e privadas pela promoção do direito à cidade sustentável e funcional.

2 MAIS UMA VEZ O DESTAQUE SOBRE O FENÔMENO DA URBANIZAÇÃO

No Brasil, segundo censo do IBGE, de 2010, 160,9 milhões de brasileiros habitam em cidades em um tipo de urbanização que já apresenta uma silhueta metropolitana. Pela dimensão de ocupação, representam o local de busca e realização, ainda que proporcionalmente precária, das necessidades básicas que suportam a vida dos cidadãos desse país⁵.

A urbanização é um fenômeno cingido por variáveis sociológicas, históricas e econômicas em que as cidades se constituem em centros de poder se organizando espacialmente de acordo com suas funções, tendo a economia como fator preponderante⁶. Tal análise tem sido feita por especialistas que comparam a evolução urbana em países industrializados e em industrialização, levando em consideração processos de desenvolvimento e subdesenvolvimento como ações que se retroalimentam sendo causa e consequência um do outro⁷.

Também é preciso destacar que o processo de urbanização na América Latina se deu de maneira diversa de outras partes do mundo, na qual a dominação exercida pelos países colonizadores definiu, em boa medida, as funções que as cidades latino-americanas desempenhariam na vida de seus habitantes em face do estímulo à explosão demográfica sem o amparo fundamental às suas demandas⁸.

A complexidade presente na ocupação do território urbano impõe um olhar crítico sobre a cidade e o que ela representa para a sociedade contemporânea. Ao destacar-se a questão urbana a partir da expressão território, chama-se a atenção para o mosaico que é a cidade, uma junção de espaços localizados sobre uma definição geográfica⁹, aglomerando

⁵ IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório brasileiro para o Habitat III**. Brasília: Concidades; Ipea, 2016. p. 23.

⁶ SANTOS, Milton. **Ensaio sobre a Urbanização Latino-americana**. São Paulo: Edusp, 2010. p. 9-11.

⁷ SANTOS, Milton. **A urbanização desigual**: a especificidade do fenômeno urbano em países subdesenvolvidos. Petrópolis: Vozes, 1982. p. 15

⁸ SANTOS, Milton. **Ensaio sobre a Urbanização Latino-americana**. São Paulo: Edusp, 2010. p. 13-14.

⁹ SANTOS, Milton. O Território e o Saber Local: algumas categorias de análise. **Cadernos IPUR/UFRJ/Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: UFRJ/IPUR, ano 1, n. 1, jan./abr. 1986. p. 17.

peças e coisas sob a promessa da vida moderna desenvolvida, sem enfrentar definitivamente a questão desigual do acesso ao território urbanizado¹⁰.

Na perspectiva da Administração Pública, a definição fica ao cargo do zoneamento e das atuações administrativas regionalizadas desconsiderando, por vezes, a característica sociocultural e ambiental do território, em que condição foi e está sendo ocupado, qual uso é permitido e qual lhe é dado diante da rede de infraestrutura existente. O reconhecimento desse desenho territorial urbano, dos interesses difusos e das diversas classes e categorias sociais são a base para definir funções efetivas da cidade¹¹, permitindo diminuir as diferenças socioeconômicas, concretizando direitos.

O compromisso de produzir condições para uma vida melhor implica na oferta da funcionalidade inicialmente defendida pela Carta de Atenas, da qual não se pode olvidar seu vínculo à forma como o espaço urbano se delinea e à compreensão axiológica do que representa tal funcionalidade para os diversos segmentos sociais presentes ou temporários no território.

O adensamento humano, na perspectiva do conceito de cidade que o Brasil adota, a figura jurídica do município gera demandas específicas, vinculadas ao *estar* na cidade, bem como direitos a serem promovidos e protegidos¹².

A função social da cidade foi apontada, primariamente, como uma possibilidade de organizá-las a partir de um planejamento regional e intraurbano, de cunho técnico e racional a ser coordenado pelas administrações públicas, promotoras do bem comum. O zoneamento por usos distintos para cada região das cidades seria fundamentado pela noção de funcionalidade, a ser exercida de maneira a evitar sua subversão, incompatível com cada local e demanda. Para tanto era preciso falar em controle do uso da propriedade, submetendo-a aos interesses coletivos definidos pelo planejamento¹³.

Tal documento, sob certa perspectiva, traduziu um pensamento em uma determinada época, destacando a racionalidade e a funcionalidade como referências na construção do espaço urbano, em que a verticalização das cidades, a industrialização do material a ser utilizado e a padronização das construções foram princípios defendidos, levando a uma

¹⁰ Aqui se utilizam as lições de Bauman sobre o Estado Moderno como o Estado jardineiro, com a promessa da sociedade ordeira afinada como os preceitos racionais, planejada e direcionada, dividindo pessoas como plantas úteis e inúteis. As primeiras merecedoras de um espaço próprio, bom para o seu desenvolvimento saudável; as segundas, ervas daninhas que não merecem dedicação e cuidado, sendo-lhes negado o direito de desenvolver-se. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Lisboa: Relógio D'Água, 2007. p. 31-32.

¹¹ SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico**. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 60.

¹² CASTELLS, Manuel. **A questão urbana**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 42-43.

¹³ Há um destaque no trabalho da autora sobre a disposição de mais de uma Carta de Atenas, tratando de assuntos diferentes da arquitetura que se encontravam no tema da cidade. Para esse estudo, a relevância das informações está na Carta de 1933, que abordou o futuro das cidades modernas. ALMEIDA, Eneida de. **O "construir no construído" na produção contemporânea: relações entre teoria e prática**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 66. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16133/tde-26042010-150955/en.php>>. Acesso em: 11 maio 2019.

superação do novo pelo antigo. Do ponto de vista da memória da cidade, tal padronização é bastante questionável, já que a cidade também tem alma e espelha as pessoas que nela estão¹⁴. A partir dessa forma de pensar a funcionalidade prescinde de planejamento técnico e (re) organização dos espaços existentes de uma cidade, organizando-as territorialmente a partir de, ao menos, quatro aspectos: a habitação, o trabalho, a circulação e o lazer¹⁵.

Os elementos componentes da funcionalidade social da cidade devem responder às necessidades da população local, bem como com às características culturais, sociais, econômicas e políticas. No entanto não se pode esquecer que o território urbano é exatamente o campo das disputas políticas e econômicas, dentre outras, que implicam no impedimento, muitas das vezes, do acesso, por todos, às funções defendidas.

A demarcação do uso e ocupação do solo constrói a funcionalidade do território urbano, envolvendo nessa ação, especialmente, a funcionalidade da propriedade. Como atividade administrativa, a função urbanística deve ser exercitada a partir de contornos previamente estipulados com base em princípios de justiça social, equidade e democratização do acesso à terra urbanizada. Quando não exercida com base em mecanismos legais de promoção equânime para o território, impõe embaraços à possibilidade de concretude fática de melhora de vida, reduzindo planejamento e políticas públicas às juras não cumpridas de uma funcionalidade igualitária, diversa e indivisível, na medida das demandas urbanas tão reais quanto complexas e heterogêneas¹⁶.

Não há jogo de palavras ao situar o tema entre cidade e propriedade, já que o valor impresso à noção de função social prevê a maneira como pode ser utilizada o bem e o modo como tal uso incide no território das cidades. Os efeitos materiais da inadequação do uso da propriedade aos fins legais estabelecidos refletem diretamente na potencialidade indispensável ao uso comum e de interesse difuso da cidade pelo grupo de pessoas que a ocupam¹⁷.

A política urbana é a proposta de um fio condutor que pode organizar sistematicamente todos os elementos, institutos e instituições que implicam na urbanização e adensamento territorial, incluindo o controle sobre o uso da propriedade urbana e as intervenções – públicas e privadas –, que conduzam à funcionalidade social. A Constituição de 1988

¹⁴ SIMONE, Renan de. A narrativa da cidade – o espaço privado e os invisíveis. **Leitura Flutuante - Revista do Centro de Estudos em Semiótica e Psicanálise**, v. 4, n. 2, fev. 2013. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/leituraflutuante/article/view/12627>>. Acesso em: 11 maio 2019.

¹⁵ LE CORBUSIER. **A Carta de Atenas (versão de Le Corbusier)**. Trad. Rebeca Scherer. São Paulo: Hucitec; Edusp, 1993. p. 65.

¹⁶ A heterogeneidade foi destacada como característica básica por Louis Wirth, um dos principais sociólogos da Escola de Chicago, ao defender o urbanismo como um modo de vida em um artigo clássico que trata como elemento do urbanismo a heterogeneidade, a densidade, o tamanho e a permanência. OLIVEN, Ruben George. A cidade como categoria sociológica. In: _____. **Urbanização e mudança social no Brasil** [on-line]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2010. p. 16-17. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/z439n/pdf/oliven-9788579820014-02.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2019.

¹⁷ ALFONSIN, Jacques Távora. A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 46-47.

determinou tal formato de direção, criando a instrumentalidade para as definições da funcionalidade territorial, sob a égide do bem comum que é a cidade e do bem-estar que deve ser propiciado à população.

De fato, a funcionalidade materializa-se por meio da atividade urbanística que consiste em comandos promotores da organização dos espaços habitáveis, previstos por meio de disposições constitucionais, leis, decretos, entre outros instrumentos¹⁸. Sendo a atuação pública indispensável à condução desse processo, deve fundamentar o desenho do território na principiologia da justiça social, definindo diretrizes para garantir o acesso à terra urbanizada na perspectiva do usufruto da cidade de maneira equânime, com disposição e distribuição justa de bens e serviços, acesso aos recursos materiais e ambientais, virtudes necessárias à vida digna, segura e saudável, o que inclui participar da gestão urbana territorial de forma democrática¹⁹.

Em sendo assim, estar na cidade solicita determinadas necessidades próprias da dimensão urbana, que se conformam, minimamente naquilo que Le Corbusier²⁰ identificou como funções sociais da cidade, mas nelas não se exaurem, já que o processo de urbanização é também um processo socioeconômico e político resultante da interação de uma pluralidade de comportamentos e decisões determinantes²¹. O conjunto de usos, solicitados e exercitados, que se somam ao território urbano deve seguir padrões de sustentabilidade, caso contrário poderá inviabilizar a vida na cidade.

Tendo em vista o caráter econômico da urbanização e o que a funcionalidade propunha a partir desse viés, defender as funções sociais da cidade também era enquadrá-la em um perfil adequado à industrialização, carente de uma visão que reconhecesse a complexidade das várias redes de relações existentes no território urbano.

Em um novo documento intitulado A Nova Carta de Atenas²², descrito em 1998, o Conselho Europeu de Urbanistas propõe a definição de uma agenda urbana pautada no planejamento para cidades que possa promover competitividade econômica e emprego, favorecendo coesão social e econômica, melhorias no transporte e promoção do desenvolvimento sustentável com qualidade de vida.

As recomendações do documento, que foram concebidas a partir da experiência das cidades europeias, envolvem a questão demográfica e a habitação, a questão social, cultura

¹⁸ O urbanismo pode ainda ser entendido nas palavras de Hely Lopes Meirelles como “o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: RT, 1977.

¹⁹ SAULE JÚNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 237-240.

²⁰ LE CORBOUSIER. **Planejamento urbano**. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 53

²¹ BRANDÃO, Carlos. **Território e desenvolvimento: as múltiplas escalas entre o local e o global**. Campinas: Unicamp, 2007. p. 64.

²² Documento adotado pelo Conselho Europeu de Urbanistas (CEU-ECTP), em maio de 1998, na conferência internacional de Atenas.

e educação, destacando o perfil da sociedade informatizada e conectada, o meio ambiente e a economia, a mobilidade por meio do transporte, bem como oportunidades de chances e escolhas de crescimento, o tema da diversidade, segurança e saúde²³. Todos os ideais perseguidos no Brasil, como um produto, sem considerar as condições necessárias para tanto.

3 GESTÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA: GOVERNANÇA E DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL

A receita da urbanização para uma cidade sustentável foi apresentada por meio da defesa de uma agenda planejada para cidades coerentes, a ser estabelecida considerando a questão local e regional com participação e respeito às características próprias que influenciam no ambiente construído, na perspectiva da governança urbana.

Essa idealização prevê cidades como um conjunto de comunidades (re) planejadas e conectadas, visão que não pode perder a compreensão sobre as diferenças territoriais dentro da cidade, o que deve envolver o reconhecimento da degradação e empobrecimento urbano, bem como a fragmentação e segregação social e econômica presentes no espaço cidadão²⁴.

Sobre a governança, embora termo oriundo das estratégias de gestão corporativas privadas se estabelece no setor público como uma mudança de atuação administrativa e política, estando associada, na perspectiva urbana, a articulação dos cidadãos e (ou) movimentos sociais em torno de uma causa comum, participando das decisões e ações bem como exercendo o controle social. Segundo Yves Cabannes, “governança não é o governo, mas um conceito que reconhece que o poder existe dentro e fora da autoridade formal e das instituições do governo.”²⁵. O processo de produção do espaço urbano, a ocupação e o uso do território estão vinculados à conjuntura em que se desenvolve a governança, em uma gestão urbana. Como afirma Lefebvre, o espaço “depende de interesses divergentes e de grupos divergentes que, no entanto, encontram uma unidade no Estado”²⁶.

No Brasil, o Tribunal de Contas da União publicou um documento intitulado Referencial Básico de Governança que trata de referenciais para implantá-la em órgãos e entidades federais, entendendo que a governança no setor público é um conjugado de mecanismos que envolvem promover comandos, táticas e controle a serem postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, conduzindo as políticas públicas e a prestação de serviços

²³ CONSEIL EUROPÉEN DES URBANISTES. **The New Charter of Athens**. Lisbon, nov. 2003. Disponível em: <<http://www.ectp-ceu.eu/images/stories/download/charter2003.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2019.

²⁴ KANASHIRO, Milena. Da antiga à nova Carta de Atenas – em busca de um paradigma espacial de sustentabilidade. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 9, p. 33-37, jan./jun. 2004. p. 36-37. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/made/article/viewFile/3079/2460>>. Acesso em: 11 maio 2019.

²⁵ CABANNES, Yves. **Presupuestos Participativos**: marco conceitual y análisis de su contribución a la Gobernanza Urbana ya los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Quito: PGU-ALC; UN-HABITAT; PNUD, 2004.

²⁶ LEFEBVRE, Henri. **Espaço e política**. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 53.

de interesse da sociedade²⁷. A defesa da gestão democrática da cidade, que inclui a existência de governança da cidade, se dá a partir da Lei 10.257, de 2001, o Estatuto da Cidade, a qual prevê a (re) construção do ambiente urbano levando em consideração a presença, interação e participação da população, respeitando o exercício da cidadania por meio da democracia participativa.

A noção de governança urbana, na perspectiva europeia é preciso que se diga, vincula-se à noção de governar a cidade por meio de projetos, implicando, pois, em transformações do território urbano, na revisão dos modelos e modos de funcionamento diante do crescimento demográfico e da perspectiva de desenvolvimento²⁸. Ainda que seja uma declaração europeia sobre como governar cidades²⁹, pode ser visto e incorporado pelos demais países, tal qual o Brasil, como um padrão – pelo marco referencial adotado – de comportamento democrático, em que o poder público estabelece, junto aos cidadãos e à iniciativa privada como administrar bens e recursos públicos para exercer a tomada de decisões e ações que promovam desenvolvimento urbano com a participação e o controle social.

O processo de planejamento defendido, entre o final do século XX e o início do século XXI, propôs que a gestão das cidades assegurasse a incorporação de todos os segmentos sociais na vida econômica, social e cultural, de maneira que se interferira para materializar uma cidade coerente. Diante de tal abordagem, delinea-se o reforço ao direito à Cidade como uma cidade para todos, que seja coerente com o envolvimento e as demandas da população, dentro de um processo contínuo de participação. Sendo assim, as considerações sobre a promoção de mobilidade e acessibilidade, por exemplo, não poderiam deixar de incluir uma abordagem sobre o uso do solo, o sistema de transportes, o local da moradia e do trabalho, a serem concebidos dentro do território de forma articulada, visando estimular diversos modais e diminuir a dependência de veículos individuais, o que configuraria a funcionalidade urbana efetiva.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança Pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. p. 9-10.

²⁸ PINSON, Gilles. **Urbanismo y gobernanza de las ciudades europeas – gobernar la ciudad por proyecto**. Valência: Universitat de València, 2009. p. 17.

²⁹ “Na segunda metade do séc. XX foram proferidos inúmeros prognósticos pessimistas sobre o futuro das cidades europeias. Foram previstas baixas de produtividade, abandono e implosão das zonas urbanas centrais, criminalidade desenfreada, aumento das taxas de poluição e de degradação ambiental para níveis dramáticos, assim como a perda de identidade. [...] Como resposta, o Conselho Europeu de Urbanistas propõe a sua Visão, no limiar do novo milênio. Esta Visão não é nem uma nova utopia, nem uma projecção delirante de inovações tecnológicas. Esta Visão centra-se na Cidade Coerente. É essencialmente um instantâneo sobre aquilo que gostaríamos que as nossas cidades fossem, agora e para o futuro. Esta Visão é a expressão do objectivo para o qual os urbanistas europeus se comprometem a trabalhar e procuram contribuir, aplicando o melhor das suas capacidades profissionais – um objectivo que pode muito bem ser atingido se essa Visão vier a ser o objectivo de todos os actores responsáveis pelos processos de desenvolvimento e gestão sustentáveis do território.”. CONSELHO EUROPEU DE URBANISTAS. **A nova carta de 2003**. A visão do conselho europeu de urbanistas sobre as cidades do séc. XXI. Portugal: Lisboa, 2003. Disponível em: <http://paginas.fe.up.pt/construcao2004/docs/SAT_02_carta%20atenas.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.

A questão ambiental, que está no núcleo dos debates contemporâneos sobre desenvolvimento urbano, foi abordada como uma diretriz a constar no planejamento urbano direcionando ações que promovam a conservação dos recursos não renováveis, o custeamento de energia e de tecnologias limpas, redução dos vários tipos de poluição, evitando o desperdício e promovendo a reciclagem com o apoio de comunidades locais.

O Conselho Europeu de Urbanistas, ao publicar seu compromisso a partir de Cartas técnicas, amplia a visão sobre as funções sociais da cidade, sob uma perspectiva denominada coerente, reconhecendo o ambiente construído diariamente pela lógica humana, em perene transformação, do território de disputas. Avalia-se que foram incluídas na descrição da funcionalidade aquelas ações que promovem a cidadania por meio do fornecimento dos serviços – urbanos – de educação, saúde, segurança e proteção; as funções de gestão administrativa e participativa tais como a condução da prestação de serviços, planejamento, preservação do patrimônio cultural e natural, bem como a sustentabilidade urbana. A presença do poder estatal segue como idealizador da condição urbana feliz.

Ao eleger a melhoria da vida como algo que se quer atingir vivendo da cidade, é necessário que se dê maior delineamento aos instrumentos para seu alcance. Sendo assim, necessário confrontar a questão da função social da propriedade e da produção e divisão econômica do espaço urbano, que justapostos reproduzem diferenças sociais que podem impedir a promoção do acesso da cidade por todos e todas³⁰.

Entende-se por funcional aquilo que possui condições de contribuir com a satisfação das necessidades presentes em um sistema como o urbano³¹. Buscou-se um significado na sociologia para somar a intelecção de que a complexidade em que se insere a miragem funcional de cidade envolve as contradições – e não o consenso – da vida em um território urbano caracterizado fortemente por disputas ideológicas, econômicas e políticas. Desta feita, a noção de funcionalidade se faz necessária no estabelecimento de parâmetros dimensionais sobre a cidade, a relação de seus habitantes com o a mesma, bem como as relações pessoais e sociais travadas em seu território, todas circundadas ou promovidas por ações que realizam desejos, necessidades e utilidades.

A coerência urbana deve ser uma característica elementar da funcionalidade territorial. Tendo em vista que a cidade é um sistema que relaciona estruturas e pessoas em busca de crescimento, estabilidade, proteção, satisfação e segurança, fixando-se ou transitando em uma plataforma territorial, a planificação do mesmo não poderia se afastar dos interesses das pessoas pelo viver bem³². A cidade necessita guardar coerência com o provimento das

³⁰ VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria. **A cidade contemporânea: segregação espacial**. São Paulo: Contexto, 2016. p. 8.

³¹ CABRAL, Augusto. A sociologia funcionalista nos estudos organizacionais: foco em Durkheim. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 01-15, jul. 2004. p.-11-14. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.script=s-ci_arttext=S1679-39512004000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: maio 2017.

³² A cidade reúne pessoas que necessitam estar em sociedade, agregando-se e humanizando-se, convivendo umas com as outras na busca segura pela tentativa da realização de seus anseios. ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos indivíduos**. SCHROTER, Michael (Org.); RIBEIRO, Vera (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 72-75.

funções específicas a serem desempenhadas para garantir acesso dos cidadãos aos bens e serviços, integração social que promova o exercício dos direitos civis e políticos por todos os segmentos sociais, bem como e de fundamental importância, a possibilidade de mobilidade que garanta circulação acessível dos bens, serviços e pessoas no território urbano³³.

A compreensão sobre a funcionalidade territorial urbana está fortemente vinculada à expectativa do desenvolvimento e do alcance de uma vida sadia. No entanto cada cidade está fixada em território que possui características próprias, contextualizadas no tempo e no espaço, em que a perspectiva funcional também variará, diante da condição territorial e da capacidade estrutural e orçamentária do ente federativo, dentre outras questões.

O uso do termo *coerente* no contexto das cidades do século XXI encontra sua explicação na defesa da sustentabilidade urbana, que requer estruturas urbanas lógicas e equilibradas adequadas ao seu dinamismo e que possam produzir mais benefícios ao corpo social, ainda que não exista consenso e nem homogeneidade no ambiente citadino. A importância da relação harmônica e conexa entre território, espaço – natural e artificial –, os habitantes fixos e flutuantes, infraestruturas, bens, serviços públicos e privados, com as demandas dos diversos grupos sociais seria a resposta para evitar-se um colapso por incapacidade responsiva, dado que em certa medida as necessidades não são sequer promovidas local ou regionalmente, mas globalmente³⁴.

A transformação de territórios urbanos funcionais impõe aos gestores municipais e aos diversos grupos assentados um conjunto de ações que não coincidirão a não ser na medida em que o diálogo se estabeleça permanente, transparente e democrático, no sentido de promover inclusão e integração social, vinculada à noção de solidariedade e redução das desigualdades, valores presentes na Constituição Federal de 1988.

4 A TÍTULO DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado social brasileiro tem como ponto de partida para o desenvolvimento, delineado no texto constitucional, um urbanismo social e democrático que não pode ser desconsiderado pelos agentes políticos, sociais e econômicos³⁵. Para um balizamento e controle adequado às características locais e regionais com a observação de um regime jurídico próprio, deve estar compreendido que inclusão e integração, deveres constitucionais públicos, se opõem à exclusão social, o que obriga ao planejamento urbano propor a produção de condições de habitabilidade mínima, infraestrutura e serviços compatíveis com a demanda

³³ MARRARA, Thiago. **Bens Públicos**: domínio urbano: infra-estruturas. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 189.

³⁴ BAUMAN, Zigmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 32-33.

³⁵ José Afonso defende que a Constituição assume o plano diretor como instrumento básico da política urbana municipal com a função de ordenar o desenvolvimento, deixando de lado a concepção estática do planejamento urbano para a concepção dinâmica de sistematizar a atuação pública no território municipal para garantir o desenvolvimento para o futuro em uma rede urbana adequada ao bem-estar da população. SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 97-99.

existente. O contrário, que pode se apresentar por ação ou omissão pública, tem por resultado o alto custo de vida urbana³⁶, degradação ambiental, propagação de segregação socioespacial com adensamento de regiões impróprias para habitação, bem como imobilidade diante do amontoado de usos e ocupações territoriais sem sistematização³⁷. Tudo o que objeta ao avanço de um processo de desenvolvimento urbano.

A América Latina sofreu uma acelerada urbanização, marcada por conflitos sociais, desigualdade de acesso à terra urbana, segregação social e forte fragmentação espacial, muito diversa da urbanização europeia³⁸. Em termos práticos, a funcionalidade social coerente que se defende tem base nas propostas apontadas pela Nova Carta de Atenas, revisitada em 2003, sem se descolar do que é a condição urbana na América Latina.

Ainda, com a apresentação da Nova Agenda Urbana lançada em 2016, a funcionalidade social e o tema das cidades coerentes, em rede, ganhou novo relevo, a ser considerado no contexto latino americano. Compreender sua função social e defini-la coerentemente é um exercício formal e prático de promoção da equidade no desfrute do território da cidade. Dessa feita, cabe assumir o debate público sobre a dinâmica da ocupação do solo, sua origem e sua capacidade de prover utilidades, comodidades e necessidades que implicam em concretização de direitos fundamentais em âmbito urbano.

Assim sendo, a construção de cidades funcionalmente coerentes no Brasil, passa por enfrentar a relação conflitiva entre quem produz e garante transformações nos espaços urbanos e quem pode ou não se apropriar deles, definidos pelo poder econômico que domina, inclusive, a estrutura administrativa estatal. A vida contemporânea se realiza no território urbano, em um ambiente de comportamentos, condições e necessidades múltiplas, solicitando uma capacidade dialógica de tenso enfrentamento com o capital, a ser exercida constantemente.

A definição da funcionalidade coerente afina-se com a defesa do direito à cidade sustentável³⁹. Distingue-se da ordenação territorial e da urbanização, quando tratadas de

³⁶ O custo de vida nas cidades deve ser é enfatizado para que seja possível avaliar as condições urbanas em que vive a população brasileira, permitindo dimensionar e embasar a definição de políticas de planejamento e intervenção urbanas. A forma excludente como as cidades crescem, com a ocupação das áreas mais periféricas, sem estrutura, pelos mais pobres, significa um alto custo como, por exemplo, o para os deslocamentos que vai aumentando à medida que as fronteiras urbanas se espraiam, em função das maiores distâncias, cada vez mais periféricas. A mobilidade urbana, garantidora de uma cidade funcional, carece de atenção especial ao lado do cuidado com a moradia adequada. CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Desafios da mobilidade urbana no Brasil. Texto para discussão n. 2198*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2016. p. 10-12.

³⁷ LIBÓRIO, Daniela. *Elementos de Direito Urbanístico*. São Paulo: Manole, 2004. p. 95-98.

³⁸ OSÓRIO, Letícia. *Direito à Moradia Adequada na América Latina*. In: ALFONSÍN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito à moradia adequada e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22-27.

³⁹ Aqui, uma definição de cidade sustentável que se encontra com a funcionalidade: “[...] cidade sustentável é o assentamento humano constituído por uma sociedade com consciência de seu papel de agente transformador dos espaços e cuja relação não se dá pela razão natureza-objeto e sim por uma ação sinérgica entre prudência ecológica, eficiência energética e equidade socioespacial.” ROMERO, Marta A. B. *Urbanismo sustentável no Brasil*

forma isolada, para reconhecer que a cidade é um ambiente coletivo que pertence a todos e todas, habitantes e transeuntes que têm o direito de encontrar nesse espaço as condições para realizarem-se política, econômica, social e individualmente⁴⁰.

Diante do dinamismo que a vida nas cidades proporciona, a impossibilidade de livre circulação dificulta as condições de desenvolvimento. É uma das formas de usufruir do espaço urbano que, por sua vez, é resultado de um processo complexo envolvendo pessoas com seus interesses e necessidades, inseridas em um sistema em que o capital, a indústria e valor da terra a influenciam e condicionam diretamente. Ampliando sua concepção para além da circulação, se faz necessário projetar uma política de mobilidade urbana que integre o uso da cidade, ocupada por pessoas e suas atividades, em uma organização sócio espacial funcional.

REFERÊNCIAS

- ALFONSIN, Jacques Távora. A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSÍN, Betânia de Moraes. **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Lisboa: Relógio D'Água, 2007.
- BAUMAN, Zigmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- CASTELLS, Manuel. **A questão urbana**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- BRANDÃO, Carlos. **Território e Desenvolvimento**: as múltiplas escalas entre o local e o global. Campinas: Unicamp, 2007.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.
- CABANNES, Yves. **Presupuestos participativos**: marco conceitual y análisis de su contribución a la gobernanza urbana ya los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Quito: PGU-ALC; UN-HABITAT; PNUD, 2004.
- CABRAL, Augusto. A sociologia funcionalista nos estudos organizacionais: foco em Durkheim. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-15, jul. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.script=sci_arttext=S1679-39512004000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: maio 2017.
- CONSELHO EUROPEU DE URBANISTAS. **A nova carta de 2003**. A visão do conselho europeu de urbanistas sobre as cidades do séc. XXI. Portugal: Lisboa, 2003. Disponível em: <http://paginas.fe.up.pt/construcao2004/docs/SAT_02_carta%20atenas.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019
- ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos indivíduos**. SCHROTER, Michael (Org.); RIBEIRO, Vera (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

e a construção de cidades para o novo milênio. Disponível em: <https://www.usp.br/nutau/sem_nutau_2010/perspectivas/romero_marta.pdf>. Acesso em: maio 2017.

⁴⁰ REBOLLO, Luis Martín. El planeamiento municipal: perspectiva general. *In*: REBOLLO, Luis Martín; BOLADO, Roberto O. Bustillo (Dir.). **Fundamentos de Derecho Urbanístico – Tomo I**. Pamplona: Thomson Reuters, 2009. p. 267-268.

- IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório brasileiro para o Habitat III**. Brasília: Condições; Ipea, 2016.
- KANASHIRO, Milena. Da antiga à nova Carta de Atenas – em busca de um paradigma espacial de sustentabilidade. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 9, p. 33-37, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/made/article/viewFile/3079/2460>>. Acesso em: dez 2018.
- LEFEBVRE, Henri. **Espaço e política**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- LE CORBOUSIER. **Planejamento urbano**. São Paulo: Perspectiva, 1971.
- _____. **A Carta de Atenas (versão de Le Corbusier)**. Trad. Rebeca Scherer. São Paulo: Hucitec; Edusp, 1993.
- LIBÓRIO, Daniela. **Elementos de Direito Urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004.
- MARRARA, Thiago. **Bens Públicos: domínio urbano: infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico**. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- OSÓRIO, Letícia. Direito à Moradia Adequada na América Latina. In: ALFONSÍN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). **Direito à moradia adequada e segurança da posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PINSON, Gilles. **Urbanismo y gobernanza de las ciudades europeas – gobernar la ciudad por proyecto**. Valência: Universitat de València, 2009.
- REBOLLO, Luis Martín. El planeamiento municipal: perspectiva general. In: REBOLLO, Luis Martín; BOLLADO, Roberto O. Bustillo (Dir.). **Fundamentos de Derecho Urbanístico – Tomo I**. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.
- ROLNIK, Raquel. **O que é cidade?** São Paulo: Brasiliense, 1995.
- ROMERO, Marta A. B. **Urbanismo sustentável no Brasil e a construção de cidades para o novo milênio**. Disponível em: <https://www.usp.br/nutau/sem_nutau_2010/perspectivas/romero_marta.pdf>. Acesso em: maio 2017.
- SANTOS, Milton. **Ensaio sobre a urbanização latino-americana**. São Paulo: Edusp, 2010.
- _____. **A urbanização desigual: a especificidade do fenômeno urbano em países subdesenvolvidos**. Petrópolis: Vozes, 1982.
- SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SIMONE, Renan de. A narrativa da cidade – o espaço privado e os invisíveis. **Leitura Flutuante - Revista do Centro de Estudos em Semiótica e Psicanálise**, v. 4, n. 2, fev. 2013. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/leituraflutuante/article/view/12627>>. Acesso em: 11 maio 2019.
- VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria. **A cidade contemporânea: segregação espacial**. São Paulo: Contexto, 2016.
- WEBER, M. **La ciudad**. Madri: La Piqueta, 1987.

Tutela judicial efectiva su recepción en la jurisprudencia reciente en el Uruguay

Pablo Schiavi¹

SUMARIO

I Derechos humanos y tutela judicial efectiva: su conceptualización; II Relaciones entre la pretensión, la sentencia y el cumplimiento; III Tutela judicial efectiva en la jurisprudencia uruguaya reciente: el caso “Flimay S.A. c/ Poder Ejecutivo”: 1 los hechos; 2 sentencia n. 945/2017, Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA); 3 Nuestra posición; IV Apreciaciones finales; V Referencias.

I) DERECHOS HUMANOS Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: SU CONCEPTUALIZACIÓN

Nadie discute hoy en día que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano².

Está así expresamente recogido en el artículo XVIII de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de la O.E.A. de 1948, en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas³.

A nivel europeo, lo recoge expresamente el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el ámbito del derecho interno se reconoce genéricamente en forma implícita a veces, como en el artículo 24 de la Constitución de Italia y 19 de la de Alemania, y en forma expresa como en el artículo 24 de la Constitución de España⁴.

En nuestra Constitución no está recogido expresamente pero por ser –como se ha dicho– inherente a la personalidad humana, está comprendido en el artículo 72 de la Carta⁵.

¹ Profesor Adjunto Grado 3 (I) Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho - Universidad de la República (Uruguay)

² DURÁN MARTÍNEZ, A. Algunas cuestiones sobre la caducidad cuatrienal. **Estudios de Derecho Administrativo**, v. 14, p. 1143-1170, 2016.

³ DURÁN MARTÍNEZ, A. Algunas cuestiones..., op. cit., p. 1143-1170.

⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A. Algunas cuestiones..., op. cit., p. 1143-1170.

⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A. Algunas cuestiones..., op. cit., p. 1143-1170.

Lo más importante es que si es un derecho humano, es suprapositivo, cualquiera sea la naturaleza del instrumento jurídico que lo reconozca⁶.

Lo expuesto basta para demostrar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho humano que es, integra el *bloque de constitucionalidad*⁷

Con acierto apunta Hernán CELORRIO que la debida conceptualización de los derechos sociales debe rastrearse en la evolución del reconocimiento de los derechos humanos en el orden internacional⁸.

Si bien es copiosa la proliferación de tratados internacionales en la materia, adquieren preeminencia en su aplicabilidad local el conocido Pacto de San José de Costa Rica, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de diciembre de 1966 adoptado por resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de los Naciones Unidas⁹.

La tutela judicial efectiva constituye un principio de plena aceptación cuyos alcances se extienden continuamente, conforme a la relevancia del Poder Judicial en el orden constitucional, y fundamentalmente en la correcta apreciación de la vigencia sustancial de los Derechos Fundamentales¹⁰.

Eduardo J. COUTURE consideró que la tutela jurisdiccional efectiva consiste en “*la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas*”; lo que implica la descripción del instituto alemán de la *Rechtsschutzbedürfnis*¹¹.

Con clara precisión, Augusto DURÁN MARTÍNEZ sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho que tiene toda persona por su sola condición de tal, sin que interese al respecto la ciudadanía. En este contexto no debemos de hablar de *ciudadano*¹².

GONZÁLEZ PÉREZ, citado por Augusto DURÁN MARTÍNEZ decía que “el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso, con unas garantías mínimas”¹³.

También, con gran precisión, GONZÁLEZ PÉREZ indica el contenido de este derecho. Como aproximación al tema nos dice que “*el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en*

⁶ DURÁN MARTÍNEZ, A. Algunas cuestiones..., op. cit., p. 1143-1170.

⁷ DURÁN MARTÍNEZ, A. Algunas cuestiones..., op. cit., p. 1143-1170.

⁸ CELORRIO, H. Derechos sociales y tutela judicial. *Estudios de Derecho Administrativo*, v. 3, p. 3-21, 2011.

⁹ CELORRIO, H. op. cit., p. 3 y ss.

¹⁰ CELORRIO, H. op. cit., p. 3 y ss.

¹¹ ESTEVA GALLICCHIO, E. G. Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre la procesabilidad de actos administrativos en razón del fundamento del acto. *Estudios de Derecho Administrativo*, n. 14, p. 181-192, 2016.

¹² DURÁN MARTÍNEZ, A. La jurisdicción contencioso-administrativa en el estado democrático de derecho la posición jurídica del ciudadano. *Estudios de Derecho Administrativo*, v. 14, p. 73-111, 2016.

¹³ DURÁN MARTÍNEZ, A. La jurisdicción contencioso-administrativa..., op. cit., p. 73-111.

*ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia en la sentencia*¹⁴.”

Este primer momento implica: a) que se tenga acceso a órganos propiamente jurisdiccionales; b) que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; c) que no se obstaculice su acceso¹⁵.

II) RELACIONES ENTRE LA PRETENSIÓN, LA SENTENCIA Y EL CUMPLIMIENTO

Un correlato imprescindible del despliegue del principio de general responsabilidad, para Carlos DELPIAZZO es que, en cumplimiento del principio general de tutela jurisdiccional efectiva, toda acción u omisión dañosa de la Administración, sea lícita o ilícita, directa o indirecta, pueda ser justiciada en plenitud y que, por lo tanto, exista perfecta correspondencia entre el supuesto de responsabilidad, la pretensión que se articule, la sentencia que se dicte y el cabal cumplimiento de la misma¹⁶.

Desde la perspectiva del Estado constitucional de Derecho, ello implica una necesaria ampliación del punto de mira, de modo que lo contencioso administrativo no quede reducido a una estructura meramente formal incapaz de satisfacer el universo de pretensiones posibles¹⁷.

Para superar ese estado de cosas se requiere no sólo accesibilidad a la Justicia, un proceso de duración razonable y que la sentencia se ejecute cabalmente¹⁸ sino que se impone la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa en sus diversas manifestaciones, tanto como solución de principio cuanto como derecho fundamental, como bien sostiene Ernesto JINESTA LOBO¹⁹.

Jesús GONZALEZ PEREZ citado por DELPIAZZO entiende que el fundamento para ello es claro a la luz de los postulados del actual Estado constitucional de Derecho, centrado en la eminente dignidad de la persona humana de la que derivan todos sus derechos fundamentales²⁰ y reivindicando que el control jurisdiccional lo sea en plenitud, de modo que “cualquier acto o conducta, positiva o negativa, de la Administración y de sus agentes pueda ser sometido al enjuiciamiento por parte de órganos judiciales, a instancia de cualquier persona

¹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A. La jurisdicción contencioso-administrativa..., op. cit., p. 73-111.

¹⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A. Algunas cuestiones..., op. cit., p. 1143-1170.

¹⁶ DELPIAZZO, C. E. Amplitud de las pretensiones contencioso administrativa. *Estudios de Derecho Administrativo*, n. 14, p. 147-179, 2016..

¹⁷ DELPIAZZO, C. E. Amplitud de las pretensiones..., op. cit., p. 147-179.

¹⁸ DELPIAZZO ANTÓN, G. *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2009.

¹⁹ DELPIAZZO, C. E. Amplitud de las pretensiones..., op. cit., p. 147-179.

²⁰ DELPIAZZO, C. E. Amplitud de las pretensiones..., op. cit., p. 147-179.

o entidad (pública o privada) a quienes dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses”, al decir de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR ²¹.

Desde el neoconstitucionalismo, ese derecho de toda persona a que se le “haga justicia”, como expresa don Jesús GONZALEZ PEREZ citado por DELPIAZZO²², impone su interpretación conforme al bloque de constitucionalidad ²³ y, consiguientemente, superar el desmedido formalismo que conduce a la exclusión o rechazo de múltiples pretensiones, tal como lo han subrayado Martín RISSO FERRAND y Augusto DURAN MARTINEZ.

Para que la justiciabilidad plena de la Administración sea verdad, debe existir una perfecta correspondencia entre pretensión, sentencia y cumplimiento. Se trata de tres momentos (el de la acción, el del fallo y el de su ejecución), que involucran a tres sujetos (el pretensor, el juez y la Administración) y de los que derivan diversas relaciones²⁴.

III) TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA RECIENTE: EL CASO “FLIMAY S.A. C/ PODER EJECUTIVO”.

1 Los Hechos

2 Sentencia n. 945/2017; Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA)

3 Nuestra Posición

1 Los Hechos

I) El **28.9.2016**, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) dio la razón a Flimay SA (empresa de telecomunicaciones Claro/América Móvil) e intimó al Poder Ejecutivo de URUGUAY a que, en un plazo de diez días, suspendiera los efectos de la Resolución N°269 de 2013, que revocó su licencia para brindar servicios de televisión satelital para abonados.

II) La resolución impugnada fue dictada el 16.5.2013 y revocó una licencia de Televisión Directa al Hogar (TDH) otorgada por la Unidad Reguladora de los Servicios de Comunicaciones (URSEC) en 2008 por razones de ilegitimidad. Es decir que la Ursec no debería haber dado el permiso, porque la empresa no cumplía con los requisitos legales exigidos desde el punto de vista societario (De acuerdo a la posición del Poder Ejecutivo).

III) El principal argumento utilizado para que el TCA aceptara el pedido de suspensión fue que la empresa tenía un gran perjuicio económico con estas idas y vueltas en las deci-

²¹ DELPIAZZO, C. E. Amplitud de las pretensiones..., op. cit., p. 147-179.

²² DELPIAZZO, C. E. Amplitud de las pretensiones..., op. cit., p. 147-179.

²³ DELPIAZZO, C. E. Amplitud de las pretensiones..., op. cit., p. 147-179.

²⁴ DELPIAZZO, C. E. Amplitud de las pretensiones..., op. cit., p. 147-179.

siones gubernamentales, en tanto habían importado receptores y se volvían obsoletos, con la consecuente depreciación de su valor.

IV) El 5.5.2017 compareció FLIMAY S.A. a denunciar que la importación de los equipos seguía trabada, permaneciendo en el recinto aduanero en razón de que URSEC no certificaba la titularidad de la licencia debido a que el Ministerio de Industria, Energía y Minería (MIEM) se había avocado el asunto, lo que impedía el visado electrónico. Por lo cual pidió se intimara el cumplimiento de la decisión judicial bajo apercibimiento de astreintes. Por auto n. 3358/2017 del 12.5.2017 se dispuso “Intímese como se solicita, sin perjuicio de ulterioridades. Fíjase para su cumplimiento un plazo de diez días. Cométese a la Sra. Alguacil a sus efectos”.

V) FLIMAY entendió que el ESTADO persistía *“en su omisión de realizar las operaciones materiales con trascendencia para el ejercicio del derecho antes aludido”* y pidió que se tuviera al Poder Ejecutivo “por contumazmente omiso, por no cumplida la intimación, por desacatadas las sentencias n. 733/2012, n. 587/2014 y n. 428/2016 y se dispusiera la aplicación de astreintes “que el Tribunal entienda aplicables”.

VI) El 30.11.2017 el Tribunal resolvió por **mayoría**²⁵ ²⁶: *“Intímese por tercera vez al Poder Ejecutivo el cumplimiento de lo dispuesto por Resolución n. 587 del 23.10.2014, que suspendió la ejecución del acto revocatorio de la licencia de FLIMAY S.A. que le habilita a prestar servicios de televisión para abonados mediante sistema de transmisión satelital directa”*.

A tal efecto, se indica que *“dada la suspensión del acto, debe considerarse que está vigente la licencia concedida a la actora a todos los efectos, lo cual incluye todas las gestiones que, como titular de esa licencia, pueda realizar ante cualesquiera autoridades estatales, por lo cual se establece un plazo de diez días para que instruya a sus dependencias - y, en especial, Ministerio de Industria, Energía y Minería, URSEC y Dirección Nacional de Aduana”*..

Se le recuerda especialmente lo dispuesto por el Decreto Ley n.15.524 en su artículo 43 en el sentido de que *“la autoridad requerida en forma debe prestar su concurso sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide, ni la justicia o legalidad del decreto o resolución que se trate de ejecutar”*.

Hasta ahora, el TCA no se expidió sobre el tema de fondo, es decir, si Flimay puede o no puede tener una licencia de televisión para abonados y, por tanto, si la revocación es legítima. La resolución sólo obliga al Poder Ejecutivo a la “suspensión transitoria y total” del acto impugnado.

²⁵ Dra. Castro (r.), Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dr. Echeveste (d.), Dr. Vázquez Cruz. Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

²⁶ Dr. Echeveste (**Discordia parcial**). “Considero que se debe acceder a todo lo solicitado por la parte actora, pues no solo corresponde una intimación, sino una intimación bajo apercibimiento de imposición de astreintes” (más de 200 páginas).

2 Sentencia n. 945/2017 (TCA)

Al respecto vale destacar algunas consideraciones efectuadas por el TCA en el caso a estudio:

a) *“Asistimos a una cuestión reiteradamente planteada por la doctrina y que se relaciona con el ideal de tutela jurisdiccional efectiva que es inherente a la idea de un Estado de Derecho”.*

b) *“De poco sirven los derechos si no hay modo de hacerlos efectivos y por eso la exigencia de acceso a la justicia y de que existan medios de hacer cumplir las decisiones jurisdiccionales. Y esa protección efectiva de los derechos de ningún modo excluye aquellos que se puedan tener contra el Estado.”*

c) *“En el caso, la actora ha obtenido una medida de protección del derecho que invoca y ha denunciado reiteradamente el no acatamiento de esa medida por parte del Estado. Por lo que insta al Tribunal a declarar la desobediencia contumaz del obligado, a denunciar su desacato y, en caso de considerarlo procedente, disponer una astringencia económica como medida de conminación al cumplimiento”.*

d) *“El Tribunal considera que el accionado -Poder Ejecutivo- debe cumplir la decisión adoptada. En ese sentido, entiende que la jurisdicción conferida por la Constitución de la República le habilita y obliga, tanto para juzgar como para hacer ejecutar lo juzgado en materia contencioso administrativa anulatoria”.*

e) *“Superada la posición tradicional y restrictiva, la peculiar lectura del Art. 310 de la Constitución, tendiente a evitar la injerencia excesiva del T.C.A. en la gestión administrativa, soslaya que, de principio, toda jurisdicción comprende no sólo la potestad para decidir el conflicto sino también la responsabilidad de hacer ejecutar lo juzgado”.*

f) *“Como se trata de una solución de principio, su restricción habría requerido un texto constitucional expreso, que no existe. Ordenar y eventualmente constreñir a la Administración a cumplir el fallo anulatorio, no es reformar el acto anulado: es ordenar a quien dictó el acto “ajustarse a las reglas de derecho cuyo incumplimiento motivó la anulación del acto”, sin que ello implique incurrir en invasión indebida del fuero administrativo, ya que no se trata de reformar o sustituir el acto por razones de oportunidad o conveniencia”.*

g) *“Las sentencias anulatorias no son sentencias declarativas sino constitutivas y, normalmente, también de condena porque la Administración debe cumplirlas y eso suele exigir que haga o deje de hacer algo”.*

3 Nuestra Posición

Esto es, y en apretada síntesis, un interminable caso que tiene su origen en un acto dictado por la Unidad Reguladora de los Servicios de Comunicaciones (URSEC) que en **2008**

otorgó una licencia de Televisión Directa al Hogar (TDH) a Flimay SA (empresa de telecomunicaciones Claro/América Móvil).

Esta resolución fue revocada posteriormente - cinco años después- en mayo de 2013 por el Poder Ejecutivo.

Tres veces el Tribunal de lo Contencioso Administrativo intimó al Poder Ejecutivo el cumplimiento de lo dispuesto por Resolución n. 587 del 23.10.2014, que suspendió *la ejecución del acto revocatorio de la licencia de FLIMAY S.A. que le habilita a prestar servicios de televisión para abonados mediante sistema de transmisión satelital directa*".

Tres veces.

Tres veces "sólo" intimó al Poder Ejecutivo.

Y recién en noviembre de 2017, *en una discordia de más de 200 páginas*, se considera que se debe acceder a todo lo solicitado por la parte actora, en cuanto a que no solo correspondería una intimación, sino una intimación bajo apercibimiento de imposición de astreintes".

Lo cual si bien es destacable, no deja de ser la posición minoritaria – **la intimación bajo apercibimiento de imposición de astreintes** - en la integración actual del TCA, que por lo menos, reconoce por un lado que *"de principio, toda jurisdicción comprende no sólo la potestad para decidir el conflicto sino también la responsabilidad de hacer ejecutar lo juzgado"*, y por otro que *"que la jurisdicción conferida por la Constitución de la República le habilita y obliga, tanto para juzgar como para hacer ejecutar lo juzgado en materia contencioso administrativa anulatoria"*.

Sí bien es un logro lo reseñado anteriormente, no podemos celebrar esto en el año 2018.

¿De qué tutela judicial efectiva estamos hablando cuando el caso a estudio lleva 10 años – sí 10 años- sin solución alguna?

Por lo menos en este caso, la tutela judicial que hemos abordado y estudiado tiene muy poco de *"tutela"* y menos de *"efectiva"*.

IV) APRECIACIONES FINALES

Nadie discute hoy en día que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano.

Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia en la sentencia: su debida correspondencia es clave a la hora de la efectivización de la tutela judicial efectiva.

El Juez, sin sustituir a la Administración puede y debe condenar a la Administración a hacer lo que el Derecho le manda hacer, por lo que la autoridad requerida en forma debe

prestar su concurso sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide, ni la justicia o legalidad del decreto o resolución que se trate de ejecutar.

La tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

La jurisprudencia nacional ha dado un paso importante al reconocer expresamente que que la jurisdicción conferida por la Constitución de la República le habilita y obliga, tanto para juzgar como para hacer ejecutar lo juzgado en materia contencioso administrativa anulatoria.

La intimación bajo apercibimiento de imposición de astreintes es posición minoritaria y “solitaria” en la integración actual del TCA.

La respetuosa obediencia y el reconocimiento incondicional a la autoridad del Juez por parte de la Administración, son imprescindibles para la supervivencia del Estado de Derecho, para el logro del bien común, en fin, por respeto de la persona humana.

La realidad nos muestra que aún falta mucho para una tutela judicial “efectiva”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CELORRIO, H. Derechos sociales y tutela judicial. **Estudios de Derecho Administrativo**, v. 3, p. 3-21, 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, A. Algunas cuestiones sobre la caducidad cuatrienal. **Estudios de Derecho Administrativo**, v. 14, p. 1143-1170, 2016.

DURÁN MARTÍNEZ, A. La jurisdicción contencioso-administrativa en el estado democrático de derecho la posición jurídica del ciudadano. **Estudios de Derecho Administrativo**, v. 14, p. 73-111, 2016.

DURÁN MARTÍNEZ, A. Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo. **Revista de Derecho: Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay**, v. 9, n.10, p. 59-91, 2014.

DURÁN MARTÍNEZ, A. La tutela jurisdiccional efectiva y el contencioso administrativo de anulación en Uruguay. **Estudios Jurídicos**, v. 13, p. 115-161, 2014.

CAJARVILLE PELUFFO, J. P. Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal. In: DELPIAZZO, C. E. **Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. p. 925-950.

CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de la tutela judicial efectiva en el contencioso administrativo. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 14, p. 937-968, 2016.

CASTRO RIVERA, A. Principio de tutela judicial efectiva y motivación de la sentencia. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 14, p. 895-935, 2016.

DELPIAZZO, C. E. Amplitud de las pretensiones contencioso administrativa. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 14, p. 147-179, 2016.

DELPIAZZO, C. E. Universalización de la justiciabilidad administrativa. *In*: GALUSSO, Alicia Rodríguez. **Estudios de Derecho Público en homenaje al Prof. Horacio Cassinelli Muñoz**. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay. Facultad de Derecho, 2016. p. 81-105.

DELPIAZZO ANTÓN, G. **Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración**. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2009

ESTEVA GALLICCHIO, E. G. Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre la exclusión de la procesabilidad de actos administrativos en razón del fundamento del acto. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 14, p. 181-192, 2016.

FERRÉS RUBIO, R. Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre las medidas cautelares y provisionales en el proceso de anulación de actos administrativos. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 14, p. 239-252, 2016.

GARAT, M. P. La tutela jurisdiccional efectiva y la reparación en los casos de expropiación: La 'justa compensación' tras la demora estatal en el pago del precio. **Revista de Derecho**: Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, v. 10, n. 12, p. 195-207, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 1, p. 809-815, 2010.

GARCÍA PÉREZ, M. El proceso contencioso-administrativo. *In*: MUÑOZ, Rodríguez-Arana et al. **Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano**. Granada: Comares, 2015. p. 333-360.

RUOCCO, G. Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre la ejecución de la sentencia estimatoria en el proceso de anulación de actos administrativos. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 14, p. 427-461, 2016.

VÁZQUEZ, C. La suspensión de los efectos del acto administrativo. **Revista de Derecho y Tribunales**, n. 33, p. 15-33, 2018.

VÁZQUEZ, C. Ejecución de la sentencia anulatoria. *In*: **[Ponencias]**. Presentado en Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción (Montevideo: 1996); Montevideo: Nueva Jurídica, 1998. p. 51-66.

O impacto social do custo da propina nas contratações públicas: o *compliance* e a gestão de riscos como mecanismos efetivos de mitigação e prevenção

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro¹

Mirela Miró Ziliotto²

SUMÁRIO

1 Considerações iniciais; 2 Contratações públicas e corrupção; 3 O combate preventivo à corrupção amparada na redução e mitigação de riscos; 4 Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há tempos que o combate à corrupção vem ocupando papel de destaque na agenda do Brasil e do mundo. Fenômeno complexo, cujo conceito não é universal e que possui reflexos incalculáveis, sendo nefastos os impactos sociais que lhe são decorrentes e alarmantes os seus impactos econômicos.

Em que pese não exista um conceito universal de corrupção³, há certo consenso na doutrina⁴ de que a corrupção é uma atividade nociva, que atinge todos os países, independentemente de seu grau de desenvolvimento, e equivale a práticas como obtenção de vantagem indevida, abuso de poder, desvio de recursos públicos, lavagem de dinheiro, pagamentos de propina, direcionamento de licitação, superfaturamento de contratos públicos, nepotismo, dentre outras.

Recente levantamento realizado pela Organização das Nações Unidas, publicado no dia mundial de combate à corrupção (09 de dezembro de 2018) demonstra, justamente, que

¹ Pós-Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

² Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo instituto Romeu Felipe Bacellar Filho. Advogada.

³ FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. p. 93

⁴ PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Combate à Corrupção e a Ordem Constitucional: Desafios e Perspectivas para o Fortalecimento do Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Caderno Especial, v. 105, n. 967, p. 21-38, maio 2016. p. 24.

nenhum país está imune à corrupção, e que todos os anos 01 trilhão de dólares são pagos em propinas e outros 2,6 trilhões de dólares são roubados por meio deste tipo de crime; este valor equivale a mais de 5% do PIB global⁵. Mais de 03 trilhões de dólares perdidos. De fato, tem urgência e importância o efetivo combate a essas práticas ilícitas.

Diante desse cenário, existem diversas campanhas ao redor do globo cujo intuito é incentivar políticas contra corrupção. Da mesma forma, os anseios por mudanças culturais inspiram a criação e o fortalecimento de mecanismos aptos a monitorar, controlar e reprimir essa atuação imoral e antiética, que carrega prejuízos à economia, agrava as desigualdades sociais e impede o adequado desenvolvimento econômico-social e sustentável, notadamente de países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil⁶.

Diante dessa preocupação geral com a necessidade em estar em conformidade aos padrões de ética e integridade, o presente estudo tem por objetivo refletir sobre instrumentos previstos na legislação pátria, inspirados em programas de combate à corrupção, aptos a prevenir condutas antiéticas e imorais, cujo objetivo é assegurar, dentre outros parâmetros, eficiência, vantajosidade e sustentabilidade às contratações públicas, reduzindo o impacto negativo de contratações sem estas premissas basilares.

Referidos instrumentos são os Programas de Integridade e *Compliance*, cuja obrigatoriedade de implementação cresce no Brasil, especialmente às entidades públicas e empresas privadas que se relacionam com o Poder Público.

O *Compliance* ficou conhecido com essa nomenclatura na chamada “*Era de Compliance*”, na década de 1950, quando o governo dos Estados Unidos passou a se preocupar com o acompanhamento da legislação e monitoramento de atividades empresariais. Foi na década seguinte, entretanto, que as ações de *Compliance* começaram a se expandir naquele país, que passou a exigir a criação de procedimentos internos aptos a pautar a atuação de empresas privadas⁷.

No Brasil, o tema ganhou especial relevância décadas mais tarde, com a introdução de temas específicos na agenda empresarial como Governança e Governança Corporativa, consolidando-se com a publicação da Lei Federal n. 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, e após com seu Decreto Regulamentador, Decreto Federal n. 8.420/2015, que expressamente fizeram menção aos termos “procedimentos internos de integridade” e “programa de integridade”, respectivamente.

No ano seguinte à publicação do Decreto que regulamentou a Lei Anticorrupção, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, Lei Federal n. 13.303/2016, trouxe a ditames

⁵ ONU news. **O custo da corrupção**: trilhões de dólares são perdidos anualmente, diz Guterres. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651051>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

⁶ Sobre o tema, conferir MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas**. p. 1. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf>. Acesso: 10 nov. 2018.

⁷ NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área da gestão de pessoas. Brasília: Senac, 2014. p. 23.

legais o termo *Compliance*⁸, exigindo das estatais observância e instituição 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.”

Cabe destacar, contudo, que a inserção do *Compliance* no país não se inicia tampouco se esgota com as Leis Federais n. 12.846/2013 e n. 13.303/2016, eis que, ainda que não com essa terminologia, já existiam anteriormente no ordenamento jurídico pátrio normas que introduziram parâmetros de busca pela integridade e transparência. Dentre elas, podem-se elencar o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal – Decreto n. 1.171/1994 –; a Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/2000; a Lei de Acesso à Informação, n. 12.527/2011; a Lei de Conflito de Interesses, n. 12.813/2013 e o Decreto n. 8.793/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Inteligência.

Além desses diplomas, novas leis e atos normativos vêm sendo constantemente publicados, exigindo que as instituições públicas se adéquem e determinem que as empresas privadas também assumam o compromisso de combate à corrupção. É o caso, por exemplo, da Portaria n. 57/2019 da Controladoria-Geral da União – CGU, que alterou a Portaria n. 1.089/2018 que regulamentava a implementação dos Programas de Integridade do Governo Federal, exigindo que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional instituíam um Programa de Integridade que demonstre o comprometimento da Alta Administração e que seja compatível com sua natureza, porte, complexidade, estrutura e área de atuação.

Não há como negar, entretanto, que a Lei Anticorrupção e a Lei das Estatais foram marcos legais importantíssimos 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, e seu decreto regulamentador, por sua vez, em que pese tenham previsto a disciplina dos Programas de Integridade em seus diplomas, não determinaram sua implementação obrigatória às empresas privadas, sendo vistos apenas como uma boa prática recomendada pelos órgãos de controle e entidades internacionais.

Nos últimos anos, entretanto, a onda de combate à corrupção e à 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 impactar diretamente nos estados e municípios brasileiros. É que esse movimento, inserido em um contexto de incentivo à integridade, à moralidade e à probidade, acompanhado de uma indissociável mudança cultural, que antes se tratava apenas de uma boa prática recomendada, está se transformando em efetiva

⁸ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOOTTO, Mirela Miró. Compliance e a lógica do controle interno prevista no artigo 70 da Constituição da República de 1988: trinta anos de atualidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 276.

obrigação às empresas privadas. Hoje, estados, municípios, entidades e órgãos públicos passam a exigir que organizações que pretendam se relacionar em seu âmbito de atuação devam implementar mecanismos de integridade em sua estrutura.

2017, por assim dizer, foi o ano em que muitos Projetos de Leis com o objetivo de combater à corrupção foram apresentados por deputados estaduais e vereadores às suas respectivas casas legislativas ao redor do país. Por certo, grande parte desses projetos foram espelhados nas exigências já disciplinadas na Lei Anticorrupção Empresarial e em seu Decreto Regulamentador, por isso, muitas de suas disciplinas simplesmente repetem a norma federal.

Não obstante, esses novos diplomas também trouxeram novidades, notadamente no tocante a obrigatoriedade da implementação de Programas de Integridade nas empresas privadas que se relacionam com o Poder Público.

A obrigatoriedade da implementação de Programas de Integridade, portanto, já é uma realidade no país, especialmente às empresas estatais e às empresas que se relacionam com o Poder Público do Estado do Rio de Janeiro, do Distrito Federal, do Estado do Rio Grande do Sul, do Estado do Mato Grosso, do Estado do Espírito Santo, do Município de Vila Velha/ES, bem como com a Petrobras e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA.

Diante desse cenário, não resta qualquer dúvida que a preocupação da estrutura orgânica brasileira para com os movimentos em prol do combate à fraude e à corrupção no âmbito das contratações públicas é assente. Além disso, o interesse externado por detrás da publicação de instrumentos normativos que solidificam esses movimentos é legítimo, de modo que as organizações privadas que desejem se relacionar com o Poder Público deverão, em curto prazo, adequar-se às novas exigências. Do contrário, não estarão aptas a contratar com a Administração Pública.

2 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E CORRUPÇÃO

A inclusão do “custo propina” nos valores dos contratos e a inadequação do direcionamento dos recursos públicos por ausência de planejamento é exemplo de que a corrupção é parte integrante das contratações públicas, e mais, que afeta a todos, atingindo “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.”⁹.

Esse cenário impulsiona 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 esse o compromisso de um Estado Republicano Democrático de Direito. Não sem razão, a Lei Anticorrupção possui artigo específico para tratar de práticas ilícitas no âmbito das licitações e contratos públicos, e da mesma forma a Lei Geral de Licitações, que tipifica diversas condutas ilícitas no âmbito das licitações e contratos públicos como crimes.

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, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. p. 94.

Em que pese o “custo propina” seja fenômeno bastante presente nas contratações públicas, a corrupção não se acha estritamente vinculada à propina e utilização inadequada de recursos públicos, podendo ser identificada em todas as fases da licitação, isto é, no planejamento, na seleção do contratado e na execução do contrato. Exemplos de que a corrupção está em todas as fases de contratação são os conhecidos jargões empresariais de que “licitação é processo encomendado”, “o pregoeiro escolhe quem ele quer”, “precisa-se conhecer alguém de dentro”.

Em análise realizada sobre as “*red flags*” apontadas pela Transparência Internacional (TI)¹⁰, que sugerem a ocorrência de práticas ilícitas durante processos de contratação, Cristiana Fortini e Fabrício Motta comentaram algumas práticas que retratam, senão, exatamente os jargões acima referidos, como: [na fase de planejamento] a ausência de transparência na fase interna, bem como na tomada de decisões; acesso inadequado à informação; especificações editalícias fracas que não permitem a avaliação da *performance* do contratado; desvio do padrão usual de contratação; previsão de tempo inadequado para preparação das propostas; diminuição da competitividade; e não esclarecimento conforme de dúvidas; [na fase de escolha do fornecedor] decisões tomadas por um único agente, ausência de expertise pelos responsáveis pelo processo, similitude de propostas, atrasos injustificáveis na seleção e desistência do certame por licitantes qualificados; [na fase de execução e fiscalização do contrato] existência de custos além do contratado sem justificativa, ausência ou pouca fiscalização da execução contratual e ausência de registro de avaliações¹¹.

De fato, a maioria desses riscos de alerta pode sugerir a ocorrência de práticas corruptas e, até mesmo, a própria ineficiência do órgão licitante, contudo, não se pode ignorar o fato de que as “*red flags*” identificadas devem ser tomadas em um ambiente de contratação em que não exista justificativa ao comportamento externado, eis que, do contrário, isto é, caso exista justificativa/motivação para qualquer das práticas, não se estará a tratar de prática ilícita.

Após verificação do que considerou a Transparência Internacional (TI), realmente, temos não ser novidade que, durante a fase interna dos certames, onde as decisões são tomadas fora do alcance da luz, isto é, antes de se tornar público o processo, é plenamente possível que se escolha de antemão a empresa contratada, bastando que se façam exigências indevidas que reduzam a competitividade do certame, ou que incluam indevidamente o processo de contratação no rol das exceções para contratações diretas. Esse exemplo, sem dúvida, é o carro chefe de uma licitação eivada de vícios de corrupção (sem contar com as condutas tipificadas como crime pela Lei n. 8.666/1993).

¹⁰ A TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – TI é um movimento global, cuja visão é um mundo em que governos, empresas e o cotidiano das pessoas estejam livres da corrupção e missão é acabar com a corrupção e promover a transparência e a integridade em todos os níveis e em todos os setores da sociedade. Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/sobre-a-ti/>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

¹¹ FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. p. 96-100.

Também não se pode negar ser bastante comum a imposição de especificações contratuais genéricas propositalmente, eis o objetivo escuso de inviabilizar uma adequada fiscalização no decorrer da execução do contrato, que impedirá a aplicação de eventuais sanções ao contratado ou exigir melhores índices de desempenho. É que, empresas que se submetem às práticas corruptivas, ao oferecerem propina, não o fazem gratuitamente, beneficiando-se às custas do patrimônio público.

Da mesma forma, o contato com “alguém de dentro” pode garantir o conhecimento de informações importantes e privilegiadas, colocando em vantagem o licitante que recebeu essa informação, ou até mesmo direcionando o certame após trocas de informações. Assim, a intimidade entre os licitantes e autoridades responsáveis pelo certame pode proporcionar um ambiente favorável à corrupção, mediante superfaturamento, sobrepreço e cegueira deliberada dos fiscais do contrato.

Casos práticos como os exemplos apontados, contudo, vêm cada vez mais sendo desvelados e reprimidos, seja por incentivo de movimentos e organizações internacionais e nacionais, seja por imposição do Poder Legislativo, seja pelos próprios anseios das sociedades contemporâneas. As fraudes e atos de corrupção devem ser reprimidos com veemência pelos órgãos de controle e, certamente, daqui em diante, menos situações hipotéticas como as acima destacadas serão vivenciadas.

Por isso, é preciso ter em mente que transparência e integridade são grandes aliadas no combate à corrupção, já que amparadas no compromisso de reforçar a agenda brasileira em prol do combate à fraude e à corrupção, transformando a cultura do “jeitinho brasileiro” nos corredores das repartições públicas, fortalecendo mecanismos aptos a monitorar, controlar e reprimir condutas ilícitas e auxiliando na implementação de políticas efetivas e específicas.

É bem verdade que instrumentos e políticas propostos a mitigar ou evitar práticas corruptas não são infalíveis, tampouco podem ser consideradas solução única ao problema da corrupção como prática internalizada universalmente. Não se pode olvidar, contudo, que se por um lado não são infalíveis, por outro, certamente, incentivam a mudança cultural de determinada localidade e auxiliam agentes públicos e privados a frear práticas lesivas e fraudulentas. Como bem destacam Cristiana Fortini e Fabrício Motta, no campo das licitações e contratações públicas não existem ferramentas e mecanismos perfeitos capazes de eliminar os desvios de conduta, 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.

É importante frisar, nesses termos, que no âmbito normativo das licitações e contratos, principiológicamente, o ordenamento pátrio brasileiro está recheado de disciplinas

¹² FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. p. 111.

legais que buscam vedar práticas lesivas. A começar pelos princípios norteadores da atuação administrativa. Nossa Constituição Republicana, em seu artigo 37, disciplina expressamente o princípio da moralidade como um dos cinco pilares da Administração Pública brasileira. Além dessa previsão expressa, a moralidade, assim como a integridade, também se acha implicitamente previstas na norma fundamental, como expressões do princípio da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência.

Em âmbito infraconstitucional não é diferente. A Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei Federal n. 8.666/1993, prevê expressamente em seu artigo 3º a necessária observância do princípio da moralidade, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável e do julgamento objetivo das propostas. Além disso, conforme já destacado, tipifica como crime alguns ilícitos e fraudes à licitação.

Indo além, o Estatuto Jurídico das Estatais, Lei Federal n. 13.303/2016, além de destacar os princípios já citados, previu expressamente em seu artigo 31 que se considera contratação mais vantajosa àquela 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 (inciso I, §1º) e superfaturamento quando houver medição superior, deficiência na execução e alteração nos orçamentos (inciso II, §1º). Verdadeiras fraudes à licitação e à execução do contrato. Ainda, em seu artigo 32 destacou expressamente a integridade como diretriz nas transações com partes relacionadas no âmbito das licitações e contratos das estatais.

Além desses instrumentos infralegais, outros tantos passaram a tratar da temática. Daí dizer que o combate à fraude e à corrupção é constituído por uma sistemática formada por instrumentos distintos, incluindo a legislação. Mas não só. Para que o sistema se fortaleça é preciso que entes, entidades e agentes públicos, organizações privadas e a sociedade comprometam-se com a pauta anticorrupção e busquem o fortalecimento de procedimentos que impliquem mudanças de valores sociais, culturais e históricos.

A legislação brasileira é rigorosa quanto à aplicação de sanções àqueles que pratiquem ou coadunam com práticas corruptivas, de modo que o que se espera é que esse rigor repercuta com maior impacto nas contratações públicas. Por isso, não deixemos que comecem as sanções para nos adequarmos às novas exigências legais. Isto é, que não deixemos iniciar a chuva para que comecemos a arrumar o telhado.

O compromisso do Poder Público e das empresas privadas com políticas de transparência e integridade deve se dar de maneira urgente, do contrário, a Administração Pública continuará expulsando empresas idôneas de seus processos e, por conseguinte, permanecerá contratando mal, afetando diretamente o mercado e o desenvolvimento econômico, social e sustentável do país.

3 O COMBATE PREVENTIVO À CORRUPÇÃO AMPARADA NA REDUÇÃO E MITIGAÇÃO DE RISCOS

Junto à ideia de um sistema efetivo de combate à fraude e à corrupção, importante tecer breves considerações a respeito da nova linha que vem se apropriando a atividade estatal no campo da implementação de mecanismos e políticas de integridade.

A evolução crescentemente complexa e dinâmica da sociedade brasileira, especialmente na busca por maior participação, notadamente em questões que envolvem escândalos de corrupção, exige que sejam repensadas algumas formas de atuação estatal. Assim, nesse tempo de revisão de dogmas, tem ocupado relevante espaço na pauta de discussões doutrinárias o fenômeno da abertura do Estado ao consenso, da prevenção *versus* sanção.

Partindo da premissa da existência de um novo modelo de controle estatal que tem por base a dialogicidade, relevante importância guarda a atuação preventiva da Administração, que, inclusive, extrai-se da legislação mais recente publicada no país e, também, da característica participativa assumida pela sociedade contemporânea, que valoriza o diálogo para efetivação de seus direitos.

A valorização do diálogo, impulsionou o processo de perda gradual do caráter eminentemente sancionatório do Estado, abrindo-se ala para uma atuação mais preventiva e negociada. A prevenção trata-se de instrumento típico de uma Administração consensual, de impulso, que visa encerrar o problema antes de torná-lo litigioso e da concretização de eventos de impactos danosos.

No âmbito das licitações e contratos administrativos, a prevenção pode ser extraída do mapeamento de riscos e elaboração de matriz de riscos (*Risk Assessment*) nos contratos administrativos, sendo forte aliada do controle e monitoramento de práticas ilícitas e imorais, eis que permite averiguar se os atos públicos e privados estão de acordo com a suas finalidades legais e institucionais. Além disso, a prevenção é tipicamente extraída da mitigação e correção de atos fraudulentos ou práticas corruptas para que se evitem danos futuros ao erário e à própria sociedade que usufrui grande parte dos objetos contratados pelo Poder Público.

Assim, apenas nos casos em que as práticas preventivas não deem conta de evitar ou mitigar o evento danoso é que deverá ser instaurado o correspondente processo de responsabilização e averiguação de atos irregulares ou faltosos. E mesmo nesses casos, mecanismos auxiliares também têm preterido à sanção. É o caso, por exemplo, do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção, instituído como instrumento a assegurar maior eficiência nos processos de averiguação de condutas e responsabilização de agentes.

Nesse contexto, cumpre registrar que a Lei Anticorrupção Empresarial, que teve sua aprovação acelerada diante de pressões populares em relação ao combate à corrupção, foi editada com o intuito de reprimir condutas que atentam à moralidade, à probidade e à integridade, mediante a imposição de sanções, bem como de preveni-las, instituindo-se

mecanismos de monitoramento e controle. Diante disso, essa lei passou a integrar o sistema legal de defesa da moralidade, que é composto pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), pela parte penal da Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8666/92), pela lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/11) e pela Lei da Ficha Limpa, (Lei Complementar n. 135/2010)¹³.

A ampliação da cultura de integridade nas organizações, sejam elas públicas ou privadas, muitas vezes se materializa mediante a implementação de Programas de *Compliance*. É que a Lei Anticorrupção Empresarial, ao tratar do dever de diligência especial no âmbito das empresas privadas, impõe a cultura moral de criação de estruturas internas, como Programas de Integridade de acordo com parâmetros anticorrupção¹⁴. A existência desses programas, por sua vez, como determina de forma expressa o artigo 7º, inciso VIII da Lei Anticorrupção Empresarial, deve ser levada em consideração à aplicação de sanções, sendo um instrumento, por assim dizer, de combate preventivo, já que busca incentivar as empresas a adotarem mecanismos de integridade e, em contrapartida, reduz eventuais sanções aplicadas.

Daí se afirmar a importância dos Programas de Integridade como mecanismos aptos a controlar e prevenir práticas corruptas, e, por conseguinte, modificar a cultura do “custo propina” nas contratações públicas, beneficiando àqueles que mais dependem dos serviços prestados pela Administração Pública para obtenção de uma vida digna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos mecanismos, instrumentos legislativos e panoramas abordados nesta breve análise, pode-se concluir que a adequação de públicos e privados aos valores da ética e da integridade é compromisso que permanecerá na pauta e agenda do país.

Como se viu, houve um enorme impulso legislativo em prol da implementação de Programas de Integridade e *Compliance* em empresas estatais e em empresas que se relacionam com o Poder Público. Além das alterações legais, a atitude de organizações nacionais e internacionais e os anseios por mudanças culturais inspiram a criação e o fortalecimento de mecanismos aptos a monitorar, controlar e reprimir essa atuação imoral e antiética, que traz inúmeros prejuízos ao país.

Diante disso, podemos concluir que, em prol da redução dos impactos do “custo propina” nas contratações públicas, empresas privadas que desejem permanecer contraindo com a Administração Pública deverão se adequar às novas exigências, de modo a

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas**. p. 03-04. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846/2013). **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 82, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

demonstrar seu compromisso com o combate à fraude e a corrupção e, por conseguinte, evitar os efeitos nefastos e em cadeia destas práticas.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOOTTO, Mirela Miró. Compliance e a lógica do controle interno prevista no artigo 70 da Constituição da República de 1988: trinta anos de atualidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846/2013). **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 82, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área da gestão de pessoas**. Brasília: Senac, 2014.

ONU news. **O custo da corrupção**: trilhões de dólares são perdidos anualmente, diz Guterres. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651051>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Combate à Corrupção e a Ordem Constitucional: Desafios e Perspectivas para o Fortalecimento do Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Caderno Especial, v. 105, n. 967, p. 21-38, maio 2016.

O fim da democracia e a escalada para o fascismo

Tarso Cabral Violin¹

Isabele Amorim Machado²

Devemos ficar atentos para que o sentido dessas palavras não seja esquecido de novo. O Ur-Fascismo ainda está ao nosso redor, às vezes em trajes civis. Seria muito confortável para nós se alguém surgisse na boca de cena do mundo para dizer: 'Quero reabrir Auschwitz, quero que os camisas-negras desfilem outra vez pelas praças italianas!' Infelizmente, a vida não é tão fácil assim! O Ur-Fascismo pode voltar sob as vestes mais inocentes. Nosso dever é desmascará-lo e apontar o dedo para cada uma de suas formas – a cada dia, em cada lugar do mundo.³

Umberto Eco

SUMÁRIO

I Introdução; II O fascismo eterno; III O fascismo-neoliberal; IV Como as democracias morrem; V Conclusões; Referências.

I INTRODUÇÃO

É uma grande honra ter participado do VIII Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e do VII Congresso Sulamericano de Direito Administrativo, na bela

¹ Doutor e Mestre em Estado, Economia e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo, Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado e Ciência Política da Faculdade de Direito de Pinhais (FAPI) e da Faculdade de Direito Paranaense (Fapar). Coordenador da Pós-Graduação EAD em Administração Pública e Estado da ABDCnst.

² Escritora. Bacharelada em Direito pela Faculdade de Direito de Pinhais (Fapi).

³ ECO, Humberto. **O fascismo eterno**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 60-61.

e agradável cidade de Foz do Iguaçu em 2018, e uma satisfação contribuir para a presente obra, *A Existência Digna e a Administração Pública no Século XXI*.

A existência apenas será digna com a implantação de um Estado Social e Democrático de Direito no Brasil e demais países ainda em desenvolvimento, nos moldes dos países cêntricos, bem como de uma Administração Pública profissionalizada que priorize o atendimento do interesse público e dos direitos fundamentais. Não há outra saída. A solução para os grandes problemas brasileiros não se encontra no Direito Penal, Direito Constitucional ou Direito Administrativo, afinal não será e nunca foi o Direito que resolverá as grandes mazelas do país. O problema do Brasil é, antes de mais nada, político e democrático.

O Direito sempre foi muito mais reativo às grandes mudanças na sociedade do que um agente propulsor. Primeiro, ocorreram as revoluções burguesas, que iniciaram a implementação dos ideais iluministas, para que depois as leis e o Direito evoluíssem para a tentativa de implementação do que foi conquistado nas ruas, na sociedade. As reformas e revoluções sociais que implementaram Estados de Bem-Estar Social e Socialistas ocorrem sob influência de movimentos sociais contrários à “exploração do homem pelo homem”⁴ e da desigualdade gerada pelo capitalismo liberal, para apenas depois serem criadas constituições sociais nesse dialético processo de busca pelo dever ser.

Sendo assim, será a política, por meio de uma democracia social, que garantirá a criação de sociedades e Estados com existências dignas. Será a política, seja por meio da Democracia representativa ou participativa/deliberativa, que garantirá a transformação da Administração Pública em um instrumento para a construção de novas conquistas. Não adianta aprimorarmos a lei de licitações⁵, prever devido processo legal na Constituição, aplicarmos modelos copiados de leis de outros países se a política e, sobretudo, a nossa democracia brasileira não forem aprimoradas. Assim, ao invés de nos desgastarmos em debates intermináveis que são, diga-se de passagem, não-essenciais para o futuro da nação, poderíamos focar no debate de como a Administração Pública pode contribuir para aprimorar a política e a Democracia.

O Brasil vive hoje em um período pré-iluminista na questão política⁶, no qual conquistamos como a Democracia, a República, o Estado Laico, os direitos fundamentais indivi-

⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. In: COUTINHO, Carlos Nelson et al. **O manifesto comunista 150 anos depois**: Karl Marx e Friedrich Engels. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998. p. 7-41. p. 26.

⁵ O Decreto-Lei 2.300/1986, a Lei 8.666/93 e a criação de novas modalidades licitatórias como o Pregão e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) não criaram uma Administração Pública mais profissionalizada e menos corrupta.

⁶ O Iluminismo é um movimento filosófico e cultural que surgiu na França no século XVII, que se espalhou por todo o ocidente, com um forte apelo à razão, para fins de “iluminar” as trevas em que se encontrava a sociedade, em período de crescente desenvolvimento econômico das cidades, surgimento de uma burguesia comerciante/mercantil, crescimento da classe dos trabalhadores pobres livres, revoltas populares, guerra entre potências pelo domínio dos mares e dos novos territórios descobertos, queda de reis e de famílias da nobreza, ascensão de famílias comerciantes e de novos reis que as favoreciam contra os nobres, contra uma ideia de hierarquia natural. Era contra o antigo regime e o absolutismo, e defendia os ideais de Igualdade, Liberdade e Fraternidade, que seriam as bases da Revolução Francesa em 1789.

duais e liberdades em geral, o devido processo legal, e a presunção de inocência, estão sendo questionados por uma onda mundial neoliberal-fascista. Isso vem ocorrendo desde a onda reacionária iniciada com as jornadas de junho de 2013, a Operação Lava Jato, o golpe de 2016⁷ e, como ponto culminante, a eleição de Jair Bolsonaro (PSL) como atual presidente do Brasil⁸.

Ocorre que, se estagnamos no pré-iluminismo nas questões das liberdades civis e nos direitos de primeira geração, na questão social e econômica não avançamos para os direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais e, com isso, vivemos uma nação presa nos séculos XVIII e IX⁹. Ao contrário de países desenvolvidos cênicos, como Inglaterra, Alemanha, França e países nórdicos, não foi implementado um Estado de Bem-Estar Social que intervenha na economia e no social para a garantia da justiça social, redução das desigualdades e desenvolvimento nacional sustentável¹⁰.

Após a redemocratização, pós-ditadura militar, antes dos movimentos fascistas-neoliberais que se iniciaram em 2013 com os patos amarelos nas ruas, o grande sonho brasileiro concentrava-se em implementar o Estado Social e Democrático de Direito, aos olhos da ainda menina Democracia, nos termos da Constituição de 1988. Agora, com o regresso ao pré-iluminismo, nem as conquistas que pareciam consolidadas com as garantias individuais, Democracia e Estado Laico estão seguras.

Na luta pela redemocratização pretendia-se transformar a Democracia formal prevista nas normas em democracia substancial¹¹. Agora, até a Democracia formal está sendo questionada pela onda reacionária que gera o “fascismo eterno”.

⁷ Sobre o Impeachment/Golpe de 2016, ver: SALGADO, Eneida Desiree. **Um diário do governo interino**. Curitiba: Íthala, 2016. SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Leya, 2016. PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (Orgs.). **A resistência ao golpe de 2016**. Bauru: Canal 6, 2016. ROVAL, Renato. **Golpe 16**. São Paulo: Publisher Brasil, 2016.

⁸ Até defensores de que a o Planeta Terra é plano já voltaram a existir. ALVIM, Mariana. Quem são e o que pensam os brasileiros que acreditam que a Terra é plana. **BBC News**, Brasil, set. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41261724>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

⁹ Se estamos em fase de gestação dos direitos de primeira geração – liberdade, direitos civis e políticos –, tanto em concreto quanto em abrangência, não há o que se pensar/falar de direitos fundamentais de segunda geração institucionalizados –através da segurança jurídica de garantias sociais –, muito menos podemos citar a fraternidade dos de direitos de terceira geração – como a busca pela paz mundial, a qual Angela Davis define como “algo inextricavelmente ligado à nossa capacidade de conquistas a justiça racial, sexual e econômica, quando falamos em paz, devemos falar também em liberdade”. DAVIS, Angela. **Mulheres, cultura e política**. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 65. Sobre direitos de primeira e segunda geração, ver: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 516-519.

¹⁰ Sobre neoliberalismo e o Estado de Bem-Estar Social ver o nosso: VIOLIN, Tarso Cabral. Neoliberalismo e Constituição Social. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito Administrativo e suas transformações atuais** – homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2016. p. 227-241.

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os Estados formalmente democráticos são aqueles que embora acolham nominalmente em suas Constituições modelos institucionais, de países política, econômica e socialmente mais evoluídos, neles não aportam; a democracia seria “de fachada”, mesmo que seus governantes sejam investidos em decorrência de eleições; tenham os três poderes; e acolham, em tese, os princípios da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais. São Estados onde a população, sem cultura política, é dirigida pelas classes sociais dominantes, que manipulam a comunidade, sendo que a democracia não foi

II O FASCISMO ETERNO

O escritor italiano Umberto Eco, em sua obra *O fascismo eterno*, alerta que se pensarmos nos governos totalitários europeus do período pretérito à segunda grande guerra mundial, “seria muito difícil que, em circunstâncias históricas tão diversas, retornassem sob a mesma forma”, que a direita de hoje tem muito pouco a ver com o velho fascismo e não entende que “o velho nazismo, em sua forma original, esteja ressurgindo como movimento capaz de mobilizar uma nação inteira”, mas que existe outro fantasma rondando o mundo¹².

Segundo o filósofo, “o fascismo não era uma ideologia monolítica, mas antes uma colagem de diversas ideias políticas e filosóficas, um alveário de contradições”, mas era uma confusão estruturada, sob o ponto de vista emocional firmemente articulado a alguns arquétipos, com a prisão e morte de adversários, suspensão da liberdade de imprensa, sindicatos desmantelados, Poder Legislativo como pura ficção, e o Poder Executivo que controlava o Judiciário e a mídia e que promulgava diretamente as leis, inclusive com a defesa do Holocausto¹³.

O autor chama de “Ur-Fascismo” ou “fascismo eterno” essa confusão não sistemática, muitas vezes contraditória, quando se apresente uma das seguintes características¹⁴:

- a) culto da tradição, no sentido de que não pode existir o avanço do saber;

um “resultado de aspirações que hajam genuinamente germinado, crescido e tempestivamente desabrochado no seio da Sociedade”. Para ele, “uma vez reconhecido que nos Estados apenas formalmente democráticos o jogo espontâneo da forças sociais e econômicas não produziu, nem produz por si mesmo — ou ao menos não o faz em prazo aceitável — as transformações indispensáveis a uma real vivência democrática, resulta claro que, para eles, os ventos neoliberais, soprados de países cujos estágios de desenvolvimento são muito superiores, não oferecem as soluções acaso prestantes nestes últimos. Valem, certamente, como advertência contra excessos de intervencionismo estatal ou contra a tentativa infrutífera de fazer o Estado um eficiente protagonista estelar do universo econômico. Sem embargo, 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”. O autor entende que atribuir ao Executivo poderes para disciplinar relações entre Administração e administrados é, nos países de democracia ainda imatura, comportamento que em nada concorreria para formação de uma consciência valorizadora da responsabilidade social de cada qual (cidadania) ou para encarecer a importância de instituições impersonalizadas como instrumento de progresso e bem-estar de todos. Ainda aduz: “Talvez se possa concluir, apenas, que as condições evolutivas para aceder aos valores substancialmente democráticos, como igualdade real e não apenas formal, segurança social, respeito à dignidade humana, valorização do trabalho, justiça social (todos consagrados na bem concebida e maltratada Constituição Brasileira de 1988), ficarão cada vez mais distantes na medida em que os Governos dos países subdesenvolvidos e dos eufemicamente em vias de desenvolvimento — em troca do prato de lentilhas constituído pelos aplausos dos países cênicos — se entreguem incondicionalmente à sedução do canto de sereia proclamador das excelências de um desenfreado neoliberalismo e de pretensas imposições de uma idolatrada economia global. Embevecidos narcisisticamente com a própria “modernidade”, surdos ao clamor de uma população de miseráveis e desempregados, caso do Brasil de hoje, não têm ouvidos senão para este cântico monocórdio, monolítica e incontrastavelmente entoado pelos interessados”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas do direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 371-390.

¹² ECO, Humberto. **O fascismo eterno**. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 22-23.

¹³ ECO, Humberto. **O fascismo eterno**. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 32; 39.

¹⁴ ECO, Humberto. **O fascismo eterno**. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 44-59.

b) tradicionalismo com a recusa da modernidade (irracionalismo), com rejeição à revolução francesa e estadunidense, sendo o iluminismo e a idade da razão vistos como o início da depravação moderna;

c) irracionalismo depende do culto da ação pela ação, com a ação devendo ser realizada antes de e sem nenhuma reflexão. Uso de expressões como “porcos intelectuais”, “cabeças-ocas”, “esnobes radicais”, “universidades são um ninho de comunistas”, com suspeitas em relação ao mundo intelectual, com intelectuais fascistas oficiais empenhados principalmente em acusar a cultura moderna e a Inteligência liberal de abandono dos valores tradicionais¹⁵;

d) desacordo é traição, pois o espírito crítico opera distinções, e distinguir é um sinal de modernidade. Mas na cultura moderna, a comunidade científica percebe o desacordo como instrumento de avanço dos conhecimentos;

e) busca consenso utilizando e exacerbando o natural medo da diferença (o desacordo é um sinal de diversidade), contra os intrusos, racista por definição;

f) provém da frustração individual ou social, apelo às classes-médias frustradas (velhos proletários que se transformaram em burguesia), desvalorizadas por alguma crise econômica ou humilhação política, assustadas pela pressão de grupos sociais subalternos;

g) nacionalismo com a obsessão da conspiração internacional, pois o único privilégio é o mais comum de todos, ter nascido em um mesmo país, os únicos que podem fornecer uma identidade às nações são os inimigos, apelo à xenofobia, seguidores se sentem sitiados. Mas conspiração pode vir também do interior, como por exemplo os judeus;

h) adeptos devem se sentir humilhados pela riqueza ostensiva e pela força do inimigo (ingleses, judeus etc.), e devem ser convencidos de que podem derrotar o inimigo. Inimigos são ao mesmo tempo fortes demais e fracos demais. Fascismos estão condenados a perder suas guerras, pois incapazes de avaliar com objetividade a força do inimigo;

i) não há luta pela vida, mas antes vida para a luta, pacifismo é conluio do inimigo, é mau, porque a vida é uma guerra permanente. Mas há contradição, pois se inimigos forem derrotados o movimento assumirá o controle do mundo, com paz;

j) elitismo popular/de massa, com desprezo pelos fracos, os membros do partido são os melhores, com líder que conquista o poder pela força, com as massas débeis que merecem um dominador, com hierarquia militar, com líder desprezando seus subalternos;

k) cada um é educado para se tornar herói, com culto da morte, mas sua impaciência provoca com maior frequência a morte dos outros;

l) desdém pelas mulheres (machismo) e condenação intolerante a hábitos sexuais não conformistas (da castidade à homossexualidade), pois guerra permanente e heroísmo

¹⁵ Eco informa que Goebbels dizia que “quando ouço falar em cultura, pego logo a pistola”, mas se discute se realmente o Ministro da propaganda de Adolf Hitler teria dito a frase ou se foi apenas uma sátira contra o líder nazista.

são jogos difíceis de jogar, com transferência da sua vontade de poder para questões sexuais. Como sexo também é jogo difícil, o fascista joga com as armas (objeto fálico);

m) populismo qualitativo, pois os indivíduos enquanto indivíduos não têm direitos, o líder se apresenta como o intérprete da vontade comum do povo, que não age por ter perdido seu poder de delegar. Oposição aos pútridos governos parlamentares;

n) textos pobres e elementares (novíngua de Orwell).

Muito embora Eco falasse da Itália e de outras realidades, principalmente europeias ou dos países cêntricos, infelizmente seu texto se encaixa exatamente no que ocorre no Brasil na atualidade.

O Brasil vive uma escalada para o “fascismo eterno” de Eco, se considerarmos que os integrantes do governo federal atual e seus apoiadores fazem um culto da tradição, com defesas da tortura, do golpe de 1964 e da ditadura militar¹⁶, da Escola Sem Partido¹⁷, da universidade apenas para uma elite intelectual e não para todos¹⁸, ataques aos movimentos LGBTIs¹⁹ e feministas²⁰, e contra o Estado Laico e várias liberdades individuais²¹. Isto é, contrários aos avanços do saber dos séculos XIX, XX e XXI e um retrocesso aos períodos pré-renascentistas e pré-iluministas da idade das trevas, com um irracionalismo que recusa a modernidade e as revoluções burguesas. Uma batalha surreal contra o que chamam de “depravação moderna”.

No irracionalismo do atual governo federal pratica-se o culto da ação pela ação, com ações sendo realizadas antes de qualquer reflexão, e desmentidos posteriores via redes sociais ou desculpas como “não foi bem assim”, “foi uma frase fora de contexto”, etc.²². Como fazem parte de uma direita radical, qualquer ideário de centro-direita, centro, centro-esquerda ou esquerda são pejorativamente classificados como “porcos intelectuais”, “cabeças-ocas”, “esnobes radicais”, nos exatos termos lembrados por Eco. Também acusam

¹⁶ Pré-candidato, Bolsonaro tenta criar a “extrema direita light”. Folha de S. Paulo de 09.06.2016.

¹⁷ “Será uma coisa moderada”, diz futuro ministro sobre projeto da Escola sem Partido. Folha de S. Paulo de 24.11.2018.

¹⁸ “UNIVERSIDADES devem ficar para uma elite intelectual”, diz ministro da educação. **Revista Fórum**, 28 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/universidades-devem-ficar-reservadas-para-uma-elite-intelectual-diz-ministro-da-educacao/>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

¹⁹ “SEXO entre mulher com mulher é aberração”, diz Damares em clínica para homossexuais. **Jornal GGN**, 5 jan. 2019. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/direitos-humanos/sexo-entre-mulher-com-mulher-e-aberracao-diz-damares-em-clinica-para-homossexuais/>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

²⁰ ATO bolsonarista: “Para feministas, ração na tigela. As mina de direita são top mais belas; as de esquerda têm mais pelos que cadelas”. **RedeTV**, 24 set. 2018. Disponível em: <<https://www3.redeTV.uol.com.br/blog/reinaldo/ato-bolsonarista-para-feministas-racao-na-tigela-as-mina-de-direita-sao-as-top-mais-belas-as-de-esquerda-tem-mais-pelos-que-cadelas/>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

²¹ OS quatro mitos que impulsionam a candidatura de Jair Bolsonaro. **Viomundo**, 18 out. 2017. Disponível em: <<https://www.viomundo.com.br/politica/os-quatro-mitos-que-impulsionam-a-candidatura-de-jair-bolsonaro.html>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

²² BOLSONARO diz ao Supremo que PGR tirou frases de contexto em acusação de racismo. **Folha de S. Paulo**, 22 jun. 2018.

que as “universidades são um ninho de comunistas”²³, empenhados na luta contra qualquer conquista pós-revolução francesa.

No nosso “fascismo eterno”, além de buscar pelo consenso acrítico e de usar do medo do diferente, da diversidade e das minorias de direitos (como os pobres, as mulheres, os gays, os negros, os índios ou os estrangeiros), também provém uma frustração individual ou social e apelo às classes-médias, que se sente esmagada por um lado pelos ricos sempre privilegiados e cada vez mais ricos, e do outro lado dos pobres que em períodos de aplicação do Estado de Bem-Estar Social podem ocupar espaços que sempre foram entendidos como dessa classe-média cada vez menos politizada, e que em período de crise econômica, sem qualquer consciência de classe, se voltam não contra as elites econômicas, mas contra os grupos sociais subalternos. No caso do Brasil as classes-médias ainda se sentiram humilhadas com a derrota nas urnas do candidato Aécio Neves (PSDB) e a reeleição de Dilma Rousseff (PT) em 2014.

O fascismo brasileiro também é nacionalista, com a defesa do privilégio apenas para quem é brasileiro, com obsessão da conspiração internacional, com o inimigo sendo o estrangeiro, o refugiado, de países com governos contrários às suas ideologias como Venezuela e Cuba; e também de inimigos internos, que são os “comunistas”, os “bolivarianos”, os “petistas petralhas”, e os membros de movimentos sociais que defendam as minorias políticas.

Eco entende que uma das características do “fascismo eterno” é que os adeptos devem se sentir humilhados pela riqueza ostensiva e pela força do inimigo e devem ser convencidos de que podem derrotá-lo. Como o nosso fascismo também é neoliberal, no Brasil os fascistas não são considerados humilhados pela riqueza. Pelo contrário, defendem os ricos, que seriam os meritórios, contra a cobrança de tributos de grandes fortunas, inclusive com a defesa dos privilégios dos agentes públicos como juizes e membros do ministério público que recebam altos salários²⁴. Aqui, portanto, os adeptos do fascismo não se sentem humilhados pela riqueza ostensiva do judeu ou do inglês liberal da época do nazismo, mas se sentem humilhados com a força que seus “inimigos” políticos têm ou tinham nas urnas, com uma guerra permanente contra liberais de centro-direita, socialdemocratas de centro-esquerda e socialistas de esquerda²⁵.

O fascismo atual também é elitista popular/de massa, com desprezo pelos fracos, pelas minorias, com uma seletividade contra os adversários e uma convivência a favor dos membros do partido, dos “amigos do rei”²⁶, com a perseguição e criminalização de adversá-

²³ EDUCAÇÃO, o primeiro ‘front’ da guerra cultural do Governo Bolsonaro. **El País**, 5 nov. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/01/politica/1541112164_074588.html>. Acesso em: 16 fev. 2019.

²⁴ Sobre a falta de consciência de classe do proletário ver: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. S.l.:Jahr, 1999.

²⁵ Sobre o conceito de inimigo ver: SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

²⁶ Como já dizia Manuel Bandeira “Vou-me embora pra Pasárgada, Lá sou amigo do rei, Lá tenho a mulher que eu quero, Na cama que escolherei, Vou-me embora pra Pasárgada”. BANDEIRA, Manuel. **Libertinagem**, 1930.

rios e abrandamento com os poderosos de plantão, como a atuação do Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, contra seus adversários políticos e a defesa intransigente de maus feitos de seus colegas de governo, como no caso de denúncias contra ministros e parentes do presidente. Nesse fascismo, os “amigos do rei” são os melhores, o líder domina as massas, é o “mito”, e a hierarquia defendida é a militar, seja no governo ou nas escolas, com desprezo aos direitos dos subalternos, sejam os futuros aposentados, os professores, as mulheres ou os índios.

Nesse fascismo há um culto ao herói, ao mito, o que escapou da morte pela facada. Cada um também é educado para se tornar herói, com a defesa intransigente do ideal fascista-neoliberal, nas ruas e redes sociais, o que vem levando a um aumento do número de mortes por milícias, feminicídios, homicídios contra a comunidade LGBTI e adversários políticos.

O fascismo atual também não é nada liberal com relação aos direitos da mulher e homossexuais, com uma grande intolerância contra conquistas já consagradas durante os séculos XX e XXI, um “caretismo” que parece substituir a liberdade sexual pelo desejo fálico de ter uma arma e um retorno ao estado de natureza do “todos contra todos”²⁷.

O fascismo eterno também criminaliza a política e o político parlamentar é sempre o mau, enquanto o bonzinho é o agente público dos órgãos repressivos como a polícia, a magistratura e o ministério público. O parlamento e a imprensa, como representantes ou intermediários, são desnecessários, e o presidente governa e dialoga por meio das redes sociais, com poucos caracteres, com textos pobres e elementares. Nessa fatídica realidade o povo não tem direitos, o presidente é o intérprete da vontade comum do povo e os cidadãos não precisam mais agir, não há que se falar em democracia direta ou participativa.

Os liberais econômicos se insurgiram contra o fascismo e nazismo da primeira metade do século XX, mas parece que agora os neoliberais se uniram ao fascismo para a garantia de seus ideais de Estado mínimo.

III O FASCISMO-NEOLIBERAL

Outro pensador italiano, Antonio Negri²⁸, em artigo no qual analisa a realidade brasileira após a eleição em 2018 do presidente Jair Bolsonaro (PSL), entende que o “estranho” fascismo que ora se aplica nos Estados Unidos da América e no Brasil “está em profunda conjugação com o neoliberalismo”, e “uma nova experiência radical das teorias de Chicago deve encontrar em seu desenvolvimento”. Para o autor “as atuais conversões fascizantes da classe dirigente capitalista [...] parecem determinadas pela necessidade de apoiar com mais força, por todos os meios estatais, compulsivamente, um desenvolvimento *mais neoliberal* em profunda crise”. Para ele isso é uma deformidade: “*a força do autoritarismo é*

²⁷ Sobre o estado de natureza ver: HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

²⁸ NEGRI, Antonio. Primeiras observações sobre o desastre brasileiro: o caminho democrático para o fascismo. **Revista Cult**, 29 nov. 2018. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

chamada em apoio à crise do liberalismo". Ou seja, o fascismo se apresenta "como a face dura do neoliberalismo". O autor informa que o fascismo de hoje é reacionário também no campo político, diferente do fascismo dos anos 1920-30, que era relativamente progressista ("pseudo-keynesiano").

Negri informa que se antes "as constituições democráticas eram inadequadas para bloquear a crise da democracia, na situação atual favorecem a ascensão do fascismo, gerando corrupção", pois "as modernas constituições democráticas foram organizadas num confronto dinâmico de interesses eventualmente fundidos à direita e à esquerda, entorno de um modelo de inimizade e com padrão de solução pacífica para isto, na hipótese de uma posição equilibrada dos interesses conflitantes".

Para ele, a globalização exigiu uma homogeneização da governança no âmbito global, requerendo para governar inserir nas constituições regras desenvolvidas pelas relações monetárias multinacionais das empresas no mercado global, eliminando substancialmente o confronto, mas essa fase acabou e a acentuação dos conflitos pela globalização leva a uma crise do que ele chama de "formas de *governance* demoliberais", gerando as rupturas como "*America first, Brexit*" e agora "*Brazil first, Italia first*", com incidentes que acabam com a democracia progressista e transformam os Estados, ainda mais em momentos de crise econômica.

Negri entende que com o enfraquecimento do poder estadunidense, que dava um certo equilíbrio global, o processo de escalada do fascismo se acelerou, se instalou e se arma do neoliberalismo como projeto para dominá-lo. O autor diz que o neoliberalismo encontra-se numa situação desesperada, tendo deslocado ou rejeitado o antigo equilíbrio constitucional democrático; está agora exposto ao vazio e precisando de algo novo, o encontra em formas de autoritarismo e de fascismo renovados, recorrendo de instrumentos midiáticos, ideológicos e de difamar e destruir as forças que se opuserem. Antes eram os keynesianos e forças socialdemocratas, agora os chamados de "comunistas" e "bolivarianos": "este fascismo fundado no vácuo ideológico qualifica-se como um falsificador da memória e restaurador reacionário de identidades passadas. Que seja um passado escravagista como nos EUA, importa; que seja um presente escravocrata, como no Brasil, isto preocupa ainda mais".

Necessário, ainda, analisar como as democracias podem morrer.

IV COMO AS DEMOCRACIAS MORREM

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, na obra *Como as democracias morrem*²⁹, analisam a democracia e o autoritarismo nos Estados Unidos da América e em vários outros países, mostrando que a morte da democracia atualmente quase não se dá nas mãos de homens armados, como em golpes militares rápidos, como no Chile contra Allende, mas com líderes

²⁹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

eleitos, com os regimes democráticos decaindo aos poucos, quase de forma imperceptível, como no Peru, Venezuela, Hungria ou Rússia. As Constituições e outras instituições nominalmente continuam vigentes, as pessoas votam, os jornais existem e autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência.

Os cientistas políticos estadunidenses informam que os Estados Unidos da América estão nesse caminho, com a eleição de Donald Trump (Partido Republicano) em 2016; e que isolar *outsiders* demagogos extremistas populares exige coragem política, o que não teve o Partido Republicano, por medo, oportunismo ou erro de cálculo, ao trazer um extremista como candidato presidencial, normalizando as eleições. Isso gerou um perigo para a democracia, quando os partidos políticos devem ser os guardiões dela, pois são a verdadeira proteção contra autoritários³⁰.

Os professores informam que para a identificação de políticos antidemocráticos, há quatro sinais de alerta como os que:

a) rejeitam, em palavras ou ações, as regras do jogo democrático. Rejeitam a Constituição ou querem violá-la, aumento de número de magistrados na Corte Constitucional para domínio político, proibição de organizações, restrição de direitos civis/políticos básicos, golpes militares, restrição do direito de voto de minorias, protestos de massa destinados a forçar mudanças no governo, tentam silenciar figuras culturais e tentam minar a legitimidade das eleições³¹;

b) negam a legitimidade dos oponentes. Descrevem seus rivais como subversivos ou opostos à ordem constitucional, rivais são ameaças à segurança nacional ou modo de vida predominante, ou são criminosos ou agentes estrangeiros;

c) toleram e encorajam a violência. Laços com gangues ou milícias, estimulam ataques a oponentes, e sem punição a apoiadores, e elogiam atos de violência do passado ou em outros países; e,

d) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia. Apoiam leis que restrinjam protestos ou críticas, ameaças contra rivais e elogios a medidas repressivas no passado ou em outros lugares no mundo.

Levitsky e Ziblatt informam que nenhum candidato preencheu nenhum dos quatro critérios no último século, nem mesmo Richard Nixon, mas apenas Trump³². Defendem que

³⁰ No Brasil, além do PSL, partidos como PSDB, MDB, DEM, PP, PTB e PSC já decidiram apoiar Bolsonaro na Câmara dos Deputados.

³¹ Várias situações apontadas na obra parecem também com atuações contrárias aos ex-presidente Dilma Rousseff e Luiz Inácio Lula da Silva do Partido dos Trabalhadores, como a prática de deslegitimação do vencedor das eleições, como fez Aécio Neves (PSDB) contra Dilma em 2014; práticas com verniz de legalidade como o combate à corrupção; congressos sem comedimento que bloqueiam todos os movimentos do presidente, lançando o país num caos sem financiamento e afastamento do presidente por motivos dúbios, como ocorreu no Impeachment/golpe contra Dilma (citam o Impeachment de Lugo no Paraguai, como uma farsa/encenação com processo "legal"); assim como a retirada dos adversários políticos das eleições, como fez Sérgio Moro, então magistrado na Operação Lava Jato, que retirou Lula das eleições, o que beneficiou Bolsonaro, que acabou escolhendo Moro como Ministro da Justiça e Segurança Pública.

³² O Chefe do Poder Executivo federal no Brasil atual parece se enquadrar em todas essas opções, pois já se manifestou contra a democracia, é contrário aos direitos humanos/fundamentais constitucionais, defendeu aumento

as salvaguardas constitucionais não são suficientes para garantir a democracia, mas sim as regras não escritas, informais, que são a tolerância mútua e a reserva institucional (evitar ações que violam o espírito das leis), e essas regras começaram a ser quebradas pelos republicanos, gerando a posterior eleição de Trump. Por fim, defendem uma frente única de democratas, da esquerda a centro-direita, para que barrem os inimigos da democracia, com políticas universalistas voltadas para a desigualdade econômica, evitando políticas que apenas beneficiem minorias, para evitar estigmas raciais e ressentimentos.

V CONCLUSÕES

A eleição de Donald Trump nos Estados Unidos da América e de Jair Bolsonaro no Brasil, assim como uma escalada mundial de ideais e movimentos reacionários acenderam uma luz vermelha. Após décadas com a aparência de que o grande debate seria mais ou menos democracia social, mais ou menos Estado intervindo em nossas vidas, porém, com uma democracia formal garantida como um mínimo aceitável, parece que caminhamos para um fascismo-neoliberal sem perspectiva de abrandamento.

Se pensarmos no fascismo com as características do tradicionalismo, irracionalismo, recusa da modernidade, rejeição ao iluminismo, culto da ação sem reflexão ou crítica, guerra contra o inimigo e a diversidade, apelo às frustrações de uma sociedade despolitizada e com medo, apoio acrítico à hierarquia militar e ao líder que representa os anseios do povo sem intermediários, desdém pelas minorias políticas como os pobres, mulheres, negros, índios e homossexuais, defesa do povo armado, criminalização da política e dos políticos, e comunicação por meio de textos pobres em redes sociais sem a necessidade da imprensa, claramente vivemos uma escalada fascista no Brasil e diversas outras regiões do planeta.

de cadeiras no STF para poder dominá-lo politicamente, quer cortar dinheiro para ONGs ambientais contrárias às suas políticas de destruição do meio ambiente, defende o golpe militar de 1964, atacou dinheiro para a cultura para artistas adversários políticos, questionou a legitimidade das urnas eleitorais, negou a legitimidade do ex-presidente Lula de ser seu concorrente nas eleições de 2018, e entende que qualquer adversário político é subversivo ou corrupto, diz que movimentos sociais são terroristas ou contrários à segurança nacional, entende que qualquer proposta mais progressista ou liberal política é contrária à vida predominante das majorias, entende que os médicos cubanos são agentes estrangeiros, encoraja que seus seguidores hajam com violência contra seus adversários políticos, tem ligações com as milícias do Rio de Janeiro, defende a não punição de apoiadores e familiares, elogia a ação de torturadores da ditadura militar, faz ataques sistemáticos contra as mídias que não sejam de extrema-direita e apoia aplicação de lei de terrorismo contra adversários. Ainda, Bolsonaro foi beneficiado por decisão do STF que cancelou milhões de títulos eleitorais por falta de biometria, principalmente no Nordeste, onde o então candidato tinha menos votos. Bolsonaro ainda foi beneficiado por um ataque a faca durante a campanha, o que posteriormente o nominou como ataque terrorista contra ele, o que acabou ajudando na divulgação de seu nome como uma vítima de um inimigo político. Levitsky e Ziblatt ainda informam como foi a eleição e o governo de Alberto Fujimori no Peru (com o que nos parece com muitas semelhanças com Bolsonaro), pois Fujimori não conseguiu que nenhum partido grande o indicasse, os peruanos se mostravam enojados com os partidos estabelecidos e não viam nele alguém íntimo das elites, discurso populista que capitalizava esse ódio, na posse disse que o país enfrentava a mais profunda crise de sua história republicana, à beira do colapso, com corrupção e terrorismo, era outsider, só tinha uma vaga ideia do que fazer no governo, poucos amigos entre os caciques políticos, eleito, descobriu que aqueles que havia atacado e derrotado ainda controlavam muitas alavancas do poder. Começou de forma turbulenta, com o Congresso não aprovando leis, preferia governar sozinho, a partir de seu laptop, optou por governar por decreto, xingando parlamentares e juizes, acabou dissolvendo o Congresso e virando um tirano.

As democracias podem morrer no século XXI sem golpes militares e armas, mas com líderes eleitos em regimes e eleições supostamente democráticos, mas autoritários que rejeitam as regras do jogo democrático; negam a legitimidade dos oponentes; toleram e encorajam a violência e dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, o que também parece ser características de Trump e Bolsonaro.

O problema é que se a centro-direita liberal se aliou à centro-esquerda socialdemocrata e à esquerda socialista contra o nazismo e o fascismo no período da Segunda Guerra Mundial, atualmente os neoliberais abraçam o fascismo para a garantia de implementação de seus ideais liberais econômicos, pouco importando que isso implique em um autoritarismo com relação às liberdades individuais conquistadas com os movimentos iluministas.

O momento é de reflexão, é de defesa do que sobrou dos ideais republicanos, democráticos, laicos, e de defesa dos direitos humanos/fundamentais, antes que seja tarde.

Juristas publicistas democráticos de todo o Brasil, uni-vos!

REFERÊNCIAS

ATO bolsonarista: “Para feministas, ração na tigela. As mina de direita são top mais belas; as de esquerda têm mais pelos que cadelas”. **RedeTV**, 24 set. 2018. Disponível em: <<https://www3.redeTV.uol.com.br/blog/reinaldo/ato-bolsonarista-para-feministas-racao-na-tigela-as-mina-de-direita-sao-as-top-mais-belas-as-de-esquerda-tem-mais-pelos-que-cadelas/>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas do direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 371-390.

BANDEIRA, Manuel. **Libertinagem**, 1930.

BOLSONARO diz ao Supremo que PGR tirou frases de contexto em acusação de racismo. **Folha de S. Paulo**, 22 jun. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DAVIS, Angela. **Mulheres, cultura e política**. São Paulo: Boitempo, 2017.

ECO, Humberto. **O fascismo eterno**. Rio de Janeiro: Record, 2018.

EDUCAÇÃO, o primeiro ‘front’ da guerra cultural do Governo Bolsonaro. **El País**, 5 nov. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/01/politica/1541112164_074588.html>. Acesso em: 16 fev. 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. S.l.: Jahr, 1999.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. In: COUTINHO, Carlos Nelson et al. **O manifesto comunista 150 anos depois**: Karl Marx e Friedrich Engels. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998. p. 07-41.

NEGRI, Antonio. Primeiras observações sobre o desastre brasileiro: o caminho democrático para o fascismo. **Revista Cult**, 29 nov. 2018. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

OS quatro mitos que impulsionam a candidatura de Jair Bolsonaro. **Viomundo**, 18 out. 2017. Disponível em: <<https://www.viomundo.com.br/politica/os-quatro-mitos-que-impulsionam-a-candidatura-de-jair-bolsonaro.html>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

PRÉ-CANDIDATO, Bolsonaro tenta criar a “extrema direita light”. **Folha de S. Paulo**, 9 jun. 2016.

PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (Orgs.). **A resistência ao golpe de 2016**. Bauru: Canal 6, 2016.

QUEM são e o que pensam os brasileiros que acreditam que a Terra é plana. **BBC News**, Brasil, 16 set. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41261724>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

ROVAL, Renato. **Golpe 16**. São Paulo: Publisher Brasil, 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. **Um diário do governo interino**. Curitiba: Íthala, 2016.

“SERÁ uma coisa moderada”, diz futuro ministro sobre projeto da Escola sem Partido. **Folha de S. Paulo**, 24 nov. 2018.

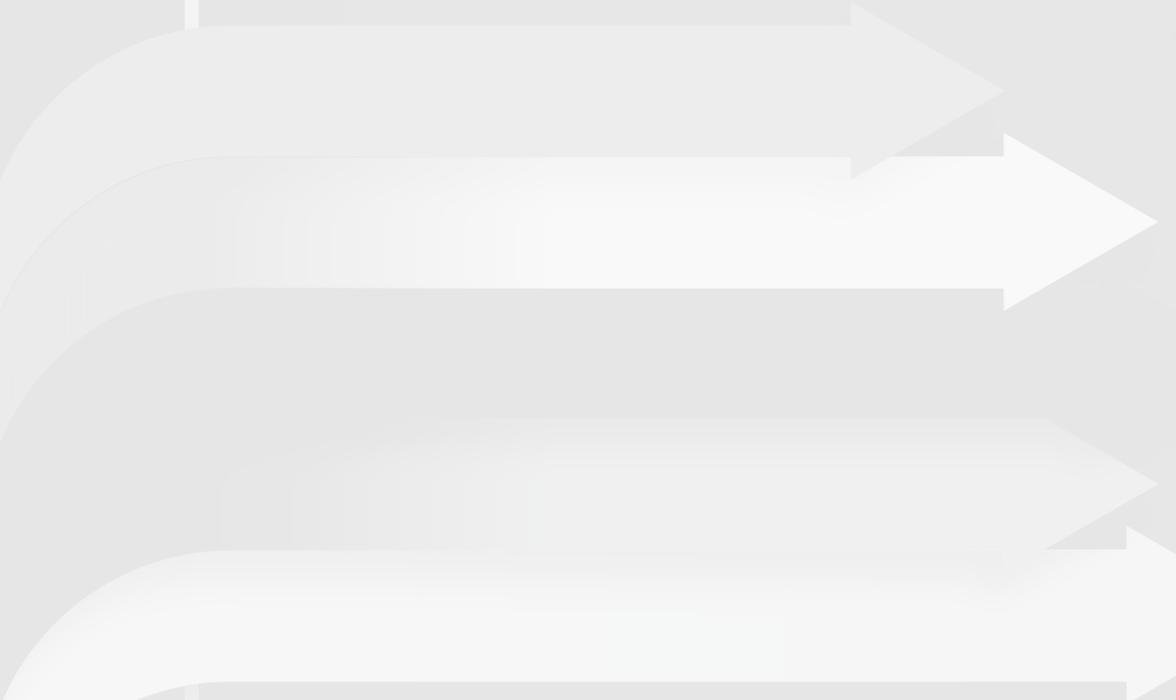
“SEXO entre mulher com mulher é aberração”, diz Damares em clínica para homossexuais. **Jornal GGN**, 5 jan. 2019. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/direitos-humanos/sexo-entre-mulher-com-mulher-e-aberracao-diz-damares-em-clinica-para-homossexuais/>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

“UNIVERSIDADES devem ficar para uma elite intelectual”, diz ministro da educação. **Revista Fórum**, 28 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/universidades-devem-ficar-reservadas-para-uma-elite-intelectual-diz-ministro-da-educacao/>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

VIOLIN, Tarso Cabral. Neoliberalismo e Constituição Social. *In*: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito Administrativo e suas transformações atuais** – homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2016. p. 227-241.



PARTE II

**Textos aprovados
no concurso de artigos jurídicos**

Admirável Mundo Novo: a Administração Pública do século XXI e as tecnologias disruptivas

Ana Cristina Aguilar Viana¹

Letícia Regina Camargo Kreuz²

- Oh, admirável mundo novo! - repetiu.
- Oh, admirável mundo novo, que encerra criaturas tais!
[...] Partamos em seguida.
- Você tem às vezes um modo de falar bem curioso - disse
Bernard, admirado e perplexo, encarando-o.
- E, de qualquer modo,
não seria melhor se você esperasse
para ver esse mundo novo?³

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 A obsolescência do direito administrativo oitocentista frente à 4ª Revolução industrial; 3 O controle pela regulação com alicerce nas garantias fundamentais; 4 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Caos⁴. Fluidez⁵. Instabilidade. São palavras que constituem características de um mundo que assiste e vive à chegada da 4ª Revolução Industrial. Uma era na qual robôs se integrarão a sistemas ciberfísicos e modificarão radicalmente a realidade, marcada pela convergência de tecnologias digitais, físicas e tecnológicas⁶. Enquanto a ficção científica toma forma, o panorama tecnológico atual já revela a obsolescência de categorias criadas

¹ Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná.

² Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

³ HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2003. p. 169.

⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: Ed. 34, 2011. p. 25.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 11.

⁶ PERASSO, Valeria. O que é a 4ª revolução industrial – e como ela deve afetar nossas vidas. **BBC News**, Brasil, out. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

para um mundo que sequer vislumbrava a chegada da 3ª Revolução Industrial. Com efeito, o advento de novas tecnologias impacta o mundo econômico, político, cultural e jurídico, o que exige o uso de novos instrumentos que se enquadrem a esses reclames. Para as pessoas, a adaptação é mais fácil. Em pouco tempo serviços ofertados por plataformas digitais se tornam hábitos cotidianos, incorporando-se à rotina dos sujeitos, como é o caso do WhatsApp, Uber e Netflix.

Todavia, outras esferas sofrem grandes dificuldades na inclusão da nova realidade. Quando a Uber se instalou bruscamente no Brasil no ano de 2014, houve uma verdadeira resistência de um mercado até então monopolizado, bem como dificuldades do Direito no enquadramento da plataforma às normativas existentes. E não se tratou de algo isolado. Na França, diretores da plataforma chegaram a ser presos, sendo os mesmos condenados a indenizar a União Nacional de Táxis⁷. Da polêmica, o assunto virou tema de estudo anual do Conselho de Estado francês⁸. No fim de 2017, a Corte da União Europeia decidiu que a Uber não é apenas uma tecnologia realizada por uma companhia que intermedia a relação entre motoristas e passageiros. Depois de mais de dois anos de debate, decidiu-se que a plataforma deve se submeter às mesmas regras que são utilizadas nos serviços de táxi, o que implica em normativas trabalhistas e segurança mais restritivas⁹.

No Brasil, após acalorados debates, houve, mediante Projeto de Lei da Câmara (PLC 28/2017), a regulamentação da plataforma na forma de transporte remunerado privado individual a passageiros. No projeto, o serviço se mantém como privado. As empresas, contudo, devem encaminhar seus dados às Prefeituras para fiscalização, além de cumprirem com determinadas exigências como pagamentos de tributos, seguros de carro, certidão de antecedentes criminais dos motoristas e contribuição à previdência social¹⁰.

O conflito que a Uber trouxe é apenas a ponta de um *iceberg* que mostra a influência das novas tecnologias sobre o modo de prestação de atividades que seriam reservadas ao Estado¹¹. Há quem diga que as novas tecnologias trazem a mesma inovação que os veículos a motor, invenção de telefone, ou máquinas que deram início a revolução industrial, o que em tese demonstraria a desnecessidade de se mudar os enfoques jurídicos. Por outro lado, é

⁷ HARTMANN, Christian. Diretores do Uber são presos em Paris; entenda por que o serviço é ilegal. **RFI**, jun. 2015. Disponível em: <<http://br.rfi.fr/franca/20150629-diretores-do-uber-sao-presos-em-paris-entenda-por-que-o-servico-e-ilegal>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

⁸ CONSEIL D'ÉTAT. Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«ubérisation». 2017. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

⁹ UBER sofre novo revés na Europa e parecer diz que empresa deve seguir leis de serviços de táxi. **G1 Tecnologia**, jul. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/uber-sofre-novo-reves-na-europa-e-parecer-diz-que-empresa-deve-seguir-leis-de-servicos-de-taxi.ghtml>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

¹⁰ BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara n. 28**, de 2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

¹¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual de passageiros. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 401.

incontroverso que se está diante de uma nova realidade virtual que muda de maneira rápida. Essa é a razão pela qual Klaus Schwab, Diretor Executivo do Fórum Econômico Mundial, acredita que se trata de transição a um novo sistema, alicerçado em um mundo digital, que mudará de modo fundamental o modo que vivemos.¹² É o que também observa o próprio Conselho de Estado Francês, ao relatar a velocidade que as plataformas digitais imprimem e as consequências nos âmbitos políticos, econômicos etc.¹³.

Nessa perspectiva, indaga-se: de que maneira o Estado pode exercer controle dessas ferramentas? O Direito, como instrumento regulador das relações na sociedade, é obrigado a atuar nesse ambiente. Não raro, busca soluções dentro de seu próprio arsenal. No entanto, as novas tecnologias exigem uma nova leitura, pois não se encaixam nas categorias tradicionais do Direito¹⁴. O ditado popular “Não pegue carona com estranhos” ilustra perfeitamente esse anacronismo. Trata-se de célebre frase pertinente a uma realidade não muito distante, na qual ninguém ousaria entrar em um automóvel privado de um sujeito sem autorização estatal para conduzir. Aliás, quem, até pouco tempo atrás, se sujeitaria a alugar uma propriedade particular como um hotel, tal qual ocorre com o Airbnb? Hoje, essas práticas que parecem triviais, até poucos dias eram impensáveis.

E é justamente por não serem imaginadas que elas não eram regulamentadas¹⁵. Daí porque a releitura das lógicas jurídicas precisa acompanhar os fatos da vida. É sobre a necessidade de se examinar tais tecnologias com novos aportes teóricos que se pretende trabalhar. O escopo do ensaio, portanto, é defender o uso de novas categorias jurídicas para enfrentar a realidade de uma 4ª Revolução Industrial que já dá suas primeiras caras com tecnologias disruptivas. Para tanto, passa-se primeiramente a esclarecer as formulações tradicionais do regime jurídico de direito público, alicerçadas ainda sob um Estado de Direito, para depois examinar de que maneira a doutrina vem tratando a nova cara da Administração Pública.

¹² SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution. Snapshot*, december 12, 2015. p.1.

¹³ “Elles accélèrent la transformation économique et sociale née de la révolution numérique; elles bouleversent les équilibres de l'économie traditionnelle; elles modifient les façons de penser et d'agir des personnes, des entreprises et des pouvoirs publics et elles font émerger une nouvelle forme d'organisation fondée sur des réseaux d'individus égaux et connectés entre eux et non plus sur l'appartenance à des ensembles hiérarchisés, plus ou moins étanches. En cela, le développement des plateformes numériques fait naître un nouvel écosystème reposant sur la satisfaction de besoins individuels, précisément identifiés grâce à la mise en relation des demandeurs avec des producteurs de biens ou de services qui sont le plus souvent eux-mêmes des non-professionnels.” *In*: CONSEIL D'ÉTAT. *Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«ubérisation»*. 2017. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2108.

¹⁴ 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.

¹⁵ FEIGELSON Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 50

2 A OBSOLESCÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO OITOCENTISTA FRENTE À 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Sabe-se que o Direito Administrativo tem suas origens no regime de direito público francês, delineado quando do advento do Estado de Direito. Fincou-se sob fundamentais premissas de legalidade, arbitrariedade e respeito às prerrogativas e sujeições públicas, isto é, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público. Ainda, foi desenvolvido sob alicerce da soberania da lei sobre o Estado e principalmente sobre os cidadãos¹⁶. Cabia nesse momento ao Estado unicamente a proteção da liberdade e da propriedade dos indivíduos, na concepção de uma mínima atuação estatal. A teoria clássica do direito administrativo, portanto, conhecida como oitocentista, foi desenvolvida em um mundo binário e estático, em um Estado Mínimo, para trazer garantia de proteção ao Estado mediante figuras imperativas, a exemplo do administrativo.

Os serviços públicos aparecem em uma nova vertente. A famosa escola francesa de serviço público, conhecida como Escola de Bourdeaux, propôs uma reformulação da Teoria do Estado. A partir de uma visualização intervencionista e alicerçada em bases sociológicas, o serviço público passa a ser um dado objetivo e material norteador da função estatal, correspondendo em toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado pelos governantes. Em síntese: trata-se de doutrina que estabeleceu a noção de serviço público como fundamental para o Direito Administrativo. Oriunda da jurisprudência do Conselho de Estado francês, fixou-se as competências dos Tribunais Administrativos em atenção a função dos serviços públicos¹⁷.

Com efeito, dois dos grandes marcos teóricos da doutrina dos serviços públicos, Leon Duguit e Gaston Jèze, desenvolveram suas teorias com base na realidade do século em que viveram. Ambos autores, juntos, desenvolveram o *dever ser* a partir da *práxis*. Embora cada qual tenha conceituado a Administração e o serviço público de uma determinada forma, ambos autores utilizaram como metodologia o realismo jurídico. Isto é, defenderam eles o dever de descartar concepções metafísicas e ficções no desenvolvimento do Direito¹⁸. O realismo jurídico se apresenta enquanto uma ontologia do direito, na medida em que se preocupa com o ser, a prática. A expressão realismo jurídico evoca a direção da concretude e de um “anticonceitualismo”, em uma maior aproximação da realidade. “Ela constitui um dos pontos de maior projeção do direito sob a perspectiva do enquadramento e da visibilidade reais e dos limites de efetiva interpretação da norma jurídica”¹⁹.

¹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*, I. Buenos Aires: Thompson, 2006. p. 37.

¹⁷ NOHARA, Irene. **Escola do Serviço Público**. 2013. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/178-empresa-publica/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Evolução da teoria do serviço público**. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/educacao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

¹⁹ LOPES, Mônica Sette. O Realismo Jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 45, p. 297-340, jul./dez. 2004.

A partir dessa lógica, do exame do caso concreto, os autores formularam suas concepções de Estado, Direito e serviço público. E foi sobre essa base que o conceito de serviço público, embora não unívoco, lastreou toda uma posterior doutrina. No Brasil, tradicionalmente define-se serviço público como toda comodidade material destinada à satisfação da coletividade que o Estado assume como pertinente e presta diretamente ou por quem lhe faça as vezes²⁰. Embora a locução nunca tenha sido definida de maneira satisfatória, sempre se entabulou que a titularidade estatal é um fator definidor dos serviços públicos. No entanto, as clássicas formatações administrativas foram sofrendo impacto com o tempo. Com efeito, diversos fatores externos começaram a impactar as relações públicas²¹, tais como as medidas do tempo de outros sistemas (econômico, financeiro, político) que passaram a demonstrar a insuficiência das premissas teóricas oitocentistas.

Viu-se aí, a necessidade de se utilizar instrumentos mutáveis que pudessem lidar com essa realidade, uma vez que as ferramentas típicas francesas não conseguiam suprir referida necessidade. Diz-se que essas circunstâncias configuram o que se chama de Direito Administrativo privado, que consiste, basicamente, na sujeição da Administração aos direitos fundamentais e aos princípios gerais do Direito Administrativo nas atividades de regime jurídico privado²². Por oportuno, abre-se parêntese para destacar que a doutrina distingue o “direito administrativo privado” da famigerada “fuga ao direito privado”, que representa o uso de modalidades jurídicas privadas sem o respeito aos princípios do direito público²³.

Todavia, o debate sobre os limites entre o Direito Público e Privado estreitou-se. A discussão entre um estado mínimo ou um Estado de bem-estar social polarizou perspectivas, e não raro se utilizam de ideologias pertencentes a cada esfera para examinar a realidade de hoje. Paralelo a isso, sucedeu-se a Constitucionalização do Direito Administrativo. Assistido no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, observou-se a modificação de uma administração legalista para uma administração focada na juridicidade. Do respeito às leis e normas, passou-se ao respeito às normas e leis, respectivamente. É o que Romeu Felipe Bacellar Filho chamou de “regime jurídico constitucional-administrativo”²⁴. E como Jorge Miranda adverte, a lei se move no âmbito dos direitos fundamentais²⁵.

E se o Direito Administrativo já era desafiado pelos vetores político e econômico, agora também é pelo vetor tecnológico²⁶. O século XXI trouxe uma modificação temporal

²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 578.

²¹ MOREIRA, Egon Bockmann, O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo. In: GONÇALVES, P. C. **Estudos de Contratação Pública**. v. IV. Coimbra, Coimbra, 2013. p. 5-18, p. 6.

²² IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri: Montecorvo, 1996. p. 103

²³ IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri: Montecorvo, 1996. p. 122.

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

²⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. t. IV: Direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 282-283

²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 46.

no vetor da tecnologia. Inovações tecnológicas necessariamente imprimem modificações na sociedade. Tradicionalmente, elas implicavam em preocupações evolutivas e revolucionárias. Todavia, em tempos recentes, uma nova linha de tecnologia emerge. A comunicação se faz de maneira instantânea e automática, sem paralelos anteriores. Serviços são utilizados mais agilmente.

Conhecidas como tecnologias *disruptivas*, elas rompem processos econômicos, chamados por Egon Bockmann Moreira, de *situações disruptivas*. Esse modelo se afasta da lógica econômica anterior, consolidando-se em médio e longo prazo (*laptops*, editoração eletrônica, máquinas fotográficas, CDs)²⁷. As inovações disruptivas contemporâneas podem ser creditadas ao crescimento da economia compartilhada, ao desenvolvimento de plataformas tecnológicas e realização de velhas funções por novos meios, como no caso de *drones*. As forças diretivas se constituem na confiança moderna, na tecnologia e na pressão econômica e cultural²⁸.

Os vetores da política e a economia, por outro lado, operam numa racionalidade temporal distinta. O âmbito político forçou o estado a ampliar a gama de atividades a serem prestadas; o econômico exigiu uma aproximação dos serviços ao mercado e a tecnologia revela que antes questões legitimadas pelo Estado passam a ser feitas por atores externos. E, com as plataformas digitais, a economia se vê em um novo paradigma, já que acaba com dicotomias de produtores e consumidores. Hoje, qualquer um pode ser consumidor e produtor de serviços obtidos por uma plataforma digital²⁹.

Nessa perspectiva, o Direito se vê diante da necessidade de operacionalizar todos esses vetores, e com essas transformações. Por evidente, deve abandonar os modelos do século XX, porque os pressupostos de conhecimento ali desenvolvidos são inadequados à realidade efetiva. Os teóricos da Escola de Serviço Público viveram uma realidade na qual sequer imaginariam que um dia existiria um serviço de transporte público realizado mediante plataforma digital. Daí porque, por mais que se pretenda usar tais conceitos, eles não se encaixam adequadamente.

Tendo em vista que no Brasil há setores cuja titularidade é atribuída ao poder público, instalam-se situações disruptivas de entrecruzamento de regimes jurídicos. Ambas existem em concorrência, cada uma com suas singularidades, as quais exigem novos posicionamentos. Ocorre que essas situações advêm de regimes jurídicos com lógicas

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. (Orgs.). **Regulação e novas tecnologias**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 223-236.

²⁸ 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 (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-70

²⁹ CONSEIL D'ÉTAT. Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«ubérisation». 2017. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

diferenciadas³⁰. Nesse sentido, a regulação dos serviços públicos na atualidade não pode mais partir do pressuposto que se tratam apenas de titularidade estatal, prestado sob um regime jurídico único. Isso porque a realidade já demonstrou que existem diversos serviços públicos prestadas alheios ao Estado³¹.

E não se pode pretender extinguir o uso de ferramentas tecnológicas por não se enquadrarem nas normas. Tal postura não só representa um retrocesso, como também é ilegítima. Ora, se uma gama ampla de usuários experimenta determinada dinâmica e a incorpora a sua vida a ponto de torná-la cotidiana, qual é a legitimidade do judiciário ou parlamento em barrá-la? Há um reflexo direto na própria legitimidade. De todo modo, as amplas aceitações das plataformas pela população legitimam o seu exercício, mas não os imunizam da ingerência estatal. Ou seja, não cabe restrição à sua comercialização, mas sim estabelecer limites de utilização, de modo a respeitar as liberdades das partes, bem como os consumidores³².

Deve-se reconhecer, portanto, as tecnologias disruptivas enquanto tais, e desenvolver aportes para uma Administração que também seja disruptiva e soterra a administração oitocentista obsoleta. Até porque, como bem adverte o Conselho de Estado francês, a demora do Estado e do Direito em se adequar ao fenômeno, faz com que as tecnologias digitais interajam nas lacunas normativas, o que pode ser prejudicial à sociedade. Daí a emergência de se estabelecer normativas para as plataformas digitais.

3 O CONTROLE PELA REGULAÇÃO COM ALICERCE NAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Como se nota, com a propagação de plataformas digitais, as quais proporcionam o uso de diversos serviços pela sociedade, as categorias jurídicas atinentes ao serviço público ficam desgastadas. No que tange à Uber, após grande debate, chegou-se à majoritária consideração, capitaneada por Daniel Sarmiento³³, que não se trata de serviço público, mas uma atividade econômica que tem uma utilidade pública. Isso porque o caráter de essencialidade não estaria presente, devendo-se preservar a livre iniciativa privada. Esse debate pode ter sido bem equacionado para o presente momento, mas ele mostra que a categoria de serviço público não dá suporte às tecnologias disruptivas. Ora, tais tecnologias não se resumem

³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. (Orgs.). **Regulação e novas tecnologias**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 223-236.

³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. **R. de Dir. Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

³² FEIGELSON Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 50

³³ SARMENTO, Daniel. Ordem Constitucional econômica e transporte individual de passageiros. Caso Uber. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 327.

apenas em transporte individual privado, mas abrangem também telecomunicações, serviços operacionais, audiovisual, entre outras. A propósito, a Uber já estuda a possibilidade de estabelecer um serviço de transporte coletivo privado.

São todas demonstrações de que o debate precisa transcender a ideia de serviço público, que deve ser repensada. Marçal Justen Filho em uma autocrítica acerca da doutrina do direito administrativo, ressalva que se está diante de um deslocamento de tempo e espaço. Isso porque justamente grande parte das formulações administrativistas são realizadas com base na doutrina francesa, do século XIX, XX. Os institutos que compõem essa doutrina clássica foram criados em 1902, 1910, pertinentes à época e local de criação, o que denota a possibilidade de uma leitura afastada da realidade atual.

Assim, restando demonstrado que as classificações clássicas são anacrônicas à contemporaneidade, qual é a proposta embrionária que surge? Primeiro, é importante lembrar que o Direito administrativo se apresenta como “caixa de ferramentas” dessa nova tecnologia social. Isto é, examinado sob um viés instrumental, enquanto tecnologia social, o direito administrativo pode promover respostas e balizar as relações sociais, promovendo segurança e ao mesmo tempo permitir avanços, na medida da disciplina que se venha adotar”³⁴.

Pois bem. As primeiras pistas sobre a Nova Administração Pública podem ser extraídas da ideia que o “hemisfério público da economia” é amplo e não existe um regime jurídico único que se submeta de modo integral ao direito público³⁵. E isso tem total aplicabilidade diante das novas tecnologias, as quais possuem cada qual suas características. Uber e Netflix, por exemplo, detêm contornos distintos. Logo, é imprescindível ter atenção à realidade que as tecnologias disruptivas imprimem e examinar cada uma em sua individualidade.

Mas se o Direito deve se alinhar às novas tecnologias, essas também têm que se enquadrar a certos paradigmas, os quais se harmonizam entre si. Para Jéssé Torres, os paradigmas são: o reconhecimento da supremacia da Constituição e da efetividade aos seus princípios; a motivação das decisões administrativas de maneira idônea e mediante processo; o controle da discricionariedade; a necessidade de as decisões serem realizadas em consenso com a qualidade de vida ou mínimo existencial a que tem direito todo cidadão³⁶. Ou seja, é necessário examinar a realidade existente, mas igualmente é imprescindível que elas se atentem a determinadas vigas balizadoras das relações jurídicas.

³⁴ 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 (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61.

³⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. (Orgs.). **Regulação e novas tecnologias**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 223-236. p. 223.

³⁶ PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. A tecnologia na atividade contractual do Estado. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 275.

Sob outro aspecto, fica claro que aquela atividade que antes era de titularidade estatal hoje poderá não ser. E a briga ideológica sobre público e privado não é capaz de solucionar esse enfoque. Isso porque não se está diante de privatizações ou estatizações, mas simplesmente diante de tecnologias que acabam com as anteriores, independente da natureza jurídica que portam, tampouco das pessoas que as titularizam. Por isso, o caminho público vs. privado é irrelevante a essa discussão. A titularidade não será estatal, e não em razão de sua escolha, mas sim diante da revolução tecnológica que imprime modificação substancial nas relações.

Logo, as atividades serão inevitavelmente realizadas mais sob o viés privado. Bem por isso, existe uma tendência de responsabilização de entidades privadas em substituição da autoridade pública. Ora, se inevitavelmente as atividades serão prestadas de modo particular, é imperioso que estes tenham maiores responsabilidades. Daí porque inserem-se instrumentos de controle preventivo e ou prévio das atuações privadas. Ao público fica a necessidade de simplificação procedimental e de liberação ao acesso a atividades econômicas³⁷. Nessa perspectiva, cabe as lições de Rodrigo Pironti, o qual preconiza que a Administração Pública deve adotar uma noção de governança diante dos embates cotidianos e das revoluções tecnológicas. Ou seja, deve conjugar eficiência estatal com o resultado ótimo, assumindo suas responsabilidades e prezando pelo interesse da sociedade civil³⁸.

Nesse mesmo sentido, ressalta Marçal Justen Filho³⁹, que o compromisso da Administração deve ser com a efetividade da Constituição, pela promoção dos objetivos e valores fundamentais, superando a obsolescência do enfoque oitocentista. Para o autor, a natureza jurídica administrativa deve estar em conformidade com o tempo que vive e os recursos devem ser utilizados para atender a cidadãos mais vulneráveis. Ele dispõe a necessidade de um controle estatal sobre o regime de direito privado de maneira eficiente, o que é feito prezando os direitos fundamentais. Assim, as novas tecnologias e seu controle devem ser feitos em atenção às normas fundamentais. A realidade deve ser amparada em um enquadramento no qual esteja subordinada a critérios fundamentais⁴⁰.

Ou seja, a Administração ganha uma face eminentemente regulatória. Essa é a linha de raciocínio de Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller, as quais acreditam que as regulações das novas tecnologias devem prezar pela segurança do usuário e respeito às liberdades fundamentais. Elas advertem, contudo, que a intervenção não pode ocorrer de maneira ime-

³⁷ GONÇALVES, Pedro Costa, apud 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 (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

³⁸ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Ensaio Avançado de controle interno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 104.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Trecho discurso proferido no XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo em 29 de outubro de 2017.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Trecho discurso proferido no XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo em 29 de outubro de 2017.

diata, pois pode se revelar prematura. Tampouco, pode ser tardia, notadamente em razão da resistência do mercado previamente estabelecido⁴¹.

É o que também defendem Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras. Para eles, cabe ao Estado, mediante regulação, garantir que “nas atividades em que a Constituição impõe uma obrigação positiva do Estado de prestação, sem moduladas obrigações de universalidade, continuidade e isonomia só nas franjas essenciais dessa atividade, e que o princípio da proporcionalidade imponha essas obrigações”⁴². Sérgio Guerra perfilha esse entendimento e preconiza que mediante a regulação, visa-se equilibrar livre iniciativa econômica e respeito aos direitos fundamentais. A regulação, ainda, deve ser capaz de trazer efetividade do sistema diante de oscilações econômicas, sociais e políticas⁴³.

Some-se a esse panorama doutrinário a inteligência já exposta pelo Conselho de Estado francês, que vem defendendo o dever da Administração em regular as atividades realizadas pelas plataformas digitais. Isso se dá mediante um conjunto de princípios e regras que incluem a garantia dos direitos fundamentais das pessoas, notadamente, a proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores e a proteção de certos interesses. Além disso, o Conselho entende que os governos devem assegurar a fiabilidade e a segurança nas transações feitas em plataformas digitais⁴⁴.

De todo modo, a regulação precisa ser examinada regionalmente. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras de Freitas entendem que a regulação permite a concorrência, o que é salutar, pois retira o monopólio e tende a aumentar a qualidade dos serviços prestados. Todavia, tais preceitos merecem ser visualizados de modo cauteloso no Brasil. Tome-se como exemplo o serviço de telefonia brasileira que, após desestatização passou para ampla concorrência, mas houve um *déficit* de qualidade nos serviços prestados.

Assim, o princípio da livre concorrência não se sobrepõe a outros, os quais devem ser preservados. Isso porque, a função da regulação estatal é permitir a concorrência, mas garantindo a efetividade de direitos fundamentais. Bem por isso, calha-se os ensinamentos de Ronaldo Porto Macedo para quem a nova formatação regulatória estatal tem de se abraçar mais em uma indução sistemática de comportamentos por meio de regras e incentivos impositivos e transparentes. Para ele, a cooperação deve estar acima da imposição autoritária

⁴¹ 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.

⁴² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁴³ GUERRA, Sergio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 86.

⁴⁴ CONSEIL D'ÉTAT. Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«ubérisation». 2017. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

de regras e normas⁴⁵. E isso, exige análise atenta do caso concreto, onde o interesse público deve prevalecer. Mas, trata-se da categoria de interesse público em sentido estrito⁴⁶, que corresponde somente àquilo que se rotula interesse geral, o qual discrepa dos interesses individuais.

Essa necessidade de regulação em atenção ao caso concreto pode também ser denominada como assimetria regulatória. Isto é, “o desenho regulatório a ser adotado deve ser capaz de conjugar ferramentas de regulação forte e fraca que permitam a adaptação e o aprendizado diante de uma realidade velozmente mutável”⁴⁷. Cabe, portanto, à Administração Pública por meio da regulação, desenhar um sistema que equilibre os sistemas econômico, político e jurídico, modulando as doses de concorrência que se inserem em um ambiente de atividades de utilidade pública. Aí, deve ainda ser equacionado o direito do cidadão de receber serviços essenciais com a exploração de atividades econômicas por particulares.

Para isso, deve-se realizar estudos econômicos, ouvir os setores regulados, as consequências, exame do custo-benefício e não se basear apenas em aspectos doutrinários. Ou seja, a nova Administração deve usar muito mais a vida *in concreto* que a vida *in abstracto* e modular a partir da realidade imposta. Assim, a assimetria regulatória deverá passar pela escolha da variável existente, a exemplo de preço, quantidade, qualidade. Os conflitos entre tecnologias *disruptivas* e prestadores regulares de serviços “passarão pela instituição de uma assimetria regulatória ótima entre esses agentes, que considere a regulação da variável regulatória estritamente necessária para evitar distorções concorrenciais”⁴⁸.

É precisamente essa a observação feita por Cass Sunstein. Ao relatar sua experiência como Administrador da Casa Branca de Informação e Assuntos Regulatórios no governo Barack Obama, indicou o caminho *in concreto*. Defendeu a necessidade de se focar nos fatos e nas possíveis consequências das políticas públicas a serem implementadas pelos governos, atentando-se as singularidades do caso concreto investigado⁴⁹.

Nota-se, assim, que a assimetria regulatória se apresenta como instrumento legítimo de promoção de políticas públicas em setores que se sujeitam a normatização estatal⁵⁰.

⁴⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 151.

⁴⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da Supremacia do interesse público**. 2011. 438f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 147

⁴⁷ 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

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 45.

⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. **The Regulatory Lookback**. Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, Forthcoming. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2360277>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 926, jan./mar. 2012; GARCIA, Flávio Amaral. **Uber X Taxi**: a solução pela via da regulação.

Mas a assimetria regulatória não pode se confundir com concorrência desleal. Não se deve acabar com o prestador que se depara com a nova concorrência, mas incrementar essa concorrência a obter maior eficiência em benefício dos consumidores⁵¹. A regulação, como se vê, emerge como a nova faceta da Administração, a qual se enquadra na realidade contemporânea. Mas para que ela se estabeleça, algumas questões fundamentais devem ser observadas: deve-se examinar a realidade concreta (em uma vertente de realismo jurídico); deve-se reconhecer a inexistência de titularidade estatal; deve-se abandonar conceitos que não se explicam a nova realidade; deve-se formular novas bases em conformidade com as singularidades das novas tecnologias; deve-se preservar o interesse público e direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

Os doutrinadores de vanguarda do direito administrativo reclamam a imprescindibilidade de se examinar a realidade com os olhos contemporâneos, bem como a necessidade de se abandonar velhas teorias anacrônicas e binárias, que se encaixam em um direito do século XIX e XX. Conclama-se para outro olhar de um novo direito que atenda as singularidades das tecnologias disruptivas e os impactos causados na sociedade. Não se trata de um filme futurista. Mas uma realidade. O Estado precisa se estruturar para atender as novas gerações e as novas tecnologias, que se inserem com facilidade no cotidiano. O debate entre bem e mal, público e privado, mostrou-se incapaz de resolver o problema por trás de toda essa discussão⁵². O maniqueísmo que se apresenta em debates dessa natureza deve, portanto, ser deixado de lado. Não se trata de uma questão a ser resolvida através de um binômio de opostos (como bem e mal), mas sim de adaptação.

Nota-se algumas questões comuns aos teóricos contemporâneos que é o caminho da regulação. Aos cidadãos devem ser preservados seus direitos fundamentais. Esse deve ser o exame do caso concreto em cada situação. A função estatal moderna, com efeito, participa muito mais do viés de controle do que atuação. Não se nega a necessidade de titularidade de determinados serviços. Mas, diante da complexidade do mundo, da existência de tecnologias disruptivas que soterraram situações anteriores, o Direito deve se adequar a elas, prestando um serviço de controle sobre essas atividades. Vale dizer, a Administração do Século XXI deve ser a Administração do Controle.

O engessamento da teoria do serviço público francesa impede inovações, devendo seu conceito ser revisitado por institutos mais flexíveis, como de utilidades públicas ou ser-

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-xtaxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

⁵¹ GARCIA, Flávio Amaral. **Uber X Taxi**: a solução pela via da regulação. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-xtaxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

⁵² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática do interesse público. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 366-367.

viços de interesse econômico geral⁵³. Não cabe mais examinar os avanços tecnológicos sob a ideia de serviços públicos – locução, inclusive, que jamais ficou devidamente delineada. Deve-se pensar na realidade pós-industrial e tecnológica mediante o conceito de atividades de utilidade pública, em que a autonomia da vontade e a livre iniciativa devem ser sopesadas em atenção ao interesse público e com respeito aos direitos fundamentais.

A Constitucionalização do Direito traz a exigência dos Direitos Fundamentais balizadores de qualquer relação, seja ela eminentemente privada ou estatal. E o regime de direito público exige a busca do interesse público, ainda que se tenha atividades privadas. A Nova Administração Pública, portanto, deve incorporar todos esses elementos, estabelecendo uma regulação assimétrica em graus de intensidade de regulação, a depender da atividade a ser examinada. Sem maniqueísmos e sem anacronismos, a Administração Pública precisa se reinventar.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BAPTISTA, Patrícia; 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.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: 34, 2011.
- BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara n. 28**, de 2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 3 fev. 2018.
- CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. **Ensaio Avançado de controle interno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CONSEIL D'ÉTAT. Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«ubérisation». 2017. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de derecho administrativo, I**. Buenos Aires: Thompson, 2006.
- FEIGELSON Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GARCIA, Flávio Amaral. **Uber X Taxi: a solução pela via da regulação**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-xtaxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>>. Acesso em: 3 fev. 2018.
- GUERRA, Sergio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁵³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática do interesse público. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Evolução da teoria do serviço público**. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/educacao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual de passageiros. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da Supremacia do interesse público**. 2011. 438f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

HARTMANN, Christian. Diretores do Uber são presos em Paris; entenda por que o serviço é ilegal. **RFI**, jun. 2015. Disponível em: <<http://br.rfi.fr/franca/20150629-diretores-do-uber-sao-presos-em-paris-entenda-por-que-o-servico-e-ilegal>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2003.

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri: Montecorvo, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. Trecho discurso proferido no XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em 29 de outubro de 2017.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo, Ed. RT, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, whatsapp, netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. t. IV: Direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Orgs.). **Regulação e novas tecnologias**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 223-236.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo. *In*: GONÇALVES, P. C. **Estudos de Contratação Pública**. v. IV. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 5-18.

NOHARA, Irene. **Escola do Serviço Público**. 2013. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/178-em-presa-publica/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática do interesse público. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PERASSO, Valeria. O que é a 4ª revolução industrial – e como ela deve afetar nossas vidas. **BBC News**, Brasil, out. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. A tecnologia na atividade contractual do Estado. *In*: FREITAS, Rafael

Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e aregulacao de novas tecnologias disruptivas. *In*: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SARMENTO, Daniel. Ordem Constitucional econômica e transporte individual de passageiros. Caso Uber'. *In*: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCHWAB, Klaus. The Fourth Industrial Revolution. **Snapshot**, december 12, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 926, jan./mar. 2012.

SUNSTEIN, Cass. **The Regulatory Lookback**. Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, Forthcoming. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2360277>. Acesso em: 10 fev. 2018.

UBER sofre novo revés na Europa e parecer diz que empresa deve seguir leis de serviços de táxi. **G1 Tecnologia**, jul. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/uber-sofre-novo-reves-na-europa-e-parecer-diz-que-empresa-deve-seguir-leis-de-servicos-de-taxi.ghtml>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

Transformações na prestação de serviços públicos no Brasil: entre exclusividade, subsidiariedade e concorrência

Luzardo Faria¹

SUMÁRIO

1 O impacto da ideologia neoliberal e dos serviços de interesse econômico geral no Direito administrativo brasileiro: a pretensa “crise do serviço público”; 2 O serviço público como ferramenta do Direito administrativo social e a impossibilidade de adoção de um critério de subsidiariedade para a sua prestação; 3 Os debates sobre a revisão do elemento subjetivo do regime jurídico dos serviços públicos; 4 O fim da exclusividade estatal e a prestação de serviços públicos em regime de concorrência; 5 Conclusão: o modelo a ser adotado é aquele que melhor concretiza os direitos fundamentais em cada caso concreto; Referências.

1 O IMPACTO DA IDEOLOGIA NEOLIBERAL E DOS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: A PRETENSA “CRISE DO SERVIÇO PÚBLICO”

A partir da década de 1980, o Brasil, seguindo uma tendência mundial de retração da atuação estatal e sob a influência de ideais liberalistas, deu início a um processo de intensa privatização da economia, com a venda à iniciativa privada de empresas estatais que exploravam atividades econômicas em sentido estrito e com a delegação de serviços públicos antes prestados diretamente pelo Estado. O objetivo declarado dessas medidas era o de reduzir o déficit público e de conferir maior eficiência a determinados setores econômicos².

Com as diversas alterações legislativas levadas a cabo naquela época – a nível constitucional e infraconstitucional – para realizar a chamada “*reforma administrativa*” deu-se, com mais intensidade, início a um clima de concorrência no âmbito dos serviços públicos. Isso fica evidente, por exemplo, com a Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/95) que, em seu art. 29, XI³, estabelece como incumbência do Poder Concedente o incentivo à competitividade.

¹ Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 68.

³ **Lei n. 8.987/95. Art. 29.** Incumbe ao poder concedente. **XI** - incentivar a competitividade.

Outra relevante menção que deve ser feita nesse campo é à Lei n. 9.491/97, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização – um dos grandes marcos do momento de privatização dos serviços públicos – e que elencava já como o primeiro de seus objetivos fundamentais “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, *transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público*”.

Esse fenômeno, contudo, não é exclusivo do Brasil. Monica Spezia Justen lembra que na Europa, já partir dos anos 1970, a influência da ideologia neoliberal no campo jurídico chegou a fazer com que se defendesse que o serviço público deveria ser extinto⁴. E mais do que isso: as transformações vivenciadas na Europa em matéria de serviços públicos também fizeram eco no regime jurídico brasileiro.

Com o Tratado de Maastricht, que instituiu a União Europeia, passou a ganhar força em todo o mundo ocidental a noção de *serviços de interesse econômico geral*. Com esse instituto tentou-se harmonizar as noções de serviço público típicas de países latinos (França, Itália, Espanha e Portugal, por exemplo) com a das *public utilities*⁵ que é encontrada no direito anglo-saxão, buscando “transferir à ideia de ‘serviço público’ neutralidade ideológica, ao menos em tese”⁶.

Uma vez que em boa parte dos países integrantes do bloco europeu os serviços públicos eram encarados como atividades econômicas de titularidade exclusiva do Estado, a União Europeia fez constar expressamente em seu tratado constitutivo a necessidade de aplicação de normas de concorrência a esses setores econômicos, bem como a de proibir reservas injustificadas de mercado por parte não apenas das entidades privadas, mas também do Poder Público. E, com isso, pode-se perceber que o que visa combater o bloco econômico “não é a prestação estatal, mas sim a exclusividade, seja ela de uma empresa estatal ou de um concessionário privado”⁷.

No Brasil, muitos estudiosos do Direito Administrativo passaram a defender a importação dessas alterações que foram sentidas no Direito Público europeu. Argumentavam que, assim como ocorreu na Europa, o Estado devia começar a assumir um papel mais de ente regulador do que de prestador de serviços públicos, os quais, por sua vez, deveriam sempre que possível ser concedidos à iniciativa privada⁸. Para Floriano de Azevedo Marques Neto, por exemplo, essas mudanças ocorridas no Direito comunitário europeu chegam a impactar tanto o Direito Administrativo brasileiro que – em sua visão – a noção de serviço econômico

⁴ JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no Direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 188.

⁵ As *public utilities* são “atividades da iniciativa privada, sobre as quais o Estado, exogenamente, impõe normas de regulação, limitando a entrada no mercado, estabelecendo padrões para a competição entre os agentes nele atuantes e fixando requisitos mínimos de qualidade e preço dos serviços para os consumidores”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 102.

⁶ JUSTEN, Monica Spezia. Op. cit., p. 177.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos... *Op. Cit.* p. 105-106.

⁸ DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. A obra *Le Service Public* à luz do Direito brasileiro. In: CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 13.

de interesse geral faz com que seja superada a ideia de exclusividade na prestação de serviços públicos⁹.

É nesse cenário, portanto, de impacto da ideologia neoliberal através da reforma administrativa e da noção europeia de serviço de interesse econômico geral que se desenvolve a chamada “*crise do serviço público*”¹⁰.

Tal crise é identificada com o processo, que ganhou força principalmente a partir da década de 1980, de redução das atribuições do Estado e o repasse da gestão e/ou da titularidade dos serviços públicos à iniciativa privada¹¹. Na opinião de Marques Neto, com esse fenômeno “ganha ênfase o princípio da subsidiariedade a partir do qual o Estado passa da posição de provedor direto das necessidades coletivas para a posição de regulador da ordem econômica, mediante a transferência de competências e atividades tipicamente públicas aos particulares”¹².

Essa crise do serviço público não é isolada de dinâmicas mais profundas e globais. Não se trata de algo pontual, que coincidentemente surge em determinado período histórico. É por razões políticas, econômicas e sociais que se passa a questionar o sentido e até mesmo a necessidade de permanência do serviço público no ordenamento jurídico. Razões essas que, por sua vez, são oriundas de críticas mais sistêmicas, as quais partem da percepção de que a própria noção de Estado Social também teria entrado em colapso a partir das últimas décadas do século XX¹³.

Ocorre, porém, que essas críticas, segundo Jacques Chevallier, não tinham um conteúdo propositivo. Isto é, não tinham o objetivo de “aprimorar” o instituto do serviço público, reparando as falhas porventura existentes nessa matéria. As objeções eram claramente destrutivas. Criticava-se o serviço público para com ele acabar. Anunciava-se a sua “*morte*” com a intenção de que o enterro fosse logo providenciado¹⁴, de maneira a garantir à iniciativa privada

⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=98579>>. Acesso em: 6 set. 2017.

¹⁰ Rigorosamente, a doutrina costuma afirmar que existiram duas crises do serviço público. A primeira, datada da metade do século passado, se deve a uma expansão exagerada do conceito de serviço público. (Sobre o tema, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Serviço público e suas diferentes acepções*. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. (Coord.). **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.) A ideia capaz de sintetizar essa questão é a de que “*se tudo é serviço público, nada é serviço público*”. Devido ao processo de expansão, o conceito perderia sua utilidade, pois não mais corresponderia diretamente à atividade de prestação de comodidades materiais à população. Apesar de essas afirmações também poderem ser questionadas, esse período histórico não guarda relação direta com o foco do presente trabalho.

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 233.

¹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Serviço público e suas diferentes acepções*. Op. cit., p. 56.

¹³ CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 53.

¹⁴ Gaspar Ariño Ortiz possui uma das principais obras a nível mundial no que se refere ao tema da crise do serviço público, dos processos de liberalização dessas atividades e da alteração do papel do Estado (de prestador para regulador) no campo econômico. Uma passagem específica de seu trabalho é bastante citada nos estudos dessa área, por ter decretado “a morte do serviço público”: “o serviço público é merecedor de um grande elogio já que foi um instrumento de progresso e também de socialização, especialmente nos Estados pobres nos quais permitiu melhorar a situação de todos. Mas seu ciclo terminou. Cumpriu sua missão e hoje – como disse José Luis Villar

a liberdade que o Estado lhe retirava. Na visão dos críticos, o serviço público era uma causa perdida por si só: “por essência, pouco performativos e fracamente produtivos, na medida que eles não conhecem a motivação do ganho e o estímulo da concorrência, os serviços públicos desempenharão de forma pior, e a um custo mais elevado, suas missões, quando comparados com as empresas privadas”¹⁵. Como se vê, a discussão não era mais apenas sobre o âmbito de atuação do Estado na ordem econômica, mas até mesmo sobre o próprio conceito de serviço público enquanto instituto do Direito Administrativo contemporâneo¹⁶.

Para tentar frear as investidas comunitárias contra o instituto do serviço público, a doutrina administrativista francesa à época deu início a um processo de denúncia dos prejuízos que poderiam advir com a liberalização dessas atividades¹⁷. Como forma de instrumentalizar a tese de que os serviços públicos não poderiam passar a ser regidos apenas pelas regras do mercado e da concorrência privada, destacou-se o incremento da vulnerabilidade do usuário (agora tido como um “consumidor”)¹⁸ diante desse novo cenário e a possibilidade de que a privatização dos serviços impedisse – ou, ao menos, dificultasse – que parcela da população pudesse usufruir desses bens¹⁹.

No entanto, apesar da existência de todo esse debate no Direito Administrativo europeu, não parece existir razões para se imaginar que simplesmente por causa de algumas previsões em tratados internacionais daquela região a noção de serviço público no Direito Administrativo brasileiro teria entrado em crise e deveria ser substituída ou até mesmo eliminada. Como bem ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não se pode importar as críticas europeias a respeito da pretensa crise do serviço público ao Brasil porque aqui se vive uma realidade jurídica diversa, a qual não foi impactada pelos tratados internacionais da União Europeia que embasaram todas essas manifestações²⁰. E é por essa razão que se defende que “a segunda crise do serviço público foi, do ponto de vista dogmático, absolutamente irrelevante para o Direito brasileiro”²¹.

– deve-se fazer-lhe um enterro digno”. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Granada: Comares Editorial, 1999. p. 550. Tradução livre.

¹⁵ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 54.

¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Serviço público e suas diferentes acepções... Op. cit., p. 57.

¹⁷ Lembre-se que a noção de serviço público é uma das pedras angulares do Direito Administrativo francês. A questão é bem ilustrada por Jacques Chevallier, quando afirma que “o serviço público é efetivamente, primeiro uma *função* a ser exercida, uma *missão* a ser garantida, e também a *atividade* concreta que dele resulta e, portanto, o órgão que a assume”. CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 61.

¹⁸ Sobre a impropriedade do tratamento do usuário de serviços públicos como consumidores e dos malefícios disso decorrentes, ver: HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. A proteção jurídica do usuário de serviço público entre o Direito Administrativo e o Código de Defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 311-336, set./dez. 2016. p. 317-320.

¹⁹ JUSTEN, Monica Spezia. Op. cit., p. 189.

²⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Transformações dos serviços públicos no Brasil. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito Administrativo e suas transformações atuais**: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2016. p. 282.

²¹ DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Op. Cit., p. 14.

De todo modo, muito embora essa “crise do serviço público” tenha gerado algumas alterações na estrutura da Administração Pública, com a privatização material de algumas atividades e a inserção da lógica de mercado em tantos setores, em países como o Brasil – que ainda necessitam indiscutivelmente de uma atuação estatal direcionada à promoção do desenvolvimento social e ao combate às desigualdades –, a figura jurídica do serviço público continua desempenhando papel fundamental no Direito Administrativo, permanecendo como uma das principais ferramentas à disposição dos administradores públicos para a persecução dos objetivos constitucionais²².

2 O SERVIÇO PÚBLICO COMO FERRAMENTA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL E A IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE UM CRITÉRIO DE SUBSIDIARIEDADE PARA A SUA PRESTAÇÃO

Como visto no tópico anterior, na década de 1990 o Direito Administrativo sofreu impactos teóricos que influenciam a disciplina até os dias de hoje. Com efeito, com base na reforma administrativa amparada no movimento neoliberal e na noção de serviço de interesse econômico geral da União Europeia, há quem defenda que a prestação dos serviços públicos deve ser repassada ao máximo para a iniciativa privada. Defendem, como demonstrado acima, que atualmente o Direito dos Serviços Públicos no Brasil deveria ser regido pela lógica do *princípio da subsidiariedade*.

Do ponto de vista etimológico, subsidiário é algo “acessório”, que “tem importância secundária”, que “fortalece ou dá apoio ou reforço” a algo mais relevante. No campo jurídico, o sentido conferido ao termo subsidiariedade não é tão diferente.

No Direito Administrativo brasileiro, o princípio da subsidiariedade encontrou grande eco no que toca à participação do Estado na ordem econômica. As maiores críticas e proposições de mudança da estrutura da economia nacional que foram proferidas com base nesse princípio referiam-se principalmente a participação direta do Estado na economia, explorando atividades econômicas *strictu sensu*. Os defensores dessa corrente afirmam que o art. 173 da Constituição Federal “impõe o dever de intervenção supletiva do Estado no domínio econômico, intervenção que se legitima apenas quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado e satisfatório certa necessidade”²³.

No entanto, se nem mesmo no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito pode-se falar que a atuação do Estado se pauta em um critério de subsidiariedade²⁴, muito menos essa tese faria sentido no campo dos serviços públicos, área de atuação

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 251.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 862.

²⁴ Por um lado, é indiscutível que o art. 170 da Constituição Federal determina que a regra geral é a de que “o Estado, no Brasil, não deve se constituir como empresário”. Como a Constituição reconhece a validade do sistema capitalista, ela privilegia a livre iniciativa, relegando aos agentes privados a atuação econômica empresarial. No entanto,

estatal por excelência, como se mencionou anteriormente. Além disso, a subsidiariedade não encontra aplicação no ordenamento jurídico brasileiro no campo dos serviços públicos pois ela é intrinsecamente incompatível com a cláusula do Estado Social de Direito.

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.

Assim, apesar de ter sido desenvolvida no seio do Estado Liberal, é de constatação lógica que é sob o paradigma intervencionista e prestacional do Estado Social que a noção de serviço público atinge seu ápice de relevância para o Direito Administrativo²⁵. Não uma relevância formal, pois já anteriormente essa noção era utilizada pelo Conselho de Estado francês como critério definidor da competência desse importante órgão da jurisdição administrativa; mas uma relevância material, pois é notadamente após a instituição do Estado Social que a Administração Pública assume sua missão de assegurar o desenvolvimento social e reconhece o serviço público como um dos principais instrumentos para isso.

A questão é ainda mais simbólica no Brasil. Como bem afirmam Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins, diante das enormes desigualdades sociais que ainda assolam o país, aqui o serviço público é mais do que simplesmente um mito em torno do qual se desenvolveu o Direito Administrativo; é uma verdadeira necessidade, sem o qual o país irá rumar por caminhos absolutamente diversos daqueles tentados pela Constituição Federal de 1988²⁶.

Assim, deve-se entender que a manutenção do serviço público como um dos principais instrumentos de que dispõe a Administração Pública para satisfazer os direitos fundamentais representa um “*projeto de resistência*”²⁷ contra as investidas neoliberais que abalaram o tradicional regime jurídico-administrativo na década de 1990. Muito embora di-

não foi um critério de subsidiariedade que a embasou. Veja-se que a Constituição de 1988 não prevê que “apenas em caráter suplementar o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”, como determinava a sua antecessora. Pelo contrário: o critério eleito pelo constituinte para legitimar a atuação estatal na economia é o *interesse público*. (GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 225-229) Afinal, sempre que estiverem presentes os requisitos da segurança nacional e do relevante interesse coletivo, o Estado estará autorizado a explorar a atividade econômica, independentemente da eficiência atingível pela iniciativa privada nesse setor da economia, o que afasta a ideia de que aquele só deve atuar na falha ou na insuficiência desta. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 804.)

²⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Ithala, 2016. p. 41; 51. Marçal Justen Filho chega a falar que “o Estado de Bem-estar Social é o Estado do Serviço Público. O serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 52.

²⁶ DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Op. Cit., p. 17.

²⁷ O termo é utilizado por Adriana Schier em: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. Cit., p. 139-158.

versas alterações tenham sido praticadas e hoje sejam uma realidade com a qual o Direito Administrativo inevitavelmente deve conviver, não se deve esquecer os objetivos maiores que permeiam a Constituição. Enquanto a Constituição de 1988 viger²⁸, a Administração Pública deverá lançar mão de todas as ferramentas que dispõe (aí incluso, principalmente, o serviço público) para alcançar as tarefas que lhe são impostas.

Alguém poderia tentar defender que, embora o serviço público seja a principal ferramenta de atuação do Direito Administrativo social²⁹, ainda haveria espaço para incidência do princípio da subsidiariedade nesse campo, pois a Constituição, em seu art. 175, permite que essas atividades sejam prestadas pela iniciativa privada por meio de delegação, em regime de concessão ou permissão.

No entanto, longe de ser um instrumento para legitimar a atuação subsidiária do Estado na prestação de serviços públicos, a possibilidade de delegação dessas atividades representa tão somente uma autorização constitucional para que o Estado, levando em consideração o contexto econômico e social de cada tempo, decida se fará com que aquela atividade reputada essencial para o interesse público seja prestada, sob um regime especial, diretamente por ele próprio ou se por alguma empresa privada que lhe fará às vezes. É como se o constituinte, ciente das impossibilidades fáticas do Estado de atender com satisfação a todas as necessidades sociais, admitisse o auxílio da iniciativa privada na árdua tarefa consistente na prestação de serviços públicos.

Ocorre, todavia, que, ainda que em regime de concessão ou permissão, o Estado não deixa de ser o titular do serviço público³⁰. Por tal motivo, por mais que a empresa privada delegatária esteja buscando o lucro com aquela atividade, é dever incessante do Estado intervir, regular e controlar a prestação do serviço, a fim de garantir que “o elemento ‘lucro’ não se sobreponha aos valores da dignidade do usuário, igualdade na prestação e aos direitos fundamentais do cidadão”³¹.

Sendo assim, uma vez que “o concessionário de serviço público exerce em nome do Estado, embora por sua conta, risco e perigos, uma função que seria desempenhada diretamente pelo Poder Público se este não lhe houvera cometido os correspondentes encargos

²⁸ Em sentido semelhante, Vitor Rhein Schirato afirma: “enquanto houver direitos fundamentais que demandem certa atuação econômica positiva do Estado para sua satisfação, *haverá serviço público*”. SCHIRATO, Vitor Rhein **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 136.

²⁹ Romeu Felipe Bacellar Filho afirma a instrumentalidade do serviço público enquanto “*meio* que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu *fim* na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 153-162, out./dez. 2002. p. 155.

³⁰ Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, “o prestador do serviço trava com o Estado uma relação jurídica de colaboração, permanecendo com o Poder Público a titularidade do serviço.” Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem*. p. 157.

³¹ VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 278.

atinentes ao serviço concedido”, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que “a posição que o concessionário desfruta é a de quem se encontra em uma situação serviente, a de anteder o interesse público pelo qual o Estado é axiomáticamente o titular e o responsável”³².

Sendo assim, verifica-se a total impropriedade de se utilizar a subsidiariedade como um critério para definir a atuação do Estado no campo econômico, notadamente no âmbito dos serviços públicos. No Brasil da Constituição de 1988, a Administração Pública foi arquitetada para buscar o desenvolvimento e a redução das desigualdades sociais como uns de seus maiores objetivos. Assim, não deve aguardar da iniciativa privada o cumprimento dessas missões, tomando à frente do projeto de concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.

3 OS DEBATES SOBRE A REVISÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O regime jurídico dos serviços públicos no Brasil vem passando por diversas alterações legislativas nos últimos anos, o que tem gerado intensos debates doutrinários acerca de possíveis novas configurações para esse instituto. Entre tantas transformações, uma das mais relevantes é a que está acontecendo com o *elemento subjetivo dos serviços públicos*.

Lembre-se que, conforme explicado anteriormente, segundo essa característica essencial da noção de serviços públicos, só poderiam ser assim consideradas as atividades que fossem prestadas direta ou indiretamente pelo Estado. Uma vez que o Estado seria o titular exclusivo dessas atividades, apenas ele ou a quem ele delegasse essa função poderiam prestar esses serviços. Haveria, portanto, uma exclusão da iniciativa privada do campo da prestação de serviços públicos, a qual apenas poderia ser exceção por meio de um título público de concessão ou permissão. Assim, a tese dominante é a de que “uma atividade, por constituir serviço público, estaria excluída da livre iniciativa por ter no Estado seu titular e único detentor da iniciativa de exploração”³³.

Historicamente, foi para evitar que a exploração privada de setores estratégicos da econômica impedisse o acesso adequado de boa parte da população a essas atividades que se instituiu a noção de exclusividade estatal da prestação de serviços públicos. Em tempos de tecnologia incipiente, também pode se constatar como apenas a exclusividade do Estado era capaz de prestar determinados serviços com maior difusão, como ocorria no caso das telecomunicações.³⁴

Além disso, Jacques Chevallier afirma que a noção de serviço público foi atrelada à titularidade exclusiva da prestação estatal também por razões políticas e estruturais. A ideia de um serviço relevante para a comunidade ser de titularidade única do Estado, podendo ser

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre concessão e o seu desempenho como exercício de uma função estatal. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito Administrativo e suas transformações atuais**: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Ithala, 2016. p. 270.

³³ SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. Cit., p. 89.

³⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 53-54.

prestado apenas por ele ou por quem ele permitisse, servia como auxílio para a concretização dos processos de nacionalização enfrentados pelos grandes países europeus. Ademais, reputava-se também que por questões econômicas era muito mais viável fazer com que determinados serviços que exigiam todo um sistema de prestação em rede, como os de transporte e energia elétrica, por exemplo, pudessem ser explorados em regime de monopólio³⁵.

Por essas razões, a questão da exclusividade não é matéria reservada apenas ao Direito Administrativo brasileiro. Em variados outros países existe “o reconhecimento do vínculo subjetivo como traço presente na noção de serviço público, admitindo-se que se trata de atividades em que ‘a intervenção de uma pessoa pública é indispensável’.”³⁶ Desse modo, assim como no Brasil outros países também têm enfrentado debates sobre a necessidade e viabilidade de manutenção do elemento orgânico como algo essencial à noção de serviço público. A discussão ora analisada não se trata, portanto, de um fenômeno pontual, “eis que vinculado a um contexto maior, de nível mundial, de redefinição do papel do Estado contemporâneo, resultante de uma reflexão crítica acerca das formas tradicionais de ação pública nos sistemas capitalistas”³⁷.

Apesar da importância desse tema para o delineamento do Estado brasileiro, a Constituição Federal cuidou muito pouco de disciplinar a normativa jurídica aplicável aos serviços públicos. Ela não dispõe expressamente que só podem ser serviços públicos as atividades vinculadas a comodidades materiais singularmente fruíveis pela população (elemento material), tampouco determina que toda atividade classificada como serviço público está submetida a um mesmo regime jurídico – o qual, ademais, deve ser “de direito público” (elemento formal). Do mesmo modo, *inexiste previsão específica a respeito da exclusividade da prestação Estatal*, fato que sustenta o início do debate ora analisado.

Desse modo, por não haver previsão legislativa expressa vinculando a noção de serviço público com a exclusividade estatal da prestação, há quem considere que essa situação não seria algo automático. Isto é, que a titularidade exclusivamente estatal não seria um aspecto essencial do regime jurídico dos serviços públicos. É o que defende Vitor Rhein Schirato. Para ele, na redação do art. 175 da Constituição Federal “não há correlação direta entre serviço público e qualquer forma de privilégio” (relativo à exclusividade estatal da prestação). O que existe, segundo o administrativista, é “apenas a constatação de que a ordem jurídica impõe ao Estado o dever de fornecer aos cidadãos determinada utilidade”³⁸.

³⁵ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 82.

³⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 67.

³⁷ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 442.

³⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. Cit., p. 122. No mesmo sentido, Adriana Schier: “ao atribuir a titularidade de um serviço ao Estado, o poder constituinte ou o legislador infraconstitucional criam para a Administração Pública o dever inescusável de sua prestação e, em contrapartida, um direito subjetivo para toda a coletividade. Porém, não há no texto constitucional qualquer indicativo de que tais atividades não possam ser exploradas diretamente pelos particulares.” SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 96.

Por conta disso, incidiria sobre os setores econômicos de serviços públicos – assim como em quaisquer outros – os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.³⁹ Afinal, esses princípios estão previstos no *caput* e no inciso IV do art. 170 da Constituição Federal como *princípios gerais da atividade econômica*, dentro da qual – segundo o próprio texto constitucional – também estão inseridos os serviços públicos, uma vez que esse dispositivo e o art. 175 (que trata dos serviços públicos) estão insertos no mesmo capítulo da Lei Maior.

Um dos primeiros argumentos normalmente utilizados para se defender a concepção da exclusividade estatal é o de que ao prever a possibilidade da delegação da prestação dos serviços públicos aos particulares por meio de contratos de concessão e permissão no art. 175, a Constituição Federal teria limitado o direito dos particulares a executar essas atividades apenas nas hipóteses em que ostentassem um desses títulos jurídicos.

Todavia, segundo Adriana Schier esse dispositivo apenas determina que o Estado, em um exercício de discricionariedade, pode prestar os serviços públicos indiretamente, contratando uma pessoa privada para executar a atividade em seu nome⁴⁰. Além disso, os institutos de delegação não podem ser encarados como uma forma de exploração privada dos serviços públicos. Afinal, o serviço continua sendo prestado em nome do Estado, no interesse (isto é, no momento e nos termos em que desejar) dele e sob o regime de direito público. Assim, eles não podem ser compreendidos como a abertura constitucional para a incidência do princípio da livre iniciativa nesse campo. Se fossem apenas delegáveis, os serviços públicos continuariam podendo ser prestados apenas pelo Estado, o que acaba não resolvendo a principal questão daqueles que criticam a exclusividade (direito dos particulares em explorar essas atividades enquanto uma decorrência do princípio constitucional da livre iniciativa).

Outro empecilho para aceitar o fim da exclusividade estatal na prestação de serviços públicos é a tendência, bastante comum, de supor que os direitos fundamentais (principalmente os de caráter social) concretizados através da prestação de serviços públicos seriam de algum modo mais relevante para o ordenamento jurídico do que o direito fundamental à livre iniciativa. Assim, por conta disso seria mais importante para o Estado manter a prestação do serviço público sob sua exclusividade do que abri-la para a iniciativa privada, sob o pretexto de conferir maior efetividade ao direito fundamental à livre iniciativa.

Contudo, esse pensamento é equivocado. Deve-se lembrar que na ordem jurídica brasileira inexistente hierarquia entre os direitos fundamentais, sendo todos tratados com a mesma importância pela Constituição Federal⁴¹. O formato de Estado Social de Direito ado-

³⁹ Nessa linha, Floriano de Azevedo Marques Neto entende que em razão da “inexistência de normas que disponham em sentido contrário, não há razões para não se cogitar da possibilidade de se aplicar o princípio da livre concorrência também no âmbito da prestação dos serviços públicos”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Serviço público e suas diferentes acepções... Op. cit., p. 132.

⁴⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 106. No mesmo sentido, cf. MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 207-246, jul./set. 2012. p. 237.

⁴¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 104.

tado pela Constituição de 1988, muito embora tenha como seu objetivo maior o desenvolvimento social com a redução das desigualdades, não visa a atingir uma estrutura socialista. Em outras palavras, a livre iniciativa, conceito chave do liberalismo econômico, é tão relevante para a ordem jurídico-constitucional brasileira quanto qualquer outro direito fundamental.

Mais um argumento utilizado para defender a exclusividade da prestação estatal dos serviços públicos é o de que a divisão de competência entre os entes federativos estabelecida pelo art. 21, X, XI e XII, art. 25, §1º e art. 30, V da Constituição faria com que as atividades abrangidas por esses dispositivos seriam *apenas* de competência de cada um desses entes (não apenas em relação aos demais, mas também em relação à iniciativa privada).

Adriana Schier, todavia, também enfrenta essa questão, afirmando que “o art. 21, e os demais dispositivos da CF/88 que tratam da imputação de competências aos entes federativos, no que se refere à titularidade de serviços, o fazem com o objetivo de legitimar a sua atuação em tais áreas, mas sem ter o alcance de impedir a sua exploração pela iniciativa privada”⁴².

Por fim, há ainda a crítica de que ao prever expressamente que a exploração dos serviços de saúde (art. 199), educação (art. 202) e previdência social (art. 209) é livre à iniciativa privada, a Constituição teria indicado, a *contrario sensu*, que os demais serviços públicos seriam exclusivos do Estado.

Sem dúvida trata-se do argumento mais forte para rebater as críticas à exclusividade. No entanto, ele tampouco deixa de ser respondido pelos defensores da tese de que os particulares podem explorar a título próprio as atividades consideradas como serviços públicos. É o caso de Adriana Schier⁴³ e Marçal Justen Filho⁴⁴, que entendem esse dispositivo como um reforço à tese de que até nas hipóteses das atividades mais caras ao Estado Social é permitida a atuação conjunta da iniciativa privada, a fim de que não restem dúvidas de que a exclusividade não se aplica a priori nem mesmo no campo dos serviços mais diretamente relacionados à consagração dos direitos fundamentais sociais. De fato, seria difícil enxergar coerência no texto constitucional caso se aceitasse que os serviços sociais podem ser explorados pela iniciativa privada, mas serviços como o de navegação aérea (art. 21, XII, c), de transporte rodoviário interestadual (art. 21, XII, e) ou de portos marítimos (art. 21, XII, f) fossem obrigatoriamente de titularidade exclusiva do Estado.

Superados esses obstáculos, a conclusão de Schier é a de que “os serviços públicos elencados na Carta Constitucional, salvo determinação expressa, poderão ser prestados pela iniciativa privada, a título próprio”. No entanto, isso não significa que a Administração Pública

⁴² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 97.

⁴³ “Parece mais coerente admitir que a ressalva é feita justamente aos serviços públicos sociais, em relação aos quais poderia existir alguma dúvida quanto à possibilidade de que a iniciativa privada pudesse exercê-los, dada a sua vinculação imediata com os direitos fundamentais. Por isso o consentimento expresso do constituinte”. Idem, p. 106.

⁴⁴ “Não tem cabimento que as atividades mais essenciais (saúde, assistência social e educação) comportassem uma exploração mista, enquanto outras, de relevo político, social e econômico muito menor, fossem reservadas privativamente ao Estado”. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito..., op. cit., p. 743.

estaria autorizada a deixar de prestar o serviço público. A aceitação da exploração privada dessas atividades não faz com que a Poder Público passe a ter um papel subsidiário em relação ao mercado na prestação dos serviços públicos. Essa tarefa continua sendo um *dever inafastável do Estado*. Mas essa prestação é, ao mesmo tempo, também uma *faculdade*, uma *possibilidade*, um *direito da iniciativa privada*⁴⁵.

Como a noção de serviço público nasceu com o Direito Administrativo francês (ao menos aquela que foi importada para o ordenamento jurídico brasileiro), onde todo o regime jurídico da Administração Pública é pautado pela lógica de prerrogativas e sujeições, a classificação de uma atividade econômica como serviço público – e, portanto, sua exclusão do âmbito de atuação da iniciativa privada – se constituiria como uma prerrogativa da Administração Pública⁴⁶. Criticando essa situação, Vitor Rhein Schirato também defende que a classificação de uma atividade como serviço, longe de afastá-la do âmbito de exploração da iniciativa privada, deve unicamente “imputar ao Estado um dever positivo de agir para cumprir *obrigações* que lhe são impostas pela ordem jurídicas, às quais se contrapõe direitos subjetivos públicos dos cidadãos”⁴⁷.

Por essa lógica, portanto, apenas caberia se falar em exclusividade nos casos em que a satisfação do direito fundamental objeto desse serviço público fosse mais bem atingida em regime de prestação exclusiva. Em outras palavras, a classificação de uma atividade econômica em sentido amplo em serviço público não aboliria a priori o direito fundamental à livre iniciativa. No entanto, esse fenômeno poderia ocorrer, caso a restrição se mostrasse proporcional, no sentido de ser uma medida adequada e necessária para a concretização do objetivo almejado pelo Estado na exploração dessa atividade⁴⁸.

Apenas a título ilustrativo, vale mencionar que uma situação em que a concorrência poderá ser restringida em prol da exclusividade da prestação estatal é quando a *modicidade das tarifas* cobradas dos usuários do serviço público seja colocada em risco. É o que pode ocorrer com os serviços públicos que dependem da estrutura de subsídios cruzados para poderem se prestados de modo adequado. E, como ensina Schirato, a prestação em regime de concorrência tende a ser incompatível com esse sistema, pois a lógica concorrencial faz com que os prestadores, a fim de ofertarem o serviço com o menor preço possível, cobrem de seus usuários a tarifa minimamente necessária para arcar com os custos reais da prestação, minando as chances de cobrar valores excedentes para possibilitar a prestação do serviço com custos mais reduzidos para outros usuários⁴⁹.

Outro ponto apto a permitir a exclusividade é a necessidade de *universalização dos serviços públicos*. Alexandre Santos de Aragão bem lembra que “em um setor em que há

⁴⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 104-105.

⁴⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. Cit., p. 92-93.

⁴⁷ Idem, p. 120.

⁴⁸ Idem, p. 121.

⁴⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. Cit., p. 159.

serviço público em razão da sua importância para a coesão social dificilmente apenas a concorrência dará conta das necessidades coletivas envolvidas”. Não se pode esquecer que o objetivo da exploração de atividades econômicas pela iniciativa privada é a geração de lucro. E não é esse o ideal que deve pautar a prestação de serviços públicos. Existem diversos exemplos de serviços públicos não lucrativos para o Estado, principalmente quando se leva em consideração o dever constitucional de universalização da prestação. Nesses casos, a exclusividade permanecerá sendo a forma de prestação mais adequada para a garantia de um serviço de qualidade para os cidadãos necessitados⁵⁰.

4 O FIM DA EXCLUSIVIDADE ESTATAL E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM REGIME DE CONCORRÊNCIA

Alguns traços de concorrência sempre estiveram presentes no Direito dos Serviços Públicos no Brasil. Ao outorgar à iniciativa privada a prestação de determinado serviço público – ainda que em regime de exclusividade – o Estado, para tanto, deve antes operar um processo de licitação, no qual os agentes privados interessados na exploração daquele setor econômico deverão competir entre si com o objetivo de apresentar a melhor oferta (a depender dos critérios estabelecidos pela Administração). Assim, os processos de licitação para delegação da prestação de serviços públicos concretizam cenários de concorrência *pelelo* mercado⁵¹, isto é, de disputa entre fornecedores pelo direito de explorar uma dada atividade econômica (em sentido amplo).

No entanto, é com a aceitação de que os serviços públicos não são de titularidade exclusiva do Estado que a aplicação das regras de concorrência nesses setores ganharia protagonismo real. Assim, não apenas pelas razões jurídicas citadas acima, mas também por questões econômicas alguns autores vêm defendendo o fim do regime de exclusividade da prestação estatal de serviços públicos.

Um cenário de concorrência pode ser assim considerado quando dois ou mais fornecedores estão explorando o mesmo setor econômico e oferecendo comodidades materiais (bens ou serviços) para satisfazer, ainda que por meios diversos, as mesmas necessidades do seu público-alvo, o qual – exatamente por isso – acaba sendo a razão de um conflito de interesses por parte desses prestadores⁵².

É importante ressaltar que o que é defendido por esses autores como valor institucional a ser protegido nesse novo campo é a concorrência em si – e não o mercado. Aliás, é exatamente porque esses conceitos, embora muito relacionados, não sejam sinônimos ou

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 249.

⁵¹ A diferenciação entre a concorrência *pelelo* mercado e a concorrência *no* mercado é trabalhada em SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. cit., p. 30.

⁵² CUÉLLAR, Leila. Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 32.

consequências diretas (havendo a possibilidade de o mercado por si próprio eliminar a concorrência), que se propugna que o Direito deve agir para garantir os cenários de concorrência necessários para o desenvolvimento econômico⁵³.

Assim, Schirato defende que “a construção da ordem econômica constitucional de 1988 impõe que as normas de direito da concorrência sejam também aplicáveis aos serviços públicos, de maneira que seja imperativa a competição entre diversos agentes na prestação de tais serviços”. Todavia, é feita a ressalva – já mencionada acima – que a livre concorrência e a livre iniciativa, enquanto princípios jurídicos, podem ser restringidas em cada caso concreto, quando a exclusividade se mostrar uma medida adequada, necessária e proporcional à satisfação do direito fundamental atingido pelo serviço público. No entanto, apesar dessa possibilidade, o que o administrativista pretende quando propõe a aplicação das normas de concorrência aos serviços públicos é que se entenda que “a concorrência, além de não ser contrária à finalidade dos serviços públicos, é, em muitos casos, um instrumento para sua satisfação”⁵⁴.

A prestação dos serviços públicos em regime de concorrência induz os agentes econômicos a ofertarem bens e serviços de maior qualidade e/ou com menor preço, além de incentivar a busca pela inovação, pois eles estarão sempre buscando ofertar o melhor serviço disponível no mercado, para que mais consumidores escolham o seu produto e não o de seu concorrente⁵⁵.

Entretanto, isso não significa que a concorrência deve ser aceita de modo generalizado. Deve haver cautela para se definir em quais setores a implementação do regime concorrencial será benéfica aos usuários, atendo-se à necessidade de observância dos princípios da universalização e da modicidade das tarifas, conforme elucidado acima.

Além disso, não se pode esquecer que um cenário de concorrência legítima não será atingido tão somente com a abertura desses setores à iniciativa privada. Jacques Chevallier bem alerta para o fato de que “a concorrência somente é efetiva se os operadores públicos e privados são postos em condições iguais; somente se os primeiros não dispuserem de privilégios que distorçam o jogo da concorrência”⁵⁶. Além dos privilégios que podem ser concedidos aos prestadores públicos, também deve-se cogitar do impacto que as sujeições a que eles se submetem podem trazer no que diz respeito à concorrência que manteriam com a iniciativa privada. Caso se defenda a manutenção da aplicação do regime jurídico-administrativo aos prestadores públicos, não se pode esquecer que eles dependerão, por exemplo, de processos de licitação e de concurso público para a contratação de bens, serviços e pes-

⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 38.

⁵⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. cit., p. 155.

⁵⁵ NESTER, Alexandre Wagner. Op. cit., p. 451. Nessa mesma linha, Schirato também defende que “a inserção, a proteção e o fomento da concorrência tendem a produzir efeitos bastante profícuos e desejáveis aos consumidores e usuários, pois tende a melhorar as condições nas quais os bens e serviços lhes são oferecidos”. SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. cit., p. 146.

⁵⁶ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 88.

soal, o que certamente desequilibra o equilíbrio necessário para o desenvolvimento saudável de um cenário de concorrência econômica.

5 CONCLUSÃO: O MODELO A SER ADOTADO É AQUELE QUE MELHOR CONCRETIZA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CADA CASO CONCRETO

O regime jurídico dos serviços públicos é uma das matérias mais amplas e complexas de todo o Direito Administrativo. Seja pela enorme variedade das atividades abarcadas por esse conceito, seja pelas alterações legislativas que frequentemente são praticadas, essa matéria está sempre sendo objeto de discussões na doutrina administrativista, que busca constantemente aprimorar os conceitos atinentes a essa temática, adaptando-os às transformações sociais.

No presente artigo, viu-se que nas últimas três décadas o elemento subjetivo – segundo o qual os serviços públicos devem ser prestados pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes – tem sido o centro de grandes discussões doutrinárias.

Inicialmente, influenciados pelos ideais neoliberais que conduziram a reforma administrativista da década de 1990 e pela noção de serviço de interesse econômico geral criada na União Europeia, houve quem defendesse um intenso processo de liberalização dos serviços públicos, com a adoção do princípio da subsidiariedade como critério definidor da atividade estatal nesse campo.

Apesar de essa posição ainda ser encontrada na doutrina, o debate parece já ter sido superado. Com base nos argumentos expostos no trabalho, é possível afirmar com segurança que do ponto de vista jurídico o princípio da subsidiariedade é incompatível com o regime jurídico-administrativo brasileiro. É evidente que todos têm o direito de, por questões ideológicas, defender a *necessidade* de aplicação desse princípio. No entanto, para isso seria necessária a elaboração de uma nova Constituição, pois a atual possui a cláusula do Estado Social de Direito em sua essência, o que faz com que no contexto vigente a Administração Pública seja obrigada a adotar uma posição de protagonista no desenvolvimento social.

Questão ainda não pacificada, porém, diz respeito à substituição da noção de exclusividade da prestação estatal para um modelo de prestação em regime de concorrência. Aqui o serviço público se mantém como ferramenta indispensável da atividade administrativa, mas a exploração da atividade econômica assim classificada não seria uma prerrogativa exclusiva do Poder Público.

A solução de tal controvérsia perpassa pela necessidade de se interpretar os dispositivos constitucionais que tratam de serviço público, pois apenas assim se poderá afirmar se a Constituição Federal de 1988 adota o sistema da prestação estatal exclusiva de serviços públicos ou se ela permite que os particulares também explorem essas atividades a título próprio, exercendo o direito à livre iniciativa. Para que tarefas desse porte sejam realizadas

de modo adequado, a doutrina constitucionalista, com esteio nas lições de Friedrich Carl von Savigny e Rudolf von Ihering, costuma apontar a existência de quatro elementos que devem ser levados em consideração quando esse está a interpretar uma norma constitucional: (i) gramatical; (ii) sistemático; (iii) histórico; (iv) teleológico. Não há qualquer hierarquia entre esses elementos. Assim, não existe regra preestabelecida para solucionar os casos nos quais há um conflito das direções hermenêuticas apontadas por esses elementos. Caberá ao intérprete, portanto, realizar essa tarefa, buscando combinar, harmonizar e preservar o máximo possível o sentido de cada um desses elementos⁵⁷.

(i) De acordo com o elemento *gramatical*, o hermeneuta deve buscar da literalidade do texto normativo o sentido da norma ali consagrada. Busca-se, portanto, identificar o significado das palavras utilizadas pelo legislador, para que, com isso, possa se saber como e quando a norma constitucional em questão se aplica. Em muitos casos, a interpretação gramatical já é suficiente para se apreender o sentido da norma, o que faz com que – quase que por razões instintivas – seja sempre o primeiro método a que os operadores do Direito recorrem. Nas situações mais complexas, entretanto, a mera leitura do dispositivo não basta⁵⁸. Afinal, apesar de o texto normativo ser sempre um fator relevante na tarefa de interpretação, ele é apenas a “ponta do iceberg”⁵⁹ de uma questão muito mais complexa – exatamente como ocorre no presente caso.

O principal dispositivo constitucional que se refere a serviço público é o art. 175, cuja redação dispõe que “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”. De tal norma não se pode extrair grandes constatações – como já se disse, a Constituição foi rasa ao tratar de serviços públicos –, mas uma determinação fica muito clara: é dever inafastável do Estado prestar as atividades consideradas, pelas leis ou pela própria Constituição, como serviços públicos.

(ii) Seguindo com o trabalho hermenêutico, não se pode negar, por um lado, que a *interpretação sistemática* das normas constitucionais parece apontar para a inexistência da exclusividade estatal. A adequada utilização do elemento sistemático pressupõe a compreensão de que a Constituição é um sistema harmônico de normas jurídicas – e não apenas a reunião de variadas normas apenas sob um mesmo texto legislativo. Por esse motivo, determina-se na interpretação sistemática que todo o conjunto constitucional seja levado em consideração pelo intérprete, já que “não se interpreta a Constituição em tiras”⁶⁰.

⁵⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 413.

⁵⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 414.

⁵⁹ A expressão é utilizada em: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000. p. 53.

⁶⁰ A expressão é frequentemente utilizada por Eros Roberto Grau, tanto em seus votos quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, quanto em suas lições acadêmicas. Cf. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 127.

Como visto, além de não existir normativa expressa sobre a exclusividade estatal, a Constituição consagra a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios gerais da ordem econômica, dentro da qual também estão inseridos os serviços públicos, razão pela qual *a interpretação através do método sistemático aponta para a inexistência da exclusividade estatal.*

(iii) Por outro viés, porém, deve-se lembrar que, do ponto de vista *histórico*, é muito provável que *a intenção do constituinte com a classificação de determinadas atividades sob o rótulo de “serviço público” tenha sido realmente a de excluí-las do âmbito de atuação da iniciativa privada*, pois essa era a noção absolutamente dominante de serviço público à época.

No entanto, muito embora se deva considerar, em processos de interpretação constitucional, o peso dos aspectos históricos, deve-se reconhecer também que sua relevância “é inversamente proporcional ao tempo decorrido desde a edição da norma”. Afinal, por um lado, é uma atitude antidemocrática que os intérpretes do Direito, pouco após a edição da norma, desconsiderem as intenções do legislador; mas, por outro, “interpretar um preceito editado há várias gerações, com base nos valores vigentes à época, produzirá, muito provavelmente, anacronismos injustificados e soluções conservadoras, inaceitáveis para a sociedade atual”⁶¹.

(iv) Essa questão hermenêutica a respeito da titularidade da prestação de serviços públicos parece depender, portanto, da análise do *elemento teleológico*, segundo o qual o dispositivo deve ser interpretado de acordo com a finalidade a qual ele se destina, o que demonstra sua vinculação com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais⁶².

Como afirmado acima, o principal objetivo dos serviços públicos é servir como um instrumento para a concretização de direitos fundamentais por parte da Administração Pública, notadamente aqueles que dependem de prestações materiais para a sua satisfação.

Sendo assim, lembrando que a configuração do regime jurídicos dos serviços públicos sempre foi diretamente vinculada a questões políticas, econômicas e sociais, conclui-se que *o modelo mais adequado de prestação de serviços públicos no que tange ao elemento subjetivo será aquele que, para cada serviço individualmente considerado, melhor concretizar os direitos fundamentais objetos daquela prestação.*

E, com isso, a questão de certa forma ultrapassa o Direito. Há quem defenda que a prestação em regime de concorrência (com o fim da exclusividade, portanto) atenderia exatamente a esse objetivo, pois em setores econômicos regidos pelas regras concorrências a uma tendência de os serviços serem prestados com maior qualidade e/ou menor preço, a depender das demandas dos usuários.

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 417-418.

⁶² Sobre o princípio da efetividade, ver: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 305.

No entanto, o Direito dos Serviços Públicos abrange uma série de atividades muito diferentes entre si no Brasil. Por essa razão, um dos maiores equívocos cometidos pela doutrina nesse tema está em insistir no tratamento uniforme para todas essas atividades, como se um mesmo regime jurídico devesse ser aplicado a todas elas. Trata-se de um inocente engano, portanto, imaginar que a solução para a discussão relativa a quem incumbe prestar serviços públicos no Brasil seja homogênea, isto é, que todos ou que nenhum serviço público deva estar aberto à exploração pela iniciativa privada. É muito provável, por exemplo, que o serviço rodoviário interestadual seja prestado com mais qualidade em regime concorrencial – o que afastaria a necessidade de exclusividade estatal –, mas talvez o mesmo não possa ser afirmado a respeito dos serviços de fornecimento de água e energia elétrica. E o mesmo ocorre com tantas outras atividades classificadas como serviço público pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, o tratamento adequado dessa questão inevitavelmente perpassa por uma disciplinarização mais individualizada de cada setor econômico analisado, devendo-se abandonar soluções generalizantes, que não são capazes de criar modelos apropriados para a prestação de todos os serviços públicos.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 153-162, out./dez. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- CUÉLLAR, Leila. Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. A obra *Le Service Public* à luz do Direito brasileiro. In: CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. A proteção jurídica do usuário de serviço público entre o Direito Administrativo e o Código de Defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 311-336, set./dez. 2016.

- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no Direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Serviço público e suas diferentes acepções. *In*: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. (Coord.). **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98579>>. Acesso em: 6 set. 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre concessão e o seu desempenho como exercício de uma função estatal. *In*: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito Administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Curitiba: Íthala, 2016.
- MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 207-246, jul./set. 2012.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.
- NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Granada: Comares Editorial, 1999.
- PIETRO, Marial Sylvia Zanella Di. Transformações dos serviços públicos no Brasil. *In*: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito Administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Curitiba: Íthala, 2016.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 106.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

A judicialização das políticas públicas de saneamento básico no estado do Rio de Janeiro

Nicholas Arena Paliologo¹

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 A doutrina da efetividade, papel do poder judiciário e a judicialização da política, 2.1 A doutrina da efetividade, 2.2 O poder judiciário e a judicialização; 3 Saneamento como direito básico e panoramas do saneamento básico no estado do Rio de Janeiro, 3.1 O saneamento básico como direito, 3.2 Breve panorama do saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro; 4 A judicialização do saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro; 5 Limites e parâmetros ao controle judicial da política de saneamento; 6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A agenda do saneamento básico no Brasil ficou parada durante duas décadas, não havendo praticamente nenhum investimento significativo nos anos 80 e 90, o que acarretou um enorme déficit em praticamente todas as cidades brasileiras. Embora, não previsto expressamente pela Constituição Federal, o saneamento básico é garantido como mínimo existencial de outros direitos como saúde, moradia e meio ambiente, sendo compreendido como um direito fundamental.

Em paralelo, a Constituição Federal foi conquistando força normativa e efetividade, ou seja, as normas constitucionais passaram a contar com aplicabilidade direta e imediata, não sendo somente uma mera convocação à atuação do legislativo e do executivo. Nesse sentido, os direitos constitucionais assumiram-se como direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

O resultado desse processo é uma maior intervenção do Poder Judiciário na atividade dos outros poderes, em especial o poder Executivo. Assim, a intervenção judicial, mediante determinações à Administração Pública para a prestação de serviços de saneamento básico, procura concretizar os preceitos constitucionais e garantia dos direitos correlatos.

Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é analisar se a falta de efetividade nas políticas públicas de saneamento básico no estado do Rio de Janeiro conduziu à uma judicialização excessiva desse direito e analisar os limites da atuação jurisdicional.

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Para isso, o presente artigo traça uma linha de raciocínio com base teórica na doutrina da efetividade das normas constitucionais, o agigantamento do Poder Judiciário frente aos outros poderes e o saneamento básico como direito constitucional.

A partir disso, se analisa a judicialização das políticas de saneamento no estado do Rio de Janeiro, para então, ao final, analisar os parâmetros para a atuação do Poder Judiciário no controle jurisdicional das respectivas políticas públicas.

2 A DOCTRINA DA EFETIVIDADE, PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1 A doutrina da efetividade

O constitucionalismo contemporâneo permitiu reconhecer a força normativa das normas constitucionais. Segundo Luís Roberto Barroso², essa conquista se deu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição Federal como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Daí, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas de imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar. Normas constitucionais, contudo, possuem comandos. A imperatividade de uma norma pode ser descumprida por ação ou omissão. Uma vez ocorrida a violação, os sistemas constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Esses meios são a ação e jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo requerer reparação³.

De acordo com Barroso⁴, a partir do momento que a Constituição Federal estabelece direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via dos meios previstos no ordenamento. Assim, o Poder Judiciário passa a ter papel ativo e determinante na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade se apoia em uma premissa positivista: direito constitucional é norma; e em um critério formal para estabelecer a exigibilidade de

² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 5. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.

³ Idem, p. 5.

⁴ Idem, p. 6.

determinados direitos: se está na Constituição Federal é para ser cumprido. Contudo, o autor⁵ afirma que a doutrina da efetividade deve conviver com novas formulações de base pós positivista que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação, bem como conceitos como mínimo existencial e o fundamento material dos direitos.

Nesse sentido, sempre que a Constituição Federal define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive por ação judicial. Esse seria um dos motivos que fomenta a judicialização excessiva de alguns preceitos constitucionais.

2.2 O Poder Judiciário e a Judicialização

É viável afirmar que a própria ideia de constitucionalismo e de previsão de questões políticas na Constituição Federal permitiriam que o Judiciário acabasse enfrentando qualquer questão política como sendo uma questão constitucional. Apesar de ser aparentemente contra os interesses do Parlamento, é possível afirmar que há um consenso acerca dos novos papéis que o Poder Judiciário vem assumindo, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, os quais veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar essas questões⁶.

Esse agigantamento do Poder judiciário diante dos demais poderes é conhecido como judicialização da política. Esta foi a expressão formulada por C.N. Tate e T. Vallinder, em seu livro intitulado *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*, para descrever os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.

O fenômeno da judicialização da política e das relações sociais tem sido motivo de controvérsias entre gestores da política, procuradores, juízes e intelectuais. O protagonismo dos juízes, bem como o ativismo do Poder Judiciário nas políticas públicas, parece inaugurar um novo capítulo na história do Poder Judiciário brasileiro. Mais afastados das decisões puramente técnicas e formais, passando a atuar como intérpretes da Constituição de 1988, os juízes vêm se tornando atores políticos com influência direta sobre o governo⁷.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn] **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 6. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.

⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Rev. Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003>. Acesso em: 11 dez. 2017.

⁷ SIERRA, Vânia Morales. O Poder Judiciário e o Serviço Social na judicialização da política e da questão social. **SER Social**, Brasília, v. 16, n. 34, jan./jul. 2014. p. 38. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/viewFile/11707/8229>. Acesso em: 11 dez. 2017.

Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 114) explicam que a judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria um papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão⁸.

Nesse sentido é possível pensar na judicialização da política relacionada ao “novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política”⁹. Na tentativa de garantir à comunidade seus direitos elencados na Constituição Federal, a política acaba por se judicializar.

Isso ocorre, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, porque as políticas públicas são encaradas como instrumento adequado para concretizar os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, especialmente na área social. Como o modelo do Estado Social é pródigo na proteção dos direitos fundamentais e na previsão de diversos serviços sociais como deveres do estado, a consequência inevitável é a de que acabam por se colocar em confronto, de um lado, o dever constitucional de atender às imposições constitucionais, que correspondem a direitos do cidadão (essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana), e, de outro lado, a escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos. Daí o princípio da reserva do possível: os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que permitam os recursos públicos disponíveis.

Loiane Prado Verbicaro¹¹ aponta algumas condições como facilitadoras do processo de judicialização da política, dentre as quais, destacam-se especialmente: (i) a promulgação da Constituição de 1988; (ii) a universalização do acesso à justiça; (iii) a existência de uma Constituição com textura aberta; (iv) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico; (v) a ampliação do espaço reservado ao STF; (vi) a hipertrofia legislativa; e (vii) a crise do Parlamento brasileiro.

Além disso, é possível constatar-se que, no Brasil, a Justiça se aproximou da população por meio dos juizados especiais, nos quais o acesso independe de representação por advogado. Legislações especiais de proteção de minorias, como Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, levaram a um processo de substituição do Estado pelo Judiciário, tornando o juiz protagonista nas decisões sobre questões sociais, inclusive as que envolvem políticas públicas¹².

⁸ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, Cedec, n. 57, 2002. p. 114.

⁹ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito FGV**, n. 4, 2008. p. 391.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 930.

¹¹ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito FGV**, n. 4, 2008. p. 390.

¹² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Soc.**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. p. 41.

Assim, a interferência do Poder Judiciário vai ganhando adeptos, sob alguns argumentos constitucionais: ao interferir em políticas públicas, o Judiciário não estaria invalidando matéria de competência dos outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, porque está fazendo o seu papel de interpretar a Constituição. Ele está garantindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou mínimo existencial indispensável para a dignidade da pessoa humana. Tratando-se de mínimo existencial, as normas constitucionais que o garantem não são meramente programáticas, mas, ao contrário, têm eficácia imediata, não dependendo de medidas legislativas ou administrativas para sua implementação. Em decorrência disso, a omissão do poder público, afrontando metas constitucionais, pode ser corrigida pelo Judiciário.

Contudo, Di Pietro¹³ afirma que é importante observar que, quando o Poder Judiciário analisa políticas públicas fixadas e implementadas pelos demais poderes, ele caminha em areias movediças. Todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrem de conceitos jurídicos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, mínimo existencial, razoabilidade, proporcionalidade. Não há critérios precisos que permitem definir o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou mínimo existencial. E mesmo esse mínimo pode estar fora do alcance do Poder Público, pela limitação dos recursos financeiros. Não é por outra razão que o cumprimento das metas constitucionais exige planejamento. Também não é por outra razão que não se pode fugir inteiramente ao caráter programático das normas constitucionais.

3 SANEAMENTO COMO DIREITO BÁSICO E PANORAMAS DO SANEAMENTO BÁSICO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

3.1 O Saneamento básico como direito

Saneamento básico é designado como o conjunto de medidas que visam a garantir a preservação ambiental e manutenção de resíduos, através de serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, drenagem, limpeza urbana e manejos de resíduos sólidos e de águas pluviais. Trata-se de serviços que podem ser prestados por empresas públicas ou, em regime de concessão, por empresas privadas, sendo esses serviços considerados essenciais¹⁴.

Embora o saneamento básico não esteja expressamente previsto na Constituição Federal como um direito, pode-se considerar que integra o rol de serviços públicos indispensáveis à efetivação dos direitos sociais. Segundo Sarlet e Fensterseifer¹⁵, o saneamento

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 934.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 117-118.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 117.

básico atua como um campo de atuação adequado ao combate da pobreza e da degradação do ambiente, de modo que a efetividade dos serviços de abastecimento de água e de esgoto sanitário integra o rol dos direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, o direito ao ambiente, incluindo o direito à água, essencial a dignidade humana. O saneamento básico caracteriza-se como um direito e dever fundamental do indivíduo e da coletividade.

O saneamento básico foi elevado à categoria de direito fundamental pela própria Constituição Federal, quando estabelece no seu artigo 225 a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garante os direitos sociais à saúde e moradia digna e coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, o que enseja sua cobrança em sede do Poder Judiciário.

Um outro fator que fortaleceu o saneamento básico como direito foi a promulgação da Lei Federal 11.445/2007 que prevê a universalização dos serviços de abastecimento de água e tratamento da rede de esgoto, além de estabelecer as regras básicas para o setor ao definir as competências do governo federal, estados e prefeituras.

Já no cenário internacional, a Assembleia Geral da ONU, em 2010, declarou o reconhecimento do direito à água potável e ao saneamento como um direito humano essencial para o pleno desfrute da vida e de todos os direitos humanos. Assim, o direito humano e fundamental à água potável e ao saneamento básico cumpre papel central não apenas para o resguardo do seu próprio âmbito de proteção e conteúdo, mas também para o gozo e o desfrute dos demais direitos humanos (liberais, sociais e ecológicos). Nesse sentido, a relação entre saneamento básico e proteção do ambiente resulta evidenciada, pois a ausência de redes de tratamento de esgoto implica não apenas em violação ao direito a água potável e ao saneamento básico do indivíduo e da comunidade como um todo, mas também reflete de forma direta no direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro¹⁶.

Vale ressaltar, ainda, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 6/2016 que tem a intenção de modificar o artigo 6º da Constituição Federal a fim de integrar expressamente o saneamento básico como direito social.

3.2 Breve panorama do saneamento básico no estado do Rio de Janeiro

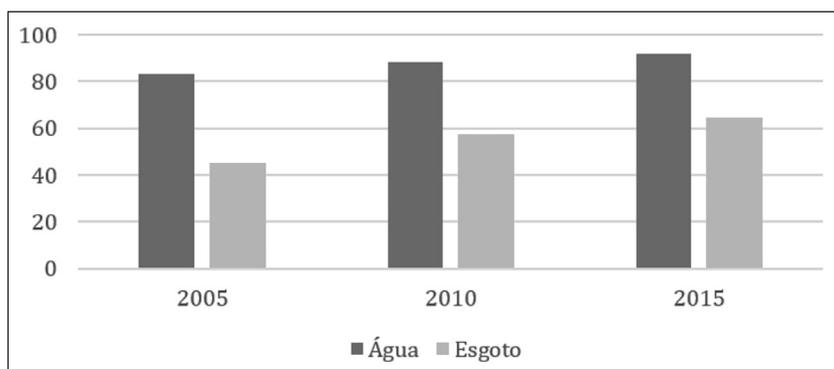
Como foi visto acima, o saneamento básico é um direito assegurado pela Constituição Federal e definido pela Lei n. 11.445/2007 como o conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, drenagem urbana, manejos de resíduos sólidos e de águas pluviais. Nesse momento, o artigo analisa a prestação de cada um dos serviços no Estado do Rio de Janeiro a fim de medir sua efetividade¹⁷.

¹⁶ Idem, p. 116-117.

¹⁷ O presente artigo optou por utilizar bases de dados de caráter nacional, como a Agência Nacional de Águas, Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, Abrelpe e Instituto Trata Brasil, por isso que os serviços de

Com base nos dados divulgados pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), o Instituto Trata Brasil¹⁸ elaborou o relatório Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento no Rio de Janeiro. Segundo esse relatório, em 2005, 83,3% da população carioca foi contemplada com abastecimento de água em suas residências. Em 2015, essa proporção subiu para 92,1% da população, ou seja, 2,65 milhões de habitantes passaram a ter acesso a esse serviço básico. No caso da coleta de esgoto, a cobertura chegou a apenas 64,5% dos habitantes em 2015, indicando um aumento de 9 pontos da população em dez anos. Nesse período, 3,87 milhões de pessoas passaram a ter acesso ao serviço de coleta de esgoto¹⁹.

GRÁFICO 1 – População atendida por serviços de água e esgoto, Estado do Rio de Janeiro, (%) da população total



Fonte: Instituto Trata Brasil, 2017.

Contudo, o maior problema do saneamento básico no Brasil continua sendo a falta de tratamento do esgoto. Além do déficit de serviços de coleta, há uma parcela grande do esgoto coletado que não é tratado. Em 2015, do esgoto coletado nas residências brasileiras recebia tratamento antes de retornar ao meio ambiente apenas 73,4%. Os demais 26,6% do esgoto coletado não recebiam qualquer tipo de tratamento. Assim, a coleta realizada nesses locais constituía um sistema de simples afastamento do esgoto das residências²⁰.

No estudo divulgado pela Agência Nacional de Águas, Atlas Esgotos: Despoluição de Bacias Hidrográficas, foi elaborado um abrangente trabalho de diagnóstico da situação

drenagem urbana e manejo de águas pluviais não são abordados, uma vez que o relatório da Agência Nacional de Águas está em fase de elaboração pela primeira vez.

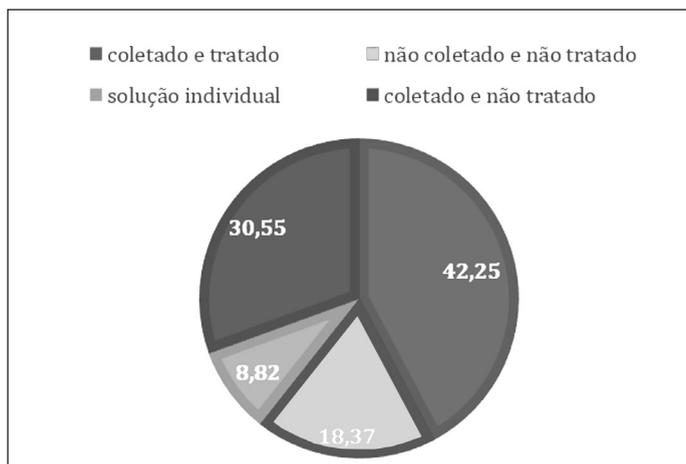
¹⁸ Organização da Sociedade Civil de Interesse Público formada por empresas com interesse nos avanços do saneamento básico e na proteção dos recursos do país.

¹⁹ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento no Rio de Janeiro**. São Paulo, mar. 2017. p. 7.

²⁰ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento no Rio de Janeiro**. São Paulo, mar. 2017. p. 10.

atual quanto ao esgotamento sanitário de todas as sedes municipais do país. Quanto aos 92 municípios que integram o Estado do Rio de Janeiro, é possível perceber que somente 42,25% da população recebe o devido atendimento, tendo seu esgoto coletado e tratado²¹. Como pode se verificar pelo gráfico a seguir:

GRÁFICO 2 - População atendida por serviços de esgotamento, Estado do Rio de Janeiro, (%) da população total



Fonte: Agência Nacional de Águas, 2017.

Além de todos os índices trabalhados anteriormente, o estado do Rio de Janeiro conta com dois municípios (Duque de Caxias e Nova Iguaçu, posições 91^o e 92^o, respectivamente) entre os piores do país, segundo o ranking de saneamento das cem maiores cidades brasileiras no ano de 2017, elaborado pelo Instituto Trata Brasil a partir de dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), levando em consideração a evolução dos indicadores de água, esgotos, investimentos e perdas de águas²².

No que toca aos serviços de manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana, a Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (Abrelpe), em seu relatório Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2015²³, destaca que a produção diária do estado carioca era de 22.213 toneladas por dia, sendo coletados somente 21.895 toneladas²⁴.

²¹ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. **Atlas esgotos**: depoluição de bacias hidrográficas. Brasília: ANA, 2017.

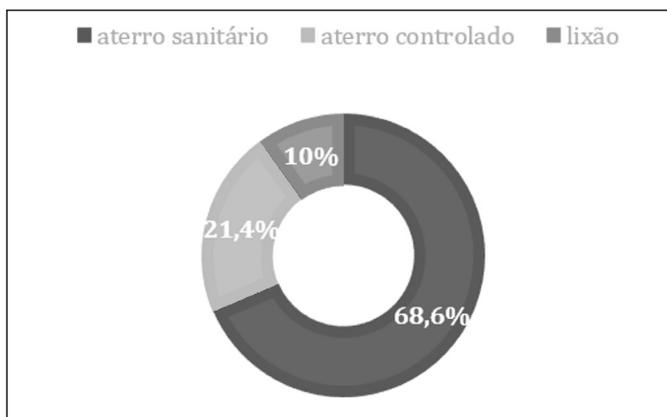
²² INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento no Rio de Janeiro**. São Paulo, mar. 2017. p. 90

²³ Apesar da divulgação do estudo 2016, a opção pelo relatório de 2015 foi para manter coerência com os outros estudos utilizados no presente artigo.

²⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA URBANA E RESÍDUOS ESPECIAIS. **Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2015**. São Paulo, 2015. p. 56. Disponível em: <<http://www.abrelpe.org.br/Panorama/>

Do total de resíduos sólidos produzidos no estado do Rio de Janeiro, 10% (2.188 toneladas) eram direcionados aos lixões, 68,6% aos aterros sanitários e 21,4% aos chamados aterros controlados, os quais não possuem o conjunto de sistemas e medidas necessários para proteção do meio ambiente contra danos e degradações²⁵.

GRÁFICO 3 – Disposição final de resíduos sólidos no Estado do Rio de Janeiro (%)



Fonte: Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais, 2015.

Em relação aos investimentos realizados no setor, entre 2005 e 2015, as empresas brasileiras e os governos estaduais e municipais desembolsaram R\$ 9,264 bilhões por ano, em média, para a realização de obras de manutenção e expansão das redes de água e esgoto. No caso do Estado do Rio de Janeiro, as empresas de saneamento e os governos estaduais e municipais investiram R\$ 530,11 milhões por ano, em média, para realização de obras de manutenção e expansão das redes de água e esgoto²⁶.

Em termos gerais, o Estado do Rio de Janeiro apresenta bons índices de saneamento básico em relação ao resto do Brasil. Contudo, há uma parcela da população que continua não sendo alcançada pelas políticas públicas de expansão desses serviços, como é o caso do esgotamento sanitário. Esse serviço, em particular, apresenta um déficit elevado em relação aos outros, uma vez que é composto de várias etapas, as quais vão da coleta ao tratamento. Muitas vezes, o que se vê é a prestação somente da coleta sem tratamento.

panorama2015.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

²⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA URBANA E RESÍDUOS ESPECIAIS. **Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2015**. São Paulo, 2015. p. 56. Disponível em: <<http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2015.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

²⁶ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento no Rio de Janeiro**. São Paulo, mar. 2017. p. 12.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O Poder Judiciário acabou por se consolidar como um dos principais instrumentos para os cidadãos acessarem os serviços públicos e privados, o que acaba levando a uma judicialização excessiva de algumas áreas como a saúde, por exemplo. Outras áreas estão passando pelo mesmo processo, como é o caso do saneamento básico. A Associação das Empresas de Saneamento Básico Estaduais (Aesbe), que representa as 25 maiores prestadoras do serviço no Brasil, manifestou preocupação com a crescente judicialização do setor ao participar do Seminário Diálogos Estratégicos: Desafios e Perspectivas para o Saneamento Básico, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público em 2016.

Para a Aesbe, órgãos como o Ministério Público, Tribunais de Conta e até os Juízos de primeira instância precisam entender que as operadoras são somente um componente da política de saneamento. A condenação por deficiências resultantes do déficit histórico no setor não é razoável e, em vez de contribuir para a melhoria do saneamento, faz retroceder, pela insegurança jurídica que provoca. Um caso emblemático é a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), que de acordo com o presidente, Jerson Kelman, há R\$40 bilhões em passivo de judicialização, sendo que a empresa está avaliada em R\$20 bilhões²⁷.

No estado carioca, a Companhia Estadual de Águas e Esgoto do Rio de Janeiro (Cedae), cuja área de atuação abrange 64 dos 92 municípios do estado, figura entre os 30 maiores litigantes cariocas, segundo lista divulgada pelo Tribunal de Justiça estadual. Entre o período de 2013 e 2017, a empresa ocupou a 8ª e 16ª posição a partir da contagem dos processos ajuizados com origem nas varas cíveis e juizados especiais respectivamente. Em cinco anos, foram 54.524 processos no total^{28,29}.

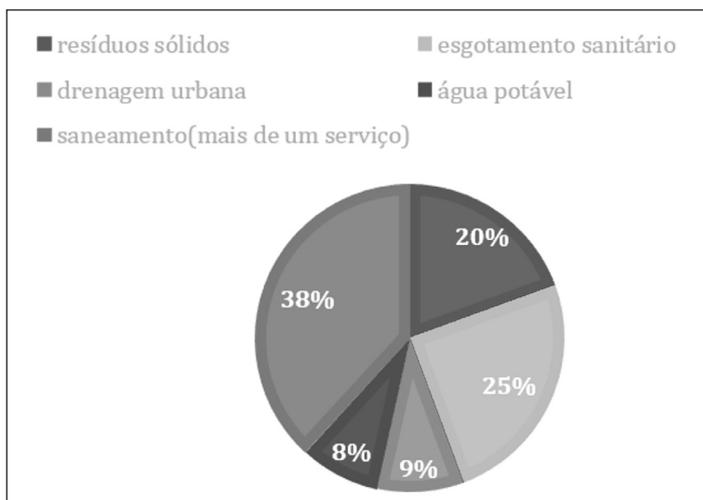
Sobre a atuação do Ministério Público no estado do Rio de Janeiro, o órgão foi responsável pelo ajuizamento de 144 ações que versam sobre saneamento básico, no período entre 2013 e novembro de 2017³⁰. Os pedidos são os mais variados: elaboração pelo poder público do Plano Municipal de Resíduos Sólidos; implantação de unidade de tratamento de lixo; obras para o fornecimento dos serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto; medidas que evitem enchentes; entre outros. Essas ações se distribuem da seguinte maneira de acordo com os serviços que fazem parte do saneamento básico em geral:

²⁷ MAIA, Flavia. População precisa recorrer à Justiça para conseguir o direito básico ao saneamento. **Correio Brasileiro**, set. 2016. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/especiais/dialogos-estrategicos/2016/09/27/noticia-dialogos-estrategicos-correio-braziliense,550561/populacao-precisa-recorrer-a-justica-para-conseguir-o-direito-basico-a.shtml>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Página Institucional**. Disponível em: <<http://www.tj.rj.jus.br/>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²⁹ O período de 2013 a 2017 é o intervalo das informações apresentadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vale ressaltar que parte dos 54.524 processos versam sobre matéria consumerista, nas quais são discutidas pagamento de taxas, por exemplo.

³⁰ Foi requerido ao Ministério Público informações das ações ajuizadas sobre saneamento básico a partir de 2007, marco regulatório para o setor, até 2018. Contudo, as informações prestadas foram a partir de 2013.

GRÁFICO 4 – Distribuição das ações ajuizadas pelo Ministério Público de acordo com o serviços componentes do sanemaneto básico no período de 2013 a novembro de 2017 (%)

Fonte: Informações recebidas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro através da Lei de Acesso à Informação, 2017.

É possível perceber que as ações que versam sobre mais de um serviço apresentam o maior índice (38%). Apesar disso, o serviço individual mais judicializado é o esgotamento sanitário (25%), que é justamente o serviço com grau mais elevado de deficiência, como foi abordado no item anterior.

Acerca do serviço de esgotamento sanitário, há uma grande polêmica acerca da taxa de esgoto cobrada pela Cedae. O Superior Tribunal de Justiça entende que é cabível a respectiva taxa mesmo que não haja um tratamento final adequado aos resíduos. Já o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entende que deve existir um tratamento final aos dejetos, ou seja, não basta haver somente a coleta, caso contrário a taxa não pode ser cobrada em sua integralidade. Segundo o Tribunal estadual, esse entendimento se justifica no artigo 225 da Constituição Federal que prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em relação ao município de São Gonçalo, por exemplo, foram ajuizadas pelo Ministério Público 22 ações civis públicas requerendo os serviços de fornecimento de água, captação e tratamento de esgoto para 22 duas localidades diferentes. Em todos os casos, a Cedae alegou que as obras necessárias já estavam sendo elaboradas^{31, 32}.

Em uma ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público em face do município de Nova Friburgo e da empresa responsável pelo saneamento – Águas de Nova Friburgo –,

³¹ Os processos ainda se encontram em trâmite, sem uma decisão final. Foi determinado pelo juízo, mediante a alegação da Cedae, que houvesse verificação da existência e andamento das obras.

³² Dados recebidos pelo Ministério Público do estado do Rio de Janeiro através da Lei de Acesso à Informação.

foi requerida a antecipação das obras de coleta e tratamento de esgoto em um determinado bairro que já estava nos planos de expansão dos serviços. Como tutela provisória, o Ministério Público requereu que o Poder Público selecionasse a proposta mais vantajosa para realização dos serviços e desse início as obras no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária de R\$10.000,00, a qual foi deferida pelo juízo de primeira instância. Esse é um exemplo do descompasso entre a atuação do Poder Judiciário e a atuação da Administração Pública³³.

5 LIMITES E PARÂMETROS AO CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA DE SANEAMENTO

O Poder Judiciário deve seguir alguns parâmetros ao controlar políticas públicas, segundo Vanice Regina Lírio do Valle³⁴ firmada a premissa do imperativo constitucional do agir da Administração, articulado através de uma política pública formal e expressamente enunciada, têm-se como consequência, num quadro de funcionamento normal do poder, que o controle jurisdicional há de ter por objeto inicial de cogitação a investigação no tema contido na demanda, quanto à existência de uma política pública, a qual se poria como questão prejudicial lógica à outorga da prestação jurisdicional. Esse seria o caso de omissão do poder público.

Vanice Lírio se apropria dos ensinamentos de Moreira Neto, o qual entende políticas públicas como “complexo de processos destinados a formular e a executar ações que implementam a realização efetiva e concreta dos cometimentos constitucionalmente atribuídos, explícita ou implicitamente, obrigatória ou dispositivamente, ao sistema decisório juspolítico governança-administração”³⁵.

Afinal, se o agir da Administração há de se inserir sempre em um horizonte de programação que se expressa através de políticas públicas, a existência em si desse mesmo instrumento constitui a indagação primária, que distinguirá, inclusive, uma conclusão no sentido de omissão absoluta, daquela de insuficiência ou de inadequação do planejamento formalmente posto ao agir estatal. Dessa investigação primária, o objeto da medida jurisdicional pode ser determinado: obrigação de formular-se a política pública ou produto dessa, individualmente considerado. Isto é, uma resposta ao descumprimento do dever constitucional da Administração e não só de garantia de um determinado direito fundamental em favor desse ou daquele jurisdicionado³⁶.

Contudo, nem só da ausência absoluta de política pública poderá vir a se ocupar o Poder Judiciário. É possível que a hipótese submetida à apreciação jurisdicional tenha sido objeto, concretamente, de uma política pública formalmente enunciada. Nesses casos, a

³³ O número da ação é 0008385-25.2017.8.19.0037. O deferimento da tutela provisória foi revertido em recurso.

³⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Política públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 167.

³⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Política públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 167..

³⁶ Idem, p. 167-168.

política pública já foi definida pela própria Administração Pública, logo restará vinculativa. O Poder Judiciário atuaria a fim de coagir o poder público a agir conforme os próprios compromissos que traçou³⁷.

Quando se fala de políticas públicas de saneamento básico, a Lei Federal 11.445/07, marco regulatório do setor, traz outros elementos a serem observados pelo Poder Judiciário, quando em sede de controle jurisdicional, e pela própria Administração pública.

A norma federal traz princípios fundamentais para a Política Nacional de Saneamento Básico, como a universalização do acesso aos serviços em seu o artigo 3º, inciso III a “ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico”. Contudo, a universalização do acesso importa em custos. Dessa forma, não seria possível concretizá-la de forma imediata ou a curto prazo, ainda que houvesse ordem judicial nesse sentido. Assim, o Poder Público deve adotar medidas de planejamento e de alocação adequada de recursos a fim de tornar viável a ampliação progressiva até à universalização³⁸.

A lei é bem enfática na obrigatoriedade de planejamento e fixação de metas. Exige expressamente que cada titular do serviço elabore seu plano de saneamento básico (art. 9, inciso I), contendo pelo menos: a) o diagnóstico da situação; b) os objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização dos serviços, admitidas soluções graduais e progressivas; c) os programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas fixadas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais relacionados, identificando possíveis fontes de financiamento; d) ações a serem adotadas em situações emergenciais; e, e) mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência (artigo 19)³⁹.

Isso significa que o administrador público não pode simplesmente se apoiar no argumento de não possuir orçamento necessário à expansão dos serviços. Tem de examinar a situação concreta, fixar planos e metas e buscar fontes de financiamento para viabilizar as ações necessárias. Por isso a lei estabelece a compatibilidade entre o plano de saneamento básico e o plano plurianual, o que deve ser observado também em sede de controle jurisdicional⁴⁰.

Segundo Marília de Oliveira Morais, a necessidade de compatibilidade com o plano plurianual deve ser adequadamente compreendida dentre as diretrizes fixadas pela lei n. 11.445/2007 para a elaboração dos planos de saneamento básico de cada titular, determi-

³⁷ VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Política públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.168-169.

³⁸ MORAIS, Marília de Oliveira. **Saneamento Básico: funções e limites do controle judicial**. 2007. 154f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. p. 122.

³⁹ MORAIS, Marília de Oliveira. **Saneamento Básico: funções e limites do controle judicial**. 2007. 154f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. p. 123.

⁴⁰ MORAIS, Marília de Oliveira. **Saneamento Básico: funções e limites do controle judicial**. 2007. 154f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. p. 123-124.

na-se que estes serão “revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos, anteriormente à elaboração do Plano Plurianual” (art. 19, §4º). No mesmo sentido, o plano nacional de saneamento básico e os planos regionais de saneamento básico, que são elaborados com horizonte de 20 (vinte) anos, devem ser “avaliados anualmente e revisados a cada 4 (quatro) anos, preferencialmente em períodos coincidentes com os de vigência dos planos plurianuais” (art. 52, §2º)⁴¹.

Ao atuar, o Poder Judiciário não pode simplesmente dar provimento jurisdicional sem observar os impactos orçamentários e atuação prévia do Poder Público, como planos de metas, por exemplo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto no presente artigo, o direito ao saneamento não está presente no rol dos direitos fundamentais, mas, por sua vez, constitui-se como mínimo existencial de direitos como saúde, moradia e meio-ambiente. Isso combinado com a doutrina da efetividade das normas constitucionais formou um cenário onde o saneamento básico acabou por se judicializar.

O controle judicial sobre essas políticas públicas influencia diretamente a atuação da Administração Pública, a partir do momento em que ordens judiciais determinam a expansão desses serviços ou a construção de unidades de tratamento de esgoto, por exemplo. As políticas públicas de saneamento básico contam com um agravante que é a complexidade e custo elevado das obras.

Foi visto que no estado do Rio de Janeiro os serviços de saneamento apresentam índices considerados elevados quando comparados com a média nacional e, mesmo assim, em cinco anos, a principal empresa prestadora do serviço respondeu a mais de 50 mil processos. O Ministério Público, por sua vez, também é responsável pelo ajuizamento de 22 ações civis públicas só no município de São Gonçalo.

De qualquer forma, vale se atentar que a lei 11.445/07 traz parâmetros de atuação para a Administração Pública e que devem ser respeitados pelo Poder Judiciário no momento de um provimento jurisdicional, qual seja a compatibilidade de atuação com as leis orçamentárias.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. **Atlas esgotos**: despoluição de bacias hidrográficas. Brasília: ANA, 2017.

⁴¹ MORAIS, Marília de Oliveira. **Saneamento Básico**: funções e limites do controle judicial. 2007. 154f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. p. 124.

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA URBANA E RESÍDUOS ESPECIAIS. **Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2015**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2015.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2017.
- BARBOZA, Estefênia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <http://pdfc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, UFPR, n. 23, p. 115-126, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento no Rio de Janeiro**. São Paulo, mar. 2017.
- _____. **Ranking do Saneamento 2017**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/2017/relatorio-completo.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2017.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, Cedec, n. 57, 2002.
- MAIA, Flavia. População precisa recorrer à Justiça para conseguir o direito básico ao saneamento. **Correio Brasileiro**, set. 2016. Disponível em: <<http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/especiais/dialogos-estrategicos/2016/09/27/noticia-dialogos-estrategicos-correio-brasiliense,550561/populacao-precisa-recorrer-a-justica-para-conseguir-o-direito-basico-a.shtml>>. Acesso em: 19 dez. 2017.
- MORAIS, Marília de Oliveira. **Saneamento Básico: funções e limites do controle judicial**. 2007. 154f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SIERRA, Vânia Morales. O Poder Judiciário e o Serviço Social na judicialização da política e da questão social. **SER Social**, Brasília, v. 16, n. 34, jan./jul. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/viewFile/11707/8229>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Página Institucional**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 19 dez. 2017.
- VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York: New York University, 1995.
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito FGV**, n. 4, 2008.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Soc.**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

A viabilidade de negócios jurídicos nas ações de improbidade administrativa

Lucas Bossoni Saikali¹

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 O papel dos negócios jurídicos como instrumento dos litígios (extra) judiciais envolvendo a Administração Pública; 3 A ação de improbidade administrativa: entre o art. 17, § 1º da Lei n. 8.429/92, A Medida Provisória 703/15 e o art. 36, § 4º da Lei n. 13.140/15; 4 A natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta e a função do Ministério Público enquanto órgão fiscalizador; 5 A possibilidade de realização de negócios jurídicos em ação de improbidade administrativa; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Como é de sua natureza, a prática do Direito está em constante transformação, sempre se adequando ao momento histórico em que se verifica². Nesse diapasão, nos últimos anos, é possível observar que a experiência do Direito brasileiro vem sendo paulatinamente alterada, na medida em que se busca sair das amarras do convencional processo litigioso, sob a égide um julgador imparcial que sentencia a lide após a reunião das provas produzidas pelas partes envolvidas. Pelo contrário, há um recente apego aos negócios jurídicos realizados na fase extrajudicial sem qualquer envolvimento do Poder Judiciário, de forma a possibilitar que as partes envolvidas ajustem espontaneamente os termos para solucionar a problemática jurídica que os envolve.

Referida mudança fica evidente ao se analisar as inúmeras alterações legislativas verificadas no ordenamento jurídico brasileiro nesta década. Não são poucos os diplomas legais que permitem a realização de negócios jurídicos, dentre os quais: a Lei n. 12.850/2013, que permite a realização da colaboração premiada, sendo este negócio jurídico material e processual³ e a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que, através do instituto do *com-*

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED-PUCPR). Advogado. E-mail: saikalilucas@gmail.com.

² VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

³ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

pliance, permite a realização dos acordos de leniência. Além das legislações supracitadas, sobreleva ressaltar a crescente utilização dos meios alternativos de solução de conflitos em território brasileiro, regulamentados com maior ênfase através do Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), pela Lei n. 13.129/2015 (Lei da Arbitragem) e pela Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação)⁴.

Ainda, sobreleva ressaltar que a realização dos acordos de leniência e de colaboração premiada pelo Ministério Público (ou por Delegados – sendo imprescindível a participação do Ministério Público) é a tônica das hodiernas operações contra organizações criminosas e, de forma geral, contra a corrupção, que são noticiadas no território brasileiro. Dessa forma, sanções penais e pecuniárias advindas do cometimento de crimes (previstos nas legislações penais) são acordadas previamente à decisão do Juiz togado: dá-se vantagens ao acusado/investigado (v.g. a diminuição da eventual pena a ser cumprida) para em troca receber informações sobre demais investigados, na busca de desmantelar uma organização criminosa.

Atualmente, contudo, somente são realizados os acordos de leniência e de colaboração premiada quando se verifica a possibilidade de inserção das condutas investigadas nos tipos previstos nas legislações supracitadas. Dessa forma, torna-se impossibilitada a realização dos referidos instrumentos quando da investigação do cometimento de atos de improbidade administrativa. E nesse ponto reside o foco do presente trabalho, na medida em que se busca responder a seguinte pergunta: é possível a realização de negócios jurídicos (acordos de colaboração premiada, mediação, conciliação, dentre outros) quando verificados atos de improbidade administrativa?

2 O PAPEL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS COMO INSTRUMENTO DOS LITÍGIOS (EXTRA) JUDICIAIS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No cenário nacional, a adjudicação pública dos conflitos envolvendo direitos indisponíveis é a regra da Justiça brasileira. Ao se falar de interesses públicos e indisponíveis da Administração Pública, automaticamente é sustentada a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, conforme suas funções constitucionais (artigo 127 da Constituição Federal) de fiscalização e proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis. Por essa lógica, nas palavras de Elton Venturi, os conflitos relativos a direitos transindividuais difusos (como a moralidade administrativa e o patrimônio público) não comportariam a solução do conflito pela via consensual, sendo necessária a participação do Poder Judiciário para dirimir o conflito⁵. Contudo, como bem

⁴ Segundo Elton Venturi, “é possível afirmar que o Brasil vive um histórico momento no qual se procura criar um novo sistema de Justiça multiportas, por via da institucionalização dos chamados meios alternativos de resolução de conflitos”. Ver em: VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

⁵ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, v. 251, p. 391-426, jan. 2016. A ideia do autor não é a de desconsiderar as “razões de interesse público” que fundam a noção da indisponibilidade de

explicita o jurista, “o mero fato de um direito ser considerado ‘indisponível’ não pode implicar sua automática inegociabilidade”. Ademais, nas palavras do autor, não há que se falar que a transação de direitos indisponíveis implicaria na renúncia ou alienação dos direitos, na medida em que “a titularidade dos direitos indisponíveis não é afastada - senão reafirmada - por conta do respeito à autonomia das vontades direcionadas à realização de eventuais transações sobre os mesmos”.

Veja-se o exemplo da colaboração premiada. O instrumento previsto na Lei n. 12.850/2013 é essencialmente um negócio jurídico (e, inclusive, bilateral), sendo formado pela exteriorização da vontade de duas partes: a do Ministério Público (ou do Delegado de Polícia em atuação concomitante com o Órgão Ministerial) e a do colaborador⁶. Nessa medida, verifica-se hodiernamente uma crescente relevância das atividades consenso-negociação entre a Administração Pública e os particulares. E, conforme entendem Ana Cristina Aguilhar Viana e Maria Vitória Kaled Costa, essa mudança “acarretou a diminuição da discricionariedade e do autoritarismo das decisões administrativas”⁷. Nesse sentido, portanto, a relevância dos acordos de leniência e de colaboração premiada para a solidificação de uma Administração Pública consensual.

Segundo Luciane Moessa de Souza, sendo admitida a possibilidade de transação de direitos indisponíveis entre o Poder Público e a pessoa interessada, deve-se garantir a máxima proteção a todos os interesses públicos e privados, com natural primazia dos primeiros em caso de conflito insuperável⁸. Ademais, lembra a autora que “um dos critérios a presidir a celebração de qualquer acordo por parte do Poder Público há de ser, sempre e inevitavelmente, o respeito aos parâmetros legais existentes na matéria”. Dessa forma, evita-se a realização de negócios jurídicos prejudiciais ao interesse público e que desvirtuem as garantias constitucionais e legais aos acusados e investigados em inquéritos e ações judiciais, como forma de proteger a lisura de eventual realização de acordos.

direitos nem a de mitigar a proteção estatal aos direitos fundamentais, mas a de demonstrar que o traslado temporal e histórico permite a observação de uma nova dinâmica, que se adequa à realidade do Direito.

⁶ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. De acordo com os autores, “a colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado. De um lado, o Ministério Público (ou o delegado, com a participação do Ministério Público) espera (e tem direito em razão do negócio) colaboração do investigado ou acusado com o fim de colher informações e elementos de prova. Este interesse não é comum; cuida-se de vantagem buscada pelo órgão de investigação ou acusação. [...] Do outro lado, o colaborador terá, como vantagem contraposta à obrigação assumida, uma decisão judicial penal que signifique o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar”.

⁷ VIANA, Ana Cristina Aguilhar; COSTA, Maria Vitória Kaled. A ineficácia dos acordos de leniência da Lei 12.846/2013 como meio de combate à corrupção. *In*: DOTTI, René Ariel; DOTTI, Rogéria; ZARDO, Francisco (Coords.). **Temas de direito sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 44.

⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 172-173.

3 **A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ENTRE O ART. 17, § 1º DA LEI N. 8.429/92, A MEDIDA PROVISÓRIA 703/15 E O ART. 36, § 4º DA LEI N. 13.140/15**

Muito embora a Lei n. 12.846/2013 tenha um papel fundamental no combate à corrupção, a Lei de Improbidade Administrativa ou LIA (Lei n. 8.429/92) é o principal instrumento do ordenamento jurídico brasileiro no combate à corrupção, desonestidade e má-fé no âmbito da Administração Pública⁹. O documento legal prevê sanções autônomas¹⁰ – e definidas pela Constituição, ou seja, que não se confundem com meras sanções cíveis – ao agente público que, no desempenho de suas atribuições funcionais, praticar atos de improbidade administrativa que ocasionem (i) enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, (ii) dano efetivo ao erário e (iii) subversão aos princípios que regem a Administração Pública. Importante ressaltar que as sanções previstas no art. 12 da LIA podem ser aplicáveis de forma cumulativa, parcial ou isolada e não prejudicam eventual ação penal, como dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição da República¹¹. Em suma, para que seja caracterizada o cometimento de um ato de improbidade administrativa, a atuação do agente público deve constituir violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, qual seja, o dever de agir com presteza, honestidade e decência na gestão dos recursos e negócios públicos¹².

Como expõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, ao estudar a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) se insere – junto à Lei Anticorrupção – no denominado “sistema legal de defesa da moralidade”, composto, ainda, pela esfera penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 e seguintes da Lei n. 8.666/1993), pela Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), pela Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e pelos artigos 312

⁹ De acordo com os dados apresentados pelo Instituto Não Aceito Corrupção, em parceria com a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), entre maio de 1995 e julho de 2016, os tribunais brasileiros julgaram 6.806 processos envolvendo atos de improbidade administrativa, que resultaram em 11.607 condenações definitivas, sem possibilidade de recursos. Deste total, 6,7% foram aplicadas a empresas, enquanto a imensa maioria (93,3%) destinou-se a pessoas físicas, sobretudo a servidores públicos. Dentre as principais condenações, destacam-se as de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário e aquelas em que foram aplicadas multas civis. INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO. **A pesquisa:** radiografia das condenações por improbidade administrativa no Brasil. 2017. Disponível em: <<http://naoaceitocorruptcao.org.br/a-pesquisa/>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

¹⁰ São seis as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, dispostas no art. 12: a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, quando houver, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Vale ressaltar que as três últimas sanções variam de acordo com o ato cometido, podendo ser o prazo de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com a Administração Pública maior ou menor, por exemplo.

¹¹ Art. 37. [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹² PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa:** aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

e seguintes do Código Penal, pois disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública¹³. Nessa medida, busca-se maior efetividade ao combate a corrupção, na medida que se cria um sistema homogêneo em todo o território nacional.

Para além de especificar os agentes ativos e passivos, definir quais são considerados atos de improbidade administrativa e suas sanções, dentre outros detalhes que a legislação aborda, a Lei de Improbidade Administrativa regulamenta o procedimento administrativo e processo judicial para verificação da conduta ímproba (do artigo 14 ao artigo 18 da LIA). Aqui, mister ressaltar a disciplina do art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92. Segundo o referido dispositivo, “é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”, ou seja, nas ações de improbidade administrativa. Isso significa que o Ministério Público (legitimado ativo) não poderá – tanto durante a fase de inquérito quanto após a proposição da ação judicial – propor acordos de colaboração premiada ou conciliar termos com nenhum dos investigados, por exemplo.

Segundo Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto, o legislador errou ao proibir a realização de negócios jurídicos nas ações de improbidade administrativa, isto porque “obter um acordo entre as partes deve ser sempre a opção almejada pelo Poder Judiciário”¹⁴. Carlos Frederico Brito dos Santos também entende que há exagero na Lei n. 8.429/92. De acordo com ele, a proibição poderia incidir somente nas hipóteses previstas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (desrespeito aos princípios da Administração Pública), sendo possível, portanto, a realização de transações se o ato de improbidade administrativa resultasse de conduta culposa (tipificada no art. 10 da LIA)¹⁵.

Nas palavras de Juarez Freitas, a vedação inserida na Lei de Improbidade Administrativa tem o objetivo de proibir a realização de concessões desarrazoadas pelos legitimados ativos em favor dos acusados/investigados. Entende o jurista que é possível a realização de transações, portanto, dentre dos limites da proporcionalidade e razoabilidade – sendo o Termo de Ajustamento de Conduta um mecanismo útil na defesa do interesse público¹⁶.

Ainda que a Lei de Improbidade Administrativa proíba a transação dos direitos passíveis de sanção (art. 12 da LIA), a Medida Provisória 703/15, publicada no Diário Oficial da

¹³ FREITAS, Rafael Vêras de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

¹⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. (Orgs.). **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 317.

¹⁵ SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 144-146. Não obstante, aduz o autor que “[...] se o *plea bargain* é uma tendência no próprio Direito Penal que, apesar de lidar com o mínimo do mínimo ético, busca alternativas para as penas restritivas de liberdade de locomoção, não vislumbramos razões que desaconselhem tanto a transação judicial como o compromisso de ajustamento em sede de improbidade administrativa, tomadas as devidas cautelas.”

¹⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183-184. Não obstante, de acordo com o autor, o instrumento do Termo de Ajustamento de Conduta não poderia ser um empecilho às técnicas recentes de solução de conflitos.

União no dia 21 de dezembro de 2015, revogou o art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92¹⁷. Segundo a ementa da Medida Provisória disponível no site do Congresso Nacional, a intenção da Presidência da República era – em suma – a de ampliar “a ação da Controladoria Geral da União e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, bem como incluir o Ministério Público Federal em um maior número de etapas e assinaturas de acordos (de leniência e colaboração premiada, por exemplo)¹⁸.

Ocorre que, conforme disciplina o art. 62, § 3º, da Constituição da República¹⁹, as medidas provisórias têm prazo de validade de 60 (sessenta) dias, podendo ser esse prazo prorrogado uma única vez por mais 60 dias. Dessa forma, as medidas provisórias que não forem convertidas em lei neste prazo perderão sua eficácia. Foi justamente o que ocorreu com a MP 703/15, que sem lei de conversão, perdeu a eficácia após decorridos 120 (cento e vinte) dias. Dessa forma, a Medida Provisória teve sua vigência encerrada no dia 28 de julho de 2016, sendo restabelecida a disposição legal da Lei de Improbidade Administrativa. Embora tenha sido verificada omissão do legislador em editar lei que desse a devida continuidade à MP 703/15, o Senador Ricardo Ferraço (PMDB/ES) apresentou projeto de lei em moldes semelhantes: busca a possibilidade de transação em ações de improbidade administrativa a partir da revogação do art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92. O PL

¹⁷ Ressalta-se que a Medida Provisória 703/15 foi matéria da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.466, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) sob a alegação de inconstitucionalidade material e formal. A primeira, por regular matéria processual ao alterar dispositivos da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13) que regulam os acordos de leniência. Por outro lado, a segunda, formal, por desprezeitar os critérios de relevância e urgência previstos no art. 62 da Constituição Federal. No Supremo Tribunal Federal, o pedido do PPS foi julgado prejudicado, em razão da perda superveniente do objeto por conta da perda da vigência da medida provisória. BRASIL. STF. **ADI 5466**. Relator Atual: MIN. ROSA WEBER. DJ n. 140, 01/08/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5466&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

¹⁸ A ementa explicativa disposta no sítio eletrônico do Congresso Nacional possui conteúdo mais amplo, abordando questões do Tribunal de Conta, dentre outras. Na íntegra: “Altera as regras para negociação, conclusão e eventuais benefícios concedidos por acordos de leniência. Entre as modificações, o texto amplia a ação da Controladoria Geral da União e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao mesmo tempo em que inclui o Ministério Público Federal em um número maior de etapas da negociação e assinatura dos acordos. Também institui a mudança para que o Ministério Público seja informado tão logo se instaure o processo administrativo. A negociação de acordos de leniência com a advocacia pública também impede que sejam ajuizadas ações para punições mais duras à empresa. Prevê isenção total da multa para empresas que assinarem leniência com o governo em meio a uma investigação, e dá a essas empresas o direito de continuar participando de contratos com a administração pública caso cumpram penalidades e demais condições legais. Permite que outros órgãos e mesmo prefeitos ou governadores firmem acordos de leniência. Permite que a negociação de leniência com um órgão do governo pode interrompa investigações administrativas em curso. Estabelece ainda que o acordo possa ser submetido ao Tribunal de Contas da União, posteriormente, para apuração de danos aos cofres públicos. O governo também fica autorizado a celebrar acordos de leniência com mais de uma companhia investigada por ato ilícito. A medida provisória também trata especificamente de crimes de improbidade e multas aplicadas pelo Cade por infração à ordem econômica”. BRASIL. Congresso Nacional. **Medida Provisória n. 703**, de 2015. Altera a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/124535>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

¹⁹ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

3636/2015 ainda tramita nas Casas legislativas brasileiras, com o último despacho datado de 23 de novembro de 2015²⁰.

Sendo assim, observa-se que o legislador infraconstitucional parece realmente determinado a abrir a possibilidade de transação dos direitos políticos e cíveis abordados pela Lei de Improbidade Administrativa. A recente Lei da Mediação aborda – na Seção II do diploma legal – a viabilidade de transação de conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas autarquias e fundações. Nesse liame, estabelece no art. 36, §4º, que a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito mesmo que a matéria esteja em discussão em ação de improbidade administrativa ou que haja decisão do Tribunal de Contas da União, a depender da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro relator.²¹ De acordo com Elton Venturi, isso significa que ajustes em relação à forma ou ao modo de aplicação das sanções previstas pela Lei n. 8.429/92 aos acusados passam a ser oportunizadas.²² Para o jurista, o dispositivo da Lei de Mediação revoga o art. 17, § 1º, da LIA e abre espaço para transações no âmbito administrativo e judicial da ação de improbidade administrativa.²³

Segundo Antonio do Passo Cabral, desde o advento da Lei de Improbidade Administrativa, houve uma guinada no ordenamento jurídico em direção da “consensualidade e convencionalidade” e, dessa forma, “até mesmo a pretensão penal passou a ser em grande medida objeto de acordo”.²⁴ E, assim, conforme o jurista, seria incongruente a vedação à realização e negócios jurídicos no âmbito da improbidade administrativa.

De acordo com Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bonfim, sendo possível a negociação das consequências penais, ainda que das infrações graves, “não haveria razão para

²⁰ A tramitação do Projeto de Lei 3636/2015 pode ser acompanhada através do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3636/2015**. Altera a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências. 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055350>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

²¹ Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. [...] § 4o Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

²² VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, p. 391-426, jan. 2016. Ainda, segundo o autor, “muito embora não se definam expressamente quaisquer limites para referida transação, nada impede que, respeitada a indispensável fiscalização jurisdicional com a prévia intervenção do Ministério Público, possa ela versar sobre o quantum sancionatório entendido razoável e efetivo para a resolução da disputa”.

²³ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, p. 391-426, jan. 2016. Para o jurista, “se passa a ser possível solução conciliada no âmbito administrativo, ainda que o acordo verse sobre controvérsia em relação à qual pende investigação de improbidade, com muito maior razão parece ser possível sustentar o cabimento de acordos no âmbito da própria ação de improbidade administrativa”.

²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 546-547.

não ser possível negociar as sanções civis de improbidade”. Desse modo, os juristas estabelecem a seguinte regra: “a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção”.²⁵

De todo modo, a vedação contida na LIA ainda perdura desde a sua edição — há mais de duas décadas — mantendo-se incólume sob a *ratio* de que ao legitimado ativo da ação (na maioria das vezes o Ministério Público) não caberia escolher, dentre as sanções legais do artigo 12 da LIA, aquela que entenda mais razoável e proporcional ao caso concreto, uma vez que a aplicação das sanções seria reservada exclusivamente ao magistrado. E nesse cenário apenas o ajustamento de conduta seria possível (para fins exclusivos de reparação integral do dano), devendo o Ministério Público ajuizar ou dar continuidade à ação de improbidade administrativa para a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/92.

4 A NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO ÓRGÃO FISCALIZADOR

Por mais que o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, vede a realização de transações, acordos ou conciliações nas ações judiciais previstas no supracitado diploma legal, o Ministério Público (legitimado ativo para ajuizar a ação de improbidade) utiliza, há um certo tempo, um diferente instrumento para mitigar as condutas ímprobas no território nacional. Isso se dá por meio do chamado Termo de Ajustamento de Conduta (ou TAC), como forma de celebrar acordo em diversos procedimentos que envolvam direitos coletivos. O TAC, inclusive, está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, disposto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85²⁶ e no art. 14 da Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público 16/10²⁷.

²⁵ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. Os autores – no texto – concluem pela possibilidade de transação nas ações de improbidade administrativa nos seguintes termos: “a) admitem-se a colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o art. 4º da Lei n. 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei n. 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admitem-se os acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a ‘colaboração premiada’ em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência”.

²⁶ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

²⁷ Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

De acordo com Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, o Termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento que tem como objetivo “fomentar a adoção espontânea de comportamentos relacionados a interesses difusos”. Isso significa que o órgão público (no caso, o Ministério Público) celebrará um acordo com a pessoa física ou jurídica interessada, impondo a ela condições específicas de atendimento.²⁸ Afirmam os juristas que o legislador privilegiou “o resultado à busca incerta e demorada de sanções na via judicial”.

Segundo Elton Venturi, os TACs são um bom exemplo de instrumentos resolutórios extrajudiciais de conflitos. Para o autor, a intenção do mecanismo é a de conciliar “aspectos relacionados a prazos e formas de cumprimento de obrigações ou de deveres inerentes à preservação integral de direitos transindividuais”. No entanto, entende o jurista que a impossibilidade de transação de direitos – tornando-os indisponíveis – deturpa (ou desvirtua) a instrumentalização de uma autêntica negociação. De todo modo, o autor sustenta que negar o sentido essencialmente negocial ao Termo de Ajustamento de Conduta é negar sua natureza e finalidade compositiva²⁹.

De acordo com Giuseppe Giamundo Neto, o ajustamento de conduta, quando em circunstâncias limitadoras, é pouco atraente para o agente disposto a reparar o dano. Para o jurista, pode ser essa a explicação para a escassez histórica de compromissos desse tipo firmados em inquéritos ou ações de improbidade³⁰. De toda forma, a opinião do jurista não é uníssona na doutrina brasileira. Walter de Moura Agra sustenta que por meio do Termo de Ajustamento de Conduta é possível – de forma imediata e mais branda – consolidar a prática de condutas “que evitem a reiteração de novos atos ímprobos”³¹.

Voltando ao âmbito da ação de improbidade administrativa, necessário resgatar a disciplina do artigo 12 da LIA. Em seu parágrafo único, a disposição legal afirma que “na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. No entanto, conforme critica Felipe

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução do termo de ajustamento de conduta. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 115-120, abr./jun. 2008. Para os autores, a legislação que prevê o TAC – qual seja, a Lei n. 7.347/85 – busca “dotar o órgão público de instrumento consensual que viabilize a pronta adoção, pelo particular, de comportamentos desejados. [...] Não se trata de instrumento de punição, mas de indução de comportamentos concretos. O termo constitui uma ferramenta para transformar em realidade abstratas prescrições legais”.

²⁹ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, p. 391-426, jan. 2016. De acordo com o autor, “tais desvirtuamentos dão origem a pelo menos dois sérios problemas, relacionados à efetividade (pragmática) e à validade (legalidade) do instrumento. Em primeiro lugar, a ausência de genuína transação (concessões recíprocas), sob a justificativa da indisponibilidade dos direitos ou interesses em disputa, implica a ausência de qualquer real incentivo para que o conflito seja resolvido, pragmaticamente, da melhor forma possível para todos. [...] Pior, sob a ótica da validade, transfigurados muitas vezes em mecanismos de imposição de condutas, os compromissos de ajustamento correm sério risco de ser considerados ilegais por não obedecerem a típicas condições de validade contratual”.

³⁰ GIAMUNDO NETO, Giuseppe. MP 703/15 permite acordo em ações de improbidade administrativa. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/giamundo-neto-mp-703-permite-acordo-aco-es-improbidade>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

³¹ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 248.

Gussoli, “até agora não se viu o desenvolvimento de critérios seguros de dosimetria refletidos na aplicação das sanções pelos Tribunais”³². Em suma, isso significa, segundo o jurista, que desde a sentença em primeiro grau à decisão colegiada final “transparecem inúmeros cenários de punição, todos vagos e incertos, e muitos em clara desproporção em relação ao ato cometido”. Nessa medida, não pode o Ministério Público buscar a punição dos investigados e acusados a qualquer custo: não podem os fins justificarem os meios. A Lei de Improbidade Administrativa traz duras sanções às pessoas condenadas, impedindo-os de ocupar cargos públicos, demandando o ressarcimento ao erário, aplicando multa civil, dentre outras condenações apresentadas pelo artigo 12 do referido diploma legal.

Portanto, o papel do Órgão Ministerial – bem como dos demais órgãos de controle, tais como o Tribunal de Contas – não pode desandar em abuso. Como instrumento à serventia do interesse público, referidos órgãos devem prezar pela garantia da ordem jurídica constitucional, “jamais deixando o anseio por moralidade, geralmente de cunho subjetiva, insuflar seus agentes formadores de vontade”, como bem afirma Felipe Gussoli³³. E, nesse sentido, a utilidade do Termo de Ajustamento de Conduta é valiosa, quando observados os princípios e garantias constitucionais, na atuação do Ministério Público, sendo mecanismo importante na busca pela moralidade e probidade administrativa.

5 A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não há dúvidas de que as mudanças introduzidas pela Medida Provisória 703 e pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15) buscam levar os meios alternativos de solução de conflitos para a esfera da improbidade administrativa. Inclusive, a tendência do legislador é esta: buscar tencionar o art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92 e permitir a realização de negócios jurídicos na seara da ação prevista pelo referido diploma legal.

Nesse diapasão, e a partir da observação do contexto histórico, não há por que se vedar a realização de negócios jurídicos nas ações de improbidade. Embora a moralidade administrativa e o patrimônio público sejam direitos indisponíveis, a transação destes não importa a sua renúncia. Muito pelo contrário: demonstra que o Ministério Público está atento no seu papel como órgão fiscalizador e pode solucionar o caso concreto, para além do sim-

³² GUSSOLI, Felipe. 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 (Coords.). **Eficiência e Ética na Administração Pública**: anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2015. Para o autor, nas decisões dos casos concretos, “a gravidade do ato nem sempre acompanha proporcionalmente o sancionamento, pois a perspectiva moralizadora na aplicação das penas e a indevida presunção de má-fé do servidor público contribui para o distanciamento da proporcionalidade”.

³³ GUSSOLI, Felipe. 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 (Coords.). **Eficiência e ética na administração pública**: anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2015.

ples ajuizar de uma ação civil pública, através de medidas que satisfaçam o interesse público e que, de certa forma, satisfaça o particular (que, obviamente, deverá assumir que praticou os atos de improbidade administrativa previstos na LIA e cumprir as sanções definidas pelo eventual acordo). Ademais, os negócios jurídicos na esfera penal são uma realidade do Direito brasileiro e, se até mesmo condutas tipificadas pela legislação penal são passíveis de transação, não há sentido em se impedir o mesmo nos casos do cometimento de atos ímprobos. Vedá-la, portanto, seria uma contradição patente no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, a mudança legislativa prestigiará o próprio sistema previsto na Lei n. 8.429/92 ao facilitar e tornar mais célere a reparação de danos causados ao patrimônio público.

De todo modo, não há como se olvidar a necessidade de uma melhor regulamentação da matéria, especialmente para os atos ímprobos (bem como para aqueles não abrangidos pela Lei Anticorrupção), com a fixação de parâmetros e critérios objetivos de negociação que mitiguem a discricionariedade dos seus operadores, de modo a conferir maior segurança para as partes envolvidas. Inclusive, lembra-se que o art. 36, § 4º, da Lei de Mediação (que permite a realização de sessões de mediação em ações de improbidade administrativa na esfera da Administração Pública Federal Direta) não revoga expressamente o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. Dessa forma, a evidente dualidade de disposições no ordenamento jurídico brasileiro aponta para a necessidade de estabilização legal da matéria – para, em um momento posterior, serem realizados os negócios jurídicos no âmbito da Lei n. 8.429/92. Portanto, eventual aplicação prevista em legislações esparsas – que não a letra da Lei de Improbidade Administrativa – nas ações de improbidade administrativa não podem ser realizadas por mera inferência hermenêutica, sob pena de se criar um sistema instável e contraditório. É preciso uma mudança formal no texto da lei para serem realizadas as adaptações necessárias, que deverá ser sempre racional e utilizada conforme os métodos condizentes com as normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. STF. **ADI 5466**. Relator Atual: MIN. ROSA WEBER. DJ n. 140, 01/08/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5466&classe=AD&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Medida Provisória n. 703**, de 2015. Altera a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/124535>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3636/2015**. Altera a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências. 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055350>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Rafael Véras de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorrupcao.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. (Orgs.). **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. MP 703/15 permite acordo em ações de improbidade administrativa. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/giamundo-neto-mp-703-permite-acordo-aco-es-improbidade>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

GUSSOLI, Felipe. 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 Cláudia (Coords.). **Eficiência e ética na administração pública: anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná**. Curitiba: Íthala, 2015.

INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO. **A pesquisa: radiografia das condenações por improbidade administrativa no Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://naoaceitocorrupcao.org.br/a-pesquisa/>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

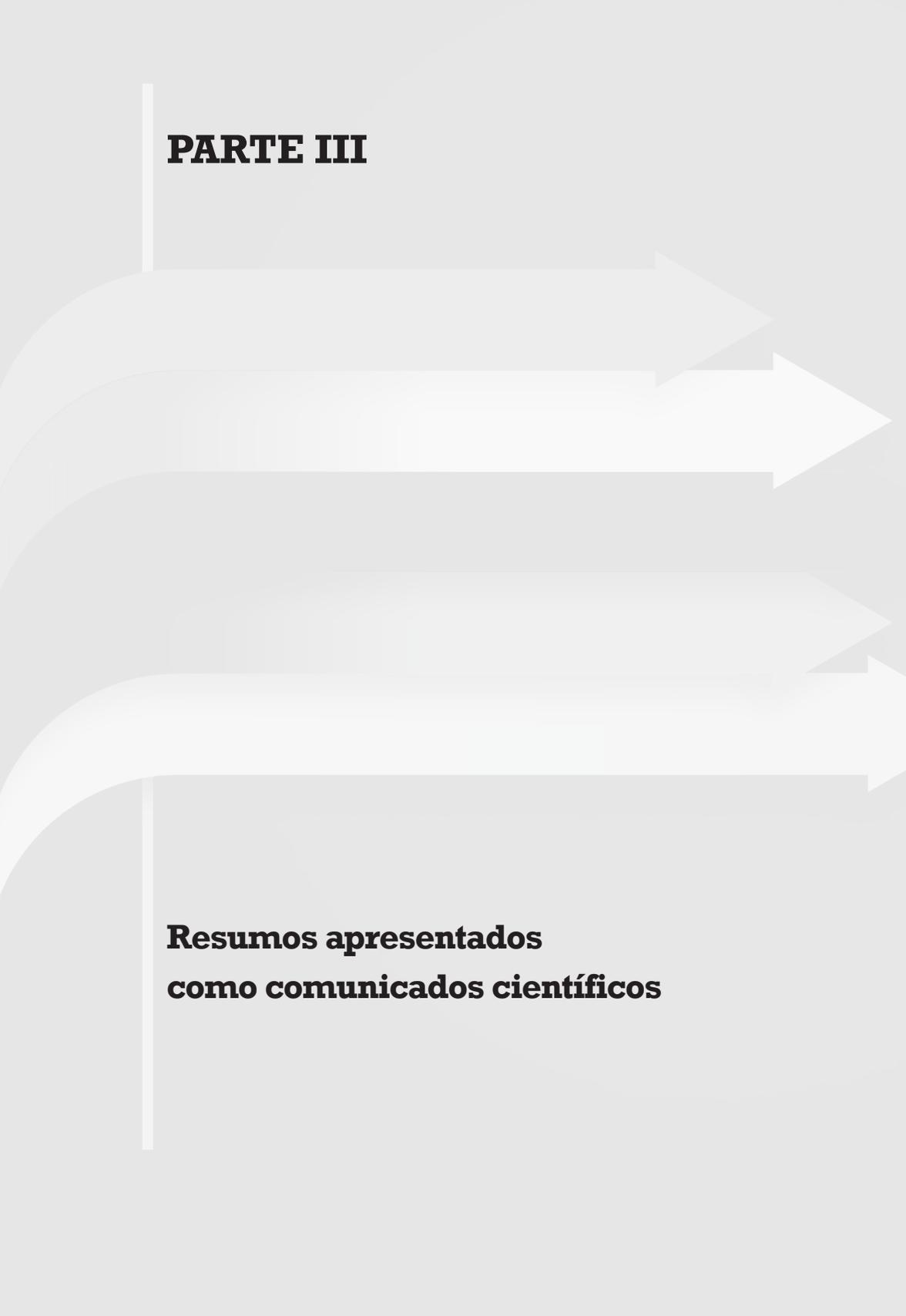
SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução do termo de ajustamento de conduta. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 115-120, abr./jun. 2008.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, p. 391-426, jan. 2016

VIANA, Ana Cristina Aguilar; COSTA, Maria Vitória Kaled. A ineficácia dos acordos de leniência da Lei 12.846/2013 como meio de combate à corrupção. *In*: DOTTI, René Ariel; DOTTI, Rogéria; ZARDO, Francisco (Coords.). **Temas de direito sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



PARTE III

**Resumos apresentados
como comunicados científicos**

Vulnerabilidades dos direitos fundamentais da criança e judicialização da educação infantil

Juciane Cleto Pacheco¹

Alexandre Godoy Dotta²

O direito à educação infantil no ordenamento jurídico brasileiro é ampla e exaustivamente protegido, sobretudo em virtude do princípio da prioridade absoluta que reveste as causas afetas às crianças. Em que pese tenha sido estabelecido que a educação é um direito de todos e um dever do Estado, e que as políticas públicas dirigidas aos infantes contam com precedência e primazia tanto na elaboração, quanto na execução em comparação a todas as outras, verifica-se que há um longo caminho a ser percorrido para que efetivamente essas garantias gozem de efetividade. O recurso ao Poder Judiciário pode ser uma das alternativas para concretizá-lo como direito fundamental, conforme assegurado pela própria Constituição Federativa do Brasil de 1988. Nesse contexto, a investigação busca por meio da análise da literatura relacionada ao tema: vulnerabilidades dos direitos fundamentais da criança e judicialização da educação infantil, além da análise das principais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de abordar os principais aspectos relacionados à judicialização da educação infantil como meio efetivador dos direitos fundamentais. O tema é revestido de alta relevância uma vez que levantam vulnerabilidades da criança e debate da importância que a educação infantil representa na formação plena da pessoa. O texto conclui considerando a atuação do estado na esfera legislativa, executiva e judiciária. Assim como da efetivação das políticas públicas educacionais para o pleno desenvolvimento das habilidades individuais, mas, notadamente, porque quando efetivado, é fator de transformação da sociedade como um todo, especialmente em países com desigualdades sociais marcantes, como é o caso do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Vulnerabilidade da Criança; Direito à educação; Direito da infância; Efetivação dos Direitos fundamentais; Judicialização da educação.

¹ Acadêmica do curso de Direito. Pesquisadora do Grupo de Estudos DED – Direito, Educação e Democracia vinculado ao Grupo de Pesquisa em Direito e Políticas Públicas da Escola de Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

² Doutor e Mestre em História e Políticas Educacionais. Professor pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa em Direito e Políticas Públicas da Escola de Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

A continuidade dos serviços públicos essenciais e o inadimplemento do cidadão

Camila Medeiros Rocha Daudt¹

O objetivo do presente comunicado científico é, mediante análises bibliográficas e jurisprudenciais, verificar se há possibilidade de empresas concessionárias cessarem a prestação de serviços públicos essenciais, notadamente os serviços de energia elétrica e saneamento básico, ante o inadimplemento do usuário hipossuficiente. Serviços públicos são atividades administrativas de caráter essencial, prestadas diretamente ou indiretamente pelo Estado, relacionadas a satisfação de interesses públicos e direitos fundamentais, submetidas ao regime jurídico-administrativo e ao regime do próprio instituto (art. 6º, §1º, Lei n. 8.987/95), que o relacionam a uma adequada prestação, impondo que os serviços sejam disponibilizados ao maior número de pessoas, de forma universal, isonômica e, principalmente, contínua. Para tanto, as tarifas cobradas pela fruição dos serviços devem ser módicas. Considerando que é dever constitucional do Estado prestar ou promover a prestação dos serviços públicos, poderá, com fulcro no art. 175 da Constituição Federal/88, delegar a prestação a particulares, mediante concessão, permissão ou autorização. Ao realizar concessão o poder concedente celebra apenas um contrato, atribuindo a prestação de um determinado serviço público ao concessionário, que prestará por sua conta e risco, cuja remuneração irá advir da própria prestação do serviço, mediante a cobrança de tarifas dos usuários. Portanto, o serviço continua sendo público e de titularidade estatal e, assim, o regime jurídico incidente continua o mesmo.

Entretanto, a Administração Pública ao celebrar o contrato se insere em posição de superioridade, podendo alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares, desde que observe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A proteção dessa equação leva em consideração os riscos, que são divididos em ordinários e extraordinários. Porém, o que é relevante ao presente trabalho é saber que o inadimplemento do usuário é um risco ordinário e, portanto, não gera à Administração Pública o dever de retomar tal equilíbrio quando tal hipótese se concretizar. Ademais, outro ponto fundamental é identificar o conteúdo do princípio da continuidade (art. 241, CF). Por esse princípio, os serviços públicos devem ser prestados de modo ininterrupto, estando disponíveis sempre que os usuários dele precisarem, para garantirem a adequada prestação e assegurar direitos fundamentais. Em que pese a Lei n. 8.987/95 preveja hipótese de exceção no art. 6º, §3º, II, assegurando que o inadimplemento do

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Positivo.

usuário não viola o princípio da continuidade, deve-se considerar que o referido princípio há de ser analisado à luz da Constituição Federal, pois além dos serviços públicos serem atividades de origem constitucional, norteadas por princípios constitucionais, não há como falar, em pleno século XXI, em mínimo existencial, saúde e qualidade de vida sem o fornecimento de energia elétrica, água tratada e esgotamento sanitário. Portanto, embora o entendimento atual do STJ e dos demais tribunais seja no sentido de admitir o corte, nos moldes do que disciplina o Código de Defesa do Consumidor, adota-se neste comunicado científico o entendimento de que a lei não pode reduzir os contornos dos serviços públicos, haja vista serem atividades de assento constitucional, impondo ao Estado a responsabilidade pela adequada prestação destas atividades, para assim suprir as necessidades básicas dos indivíduos, garantindo a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público; Inadimplemento do usuário; Continuidade do serviço público; Concessão de serviço público; Princípio da dignidade da pessoa humana.

A democracia deliberativa no Brasil: desafios e perspectivas na esfera local

Cynthia Gruending Juruena¹

O presente artigo visou abordar a democracia deliberativa e a sua imprescindibilidade na esfera local, a fim de que a partir desse lócus possa haver uma ampliação no diálogo entre Estado e sociedade, para que assim os cidadãos tenham maior participação nos assuntos públicos. Dessa forma, tratou-se primeiramente as matrizes teóricas da democracia deliberativa, conferindo um enfoque ao referencial de Jürgen Habermas. Após, enfatizou-se a importância do espaço local na interlocução entre Estado e sociedade, destacando a proximidade dos cidadãos com o ente local. Nesse sentido, a partir da esfera local, realizou-se uma análise dos instrumentos de deliberação pública existentes, e se os mesmos são suficientes para possibilitar essa ampliação no diálogo do Estado e dos cidadãos e se correspondem aos preceitos teóricos de democracia deliberativa de Habermas. A abordagem centrou-se em estudos referentes aos orçamentos participativos e conselhos municipais da saúde e do meio ambiente de dois distintos Estados. Os resultados preliminares foram que há a necessidade, de um modo geral, de uma formatação nos instrumentos participativos e deliberativos para que de fato possibilitem o processo democrático deliberativo, visto que os instrumentos disponíveis apresentam entraves que dificultam a participação dos cidadãos nas deliberações. O conselho municipal de saúde foi o que apresentou um maior espaço deliberativo, com metade de seus conselheiros sendo da sociedade e com liberdade conferida aos cidadãos para apresentarem demandas ao conselho. No entanto, a perspectiva do estudo partiu da experiência dos conselheiros acerca da abertura de suas deliberações. A metodologia de pesquisa utilizada na presente pesquisa foi o método hipotético-dedutivo, no qual partiu-se da hipótese de que os espaços deliberativos são insuficientes para uma aproximação dos cidadãos e do poder público. Concluiu-se que há espaços deliberativos no espaço local, mas que muitas vezes a estrutura desses instrumentos inviabiliza uma ampliação na inclusão e empoderamento dos cidadãos nesses espaços.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia deliberativa; Esfera local; Estado; Instrumentos; Sociedade.

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

A existência de um núcleo comum de princípios que regem o direito penal e o Direito administrativo sancionador

André Felipe Pereira de Souza¹

Bruno Henrique Aibar²

O presente trabalho tem por objetivo investigar, através de uma metodologia exploratória, a existência de um núcleo comum de princípios que regem tanto o Direito penal quanto o Direito administrativo sancionador (sanções de caráter retributivo). Observa-se que há bens jurídicos que são considerados juridicamente relevantes tanto criminalmente quanto administrativamente estando, pois, sujeitos à tutela do Direito penal e do Direito administrativo (por vezes também do Direito civil), de modo que aquele quem pratica uma única conduta pode estar sujeito ao mesmo tempo, ao menos, a quatro esferas de responsabilização. Na maior parte destes casos (ação penal, ação por ato de improbidade administrativa e processo administrativo disciplinar) se tratam de sanções aplicadas pelo poder público. E tratando-se de manifestações do exercício punitivo do Estado, é de essencial relevância a discussão acerca dos princípios que norteiam a aplicação destas sanções. Independentemente de se tratar de sanção administrativa ou criminal aplicadas pelo poder público, em todas estas situações tratam-se da manifestação do *ius puniendi* estatal, não havendo diferença substancial entre os ilícitos. A diferença existente se dá no plano formal, mormente em relação à autoridade competente que aplica a sanção. A Constituição Federal, aliás, não faz distinção entre sanção penal e administrativa. A disposição acerca da pena, notadamente no inciso XXXIX, do art. 5º da Constituição, bem como no inciso XLVI, do mesmo artigo, não restringe a sua aplicação somente para responsabilizações de caráter criminal, mas também para sanções administrativas e civis. Determinadas garantias fundamentais, tidas como próprias de Direito penal, são (ou devem ser) observadas também no Direito administrativo sancionador, como forma de realização da opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito. E por se tratarem de princípios fundamentais – que derivam do princípio do Estado Democrático de Direito – a sua aplicação não pode ser interpretada como exclusiva, ou restrita, à esfera penal. Conclui-se, de tal modo, pela existência de um núcleo comum de princípios que regem tanto o Direito administrativo sancionador quanto o Direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo sancionador; Direito penal; Princípios; Sanção; Estado Democrático de Direito.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

² Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

A importância da governança corporativa para o fortalecimento do ambiente de negócios do Mercosul: uma abordagem da nova economia institucional

Felipe Santos Ribas¹

Apesar do processo de integração ser um fenômeno complexo, o debate acerca da integração tem mantido o seu foco no aspecto econômico. No caso do Mercosul, o objetivo dos países-membros é unir forças para melhorar a inserção no comércio internacional e alcançar o crescimento econômico. Para alcançar esse objetivo, os estados devem desenvolver políticas capazes de atrair investimentos e a instalação de novas empresas, visando aumentar o fluxo de transações na região e fortalecer a cooperação entre os países-membros e impulsionar o desenvolvimento econômico. Todavia, o ambiente em que se realizam os negócios pode limitar os investimentos e até mesmo instalação de novas empresas. Isso porque um ambiente formado por instituições fracas, sem efetividade, cercado por empresas sem transparência, aumenta os custos de transação dos agentes econômicos, devido a insegurança do ambiente, o que torna necessário a contratação de outros mecanismos para monitorar os riscos dos negócios. Com vistas a essa realidade, o objetivo do trabalho foi demonstrar, a partir de uma abordagem da Nova Economia Institucional, no contexto da denominada análise econômica do direito, como as práticas de governança corporativa podem fortalecer o ambiente de negócios do Mercosul, trazendo maior segurança e transparência para os investidores, acionistas, empregados, governos e instituições financiadoras das políticas do bloco, e impactar positivamente no fluxo das transações e no desenvolvimento econômico. O trabalho evidenciou que a governança corporativa é dotada de uma estrutura de incentivos que afeta o comportamento dos agentes econômicos, com capacidade de reduzir a assimetria de informações e os diversos conflitos de interesses entre acionistas/sócios, gestores, investidores etc., e também com a aptidão de fomentar a sustentabilidade empresarial, mediante a aplicação de programas de *compliance* e de responsabilidade social corporativa. Através de uma revisão de literatura multidisciplinar, com base empírica, também foi possível verificar que a governança corporativa contribui para a valorização das empresas; a liquidez das ações de companhias listadas em bolsas de valores; o fortalecimento do mercado de capitais local; a facilitação de acesso ao crédito; o menor custo de capital em financiamentos; a maior atratividade de investimentos estrangeiros; o combate à corrupção e às práticas oportunistas dos gestores; o aumento no fluxo de negócios, entre outros. Por

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

outro lado, ao se fazer um levantamento do panorama geral da disseminação da governança corporativa nos países-membros efetivos do Mercosul, verificou-se que a aplicação das práticas de governança ainda está bastante aquém dos padrões internacionais. Frente a esse cenário, concluiu-se que os órgãos do Mercosul devem fomentar a adoção das práticas de governança corporativa pelas empresas ou até mesmo pensar na criação de um modelo único, harmônico, para o bloco, nos moldes do livro verde da Comunidade Europeia, como forma de fortalecer o ambiente de negócios e impulsionar o desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Governança Corporativa; Mercosul; Ambiente de Negócios; Desenvolvimento Econômico; Nova Economia Institucional.

A influência do Sistema Interamericano de Direitos humanos e a responsabilidade civil do Estado no sistema prisional brasileiro

Alice Padilha de Carvalho¹

O presente estudo acadêmico tem como objetivo analisar a influência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nas situações em que há responsabilidade internacional do Estado no direito brasileiro, especificamente quanto a responsabilidade por omissão nos casos violações de direitos humanos no sistema prisional brasileiro. Assim, para lograr compreender o propósito do presente artigo faz-se mister examinar casos jurisprudenciais. Dessa forma, será realizado um estudo do caso Carandiru, que apesar de não ter sido julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, teve declarada a responsabilidade do Brasil no estágio de mérito, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Primeiramente, é imperioso estudar a responsabilidade civil do Estado, iniciando por uma perspectiva histórica da matéria nos textos constitucionais do Brasil. Posto isso, será abordado o artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 que traz a teoria da responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo, que atribui ao Estado a responsabilidade criada por sua atividade, quando se verifica a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado, mesmo no caso de omissão. Em seguida, será estudada a responsabilidade internacional, que também é pautada na teoria da responsabilidade objetiva. Assim, a responsabilidade internacional do Estado tem como base o resultado lesivo e no nexo causal entre a conduta do Estado e a violação de obrigação internacional, sem espaço para averiguação da culpa ou dolo do agente-órgão do Estado, o que facilita a concretização da responsabilidade estatal e a reparação daqueles que tiveram seus direitos básicos violados. Dessa forma, a partir do momento em que há a condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a questão deixa de ser apenas responsabilidade internacional, e passa a ser incorporado ao ordenamento jurídico interno como uma obrigação capaz de ensejar a responsabilidade civil do Estado, de acordo com o regime jurídico administrativo interno. Por fim, será examinado o caso Carandiru, que demonstra a caótica situação prisional brasileira e que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos propôs recomendações. Em que pese tais recomendações não tenham força vinculante, defende-se que o Estado acate como tal, considerando que ratificou o Pacto de San José da Costa Rica e faz parte da Organização dos Estados Americanos. Portanto, deve estar de acordo com os parâmetros de direitos hu-

¹ Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade Federal do Paraná.

manos impostos por estas em recomendações demais decisões. Conclui-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui influência no direito brasileiro, e propõe que não só as decisões da CIDH tenham força vinculante capaz de gerar a responsabilidade civil do Estado, mas também os pareceres e recomendações da Comissão.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Prisional Brasileiro; Responsabilidade Civil do Estado; Responsabilidade Internacional; Direitos Humanos; Caso Carandiru.

A integração energética no Mercosul com base no desenvolvimento e sustentabilidade

Arlei Costa Junior¹

A questão energética tem um dos papéis principais nas questões de sustentabilidade e desenvolvimento, pois a necessidade da energia para as demandas humanas tem levado a um consumo dos recursos naturais de forma insustentável. A situação é agravada quando a matriz energética é baseada em combustíveis fósseis, pois emite gases que produzem o efeito estufa, elevando a temperatura global, o que leva a inúmeros problemas ambientais. Considerando que a energia é estratégica e essencial para o desenvolvimento do Estado e seu crescimento econômico e social, a ciência do direito, em conjunto com as ciências correlatas, deve buscar criar formas de estimular o investimento nas formas de geração de energia sustentável e minimizar os danos ao meio ambiente. Nesse sentido, é importante a compreensão que o desenvolvimento não pode ser medido apenas pela perspectiva econômica, mas também pela qualidade de vida, na perspectiva proposta por Amartya Sen de considerar como desenvolvimento a possibilidade de as pessoas levarem o tipo de vida que valorizam, reforçando o entendimento da importância ambiental para a vida humana. O interesse dos Estados nas regulações que realiza, deve conciliar o desenvolvimento econômico, que possibilita os recursos para o Estado efetivar os direitos sociais a que se propõe, com justiça social, atuando na exata medida da necessidade de sua intervenção, já que esta costuma ser prejudicial ao prejudicar a concorrência. Uma regulação energética pelo Mercosul, visando aumentar a geração de energia por fontes renováveis e não emissoras de carbono, é importante para o desenvolvimento sustentável da região. A ampliação da interligação do sistema elétrico no Mercosul é salutar nesse sentido, pois permite uma redução de custo operacional juntamente com a otimização do uso da capacidade de geração de energia já existente, evitando o uso de recursos para a construção de novas unidades de geração e sua consequente pegada ambiental. Numa região geográfica continental como a América do Sul, os ganhos estimados em 5%, significam uma grande economia de recursos econômicos e ambientais. Essa interligação traz ainda um ganho de estabilidade e confiabilidade, que permite evitar ou minimizar situações que poderiam levar a uma crise de abastecimento elétrico. Gera um ganho logístico nas operações no mercado de energia, aumentando o número de fornecedores e consumidores acessíveis pela rede de distribuição, viabilizando uma maior concorrência entre os operadores desse setor. Num sistema capitalista isso é importante

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Nuped/PUCPR.

para que exista uma pressão no sentido da eficiência, valorizando a meritocracia. Assim, o objetivo do trabalho foi demonstrar que a integração energética no Mercosul e demais países vizinhos trará ganhos econômicos, estruturais e ambientais, e que a adequada solução da regulação trará resultados rápidos e eficazes para todos os Estados participantes. As mudanças sociais e tecnológicas que se avizinham, tendem a aumentar a demanda por energia elétrica, e com as soluções de geração de energia renovável ganhando viabilidade econômica, as limitações ao desenvolvimento serão cada vez mais pautadas na sustentabilidade ambiental. A metodologia utilizada foi a lógica-dedutiva, via uma pesquisa qualitativa e exploratória, com uma análise de obras relevantes sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Energia; Desenvolvimento; Sustentabilidade; Mercosul; Integração energética.

A judicialização das políticas públicas de saneamento básico no estado do Rio de Janeiro

Nicholas Arena Paliologo¹

O objetivo do presente trabalho é analisar a judicialização das políticas públicas de saneamento básico no estado do Rio de Janeiro e seus respectivos impactos na prestação dos serviços correlatos. Para isso, foi traçada uma linha de raciocínio com base teórica na doutrina da efetividade das normas constitucionais, o agigantamento do Poder Judiciário frente aos outros poderes, Executivo e Legislativo, e a consolidação do saneamento básico como direito fundamental. A partir dessa construção teórica, se optou como metodologia pelos recursos da análise qualitativa e quantitativa a fim de descrever o panorama dos serviços de saneamento no estado, com dados disponíveis no Instituto Trata Brasil, Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento e Agência Nacional de Águas, a fim de perceber qual serviço componente do saneamento (abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem de águas urbanas e manejo de resíduos sólidos) é o mais deficitário. O serviço com grau mais elevado de déficit foi o esgotamento sanitário, tendo acesso somente 45,25% da população. Com isso, foram colhidos dados junto ao Ministério Público do estado e o Tribunal de Justiça para quantificar o número de ações ajuizadas requerendo a prestação dos serviços. Os dados do Ministério Público revelaram que o serviço mais deficitário – esgotamento sanitário – é o que apresenta o maior número de ações. Já os dados do Tribunal de Justiça demonstraram que a companhia responsável pelos serviços no estado figurou na lista dos maiores litigantes entre 2013 e 2017. Ao analisar qualitativamente a atuação do Judiciário, percebeu-se que as decisões muitas vezes desrespeitam o planejamento de expansão dos serviços e impõem multas diárias exacerbadas até o cumprimento. Dessa forma, conclui-se pela necessidade de criação de parâmetros específicos para a atuação judicial no setor, respeitando o plano de metas, recursos orçamentários e as disposições previstas na própria lei 11.445 de 2007 (Lei do Saneamento Básico), como a compatibilidade com o Plano Plurianual.

PALAVRAS-CHAVE: Saneamento Básico; Judicialização; Políticas Públicas; Efetividade; Poder Judiciário.

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

A necessidade de motivação para transferência de lotação de empregados públicos e estabilizados

João Felipe Lehmen¹

Caroline Muller Bitencourt²

Segundo a Constituição da República, a admissão de servidores no serviço público obedecerá a uma das três modalidades previstas no seu art. 37, quais sejam: a) Nomeação em cargo ou emprego público, criado em lei, através de aprovação em concurso público, validamente realizado (art. 37, II, da CR); b) Nomeação em cargo em comissão, igualmente criado por lei, para o exercício apenas de postos de chefia, direção ou assessoramento (art. 37, V, da CR); e, c) Admissão temporária devido a acontecimentos inesperados, de excepcional interesse público e por prazo determinado (art. 37, IX, da CR). Dado esse contexto, o ensaio visa lançar algumas luzes sobre a necessidade de motivação para a transferência de lotação dos profissionais ligados a Administração Pública e que estão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), independentemente da sua anuência. Para tanto, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutiva, visando o processo de confirmação ou falseamento da hipótese lançada, sugerindo-se ao final, um (re) olhar sobre a necessidade de motivação do ato administrativo para a alteração de lotação, ainda que exista a anuência do empregado. Parte-se do pressuposto de que não basta a condição de anuência ou a ausência de alteração de domicílio, requisitos estes estampados na legislação trabalhista (art. 469), isso porque, deparando-se com empregado público ou estabilizado nos termos do art. 19, além do pressuposto da norma que rege as relações de trabalho, como a transferência de lotação se reveste como verdadeiro ato administrativo, neste caso, dele deve se extrair todos os seus pressupostos, inclusive o da motivação. Em outras palavras significa dizer que além de cumprir com os requisitos estabelecidos no art. 469 da CLT, para a transferência dos empregados públicos e estabilizados, se mostra necessária a motivação no interesse público, sob pena de nulidade do ato e da própria negativa de vigência ao texto da Constituição da República. E, além disso, que essa motivação não seja apenas formal, mas no estado democrático de direito, o que se denomina, no mais das vezes pela doutrina, de motivação substancial, ou seja, preocupada com as razões que a fundamentam. Por fim, justifica-se a pesquisa não só para os empregados públicos, mas também para aqueles que ingressa-

¹ Mestrando em Direito no PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Consultor em Direito Público.

² Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Professora do PPGD em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc.

ram no serviço público antes da Constituição da República de 1988 e cumpriram com os requisitos do art. 19 do ADCT, ou seja, os estabilizados, pois também são submetidos ao regramento celetista.

PALAVRAS-CHAVE: Empregado público; Alteração de lotação; Ato administrativo; Pressuposto; Motivação independente de anuência.

A possibilidade de cobrança do serviço público de saúde no Brasil à luz da capacidade econômica do indivíduo

Bárbara Mendonça Bertotti¹

A Constituição Federal de 1988 optou por um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, com um perfil preponderantemente de bem-estar, visto que nela estão insculpidos fundamentos, princípios e objetivos voltados à dignidade da pessoa humana. Essa opção de modelo de Estado clama por uma concepção material de igualdade, que não limite a incumbência do Poder Público a propiciar igualdade de condições no ponto partida, mas que também lhe outorgue o dever de agir em prol da redução das desigualdades sociais. O serviço público, como um dos principais instrumentos de concretização dos direitos fundamentais sociais, além de buscar a prestação de utilidades materiais para a população, deve buscar concretizar os valores consagrados na Lei Maior. Nessa senda, o princípio da universalidade de acesso apresenta-se como norteador dos serviços públicos, garantindo que a Administração Pública assegure que os bens econômicos por ela oferecidos sejam materialmente acessíveis a todos que deles carecerem. Contudo, questão que suscita debate é se tal princípio permite tratamento diferenciado pelo entre prestador, com base nas diferenças existentes entre os usuários do serviço público. Em suma: independentemente da situação fática dos indivíduos, eles devem ter igual acesso ao serviço público (igualdade formal)? Ou, a situação fática do sujeito deve ser considerada e devem ser admitidos critérios de acesso discriminatórios (igualdade material)? Diante disso, **o objetivo do presente trabalho** é propor a cobrança daqueles que têm condições financeiras para utilizar os serviços do Sistema Único de Saúde (SUS). A primeira questão a ser considerada é que não há vedação jurídica para tanto, visto que nem a Constituição Federal e nem legislação ordinária vedam a possibilidade de cobrança, direta ou indireta, pelo fornecimento das ações e serviços de saúde. De outro modo, a Constituição Federal, em seu art. 198, § 1º, ao prever expressamente que o SUS poderá ser financiado por “outras fontes”, e no art. 195, ao prever que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, viabiliza que, por meio de lei, sejam estabelecidos mecanismos remuneratórios pela utilização das ações e serviços de saúde, seja pela Contribuição Social para a Saúde, seja por meio de taxa. **Conclui-se** que a universalidade reconhecida pela ordem constitucional não tem correspondência automática com a gratuidade das atividades sanitárias e que a receita advinda da cobrança do serviço

¹ Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista Capes.

público de saúde é uma alternativa de investimento pelo governo para ampliar o acesso aos serviços de saúde, notadamente nos dias atuais, com discussões acerca da reforma tributária, austeridade fiscal e a busca por fontes alternativas de receita para minimizar o déficit público. Ainda, defende-se que a cobrança seria relativa ao usuário (a depender de sua capacidade econômica), e não ao tipo de serviço prestado. A **metodologia** utilizada é a lógico-dedutiva, pois a partir de uma leitura principiológica da Constituição Federal voltada à dignidade humana, é possível logicamente concluir que não há óbices à cobrança do serviço público de saúde no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; Gratuidade; Igualdade material; Sistema Único de Saúde (SUS); Universalidade.

A prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário: uma análise do art. 37, § 5º, da Constituição Federal

Lucas Bossoni Saikali¹

O presente comunicado aborda o debate acerca da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário segundo a exegese do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. De início, buscou-se estudar o princípio da segurança jurídica no cenário brasileiro, bem como demonstrar seu caráter constitucional, embora o princípio não esteja disposto expressamente na Constituição da República. Diante de um contexto de instabilidade das relações jurídicas, referido princípio desencadeou o entendimento de que a incerteza e a instabilidade para os cidadãos são perigosas para o bem-estar social. Isso posto, foi observado que no cenário constitucional brasileiro existem três casos em que a imprescritibilidade é apresentada de forma inequívoca pelo constituinte: nos crimes de racismo, nos crimes de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e no direito que as comunidades indígenas possuem à terra que tradicionalmente ocupam. Dentre as razões para se defender a prescritibilidade das referidas ações de ressarcimento ao erário está a devida interpretação da Constituição de modo sistemático. Entende-se que a ausência de prazo prescricional para que o Estado ajuíze as ações viola princípios basilares da Constituição Federal, quais sejam os princípios da segurança jurídica, igualdade e devido processo legal. Ainda, da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 669.609/MG, tem-se que a Corte Suprema brasileira entendeu pela prescritibilidade das ações de ressarcimento quando há lesão patrimônio público decorrente de ilícitos civis, com base na tese do Ministro Luís Roberto Barroso. Sobre o tema foco do trabalho, conclui-se a pesquisa defendendo a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário em qualquer caso em que haja dano ao patrimônio público. Conclui-se que a ressalva contida na parte final do art. 37 §5º da Constituição se refere à lei específica aplicável, que uma ação de natureza indenizatória e de efeitos exclusivamente patrimoniais não pode ser imprescritível sem ofender ao princípio basilar da segurança jurídica, que a possibilidade de ser réu em uma ação ressarcitória a qualquer tempo pode impossibilitar que o cidadão prove e defenda seus direitos perante o Poder Público, sob pena de ofender ao princípio do devido processo legal (ampla defesa e contraditório) e que deve ser aplicada analogicamente a prescrição quinquenal do artigo 1º-C da Lei n. 9.494/97, segundo o qual “prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito

¹ Mestrando em Direito Econômico e Social na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos” ou, alternativamente, a prescrição quinquenal do artigo 1º do Decreto Federal n. 20.910/32, de ampla abrangência, que dispõe que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos”, em razão do princípio da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Dano ao erário; Ação de ressarcimento; Princípio da segurança jurídica; Princípio da igualdade; Prescritibilidade.

Admirável Mundo Novo: A Administração Pública do século XXI e as tecnologias disruptivas

Ana Cristina Aguilár Viana¹

Letícia Regina Camargo Kreuz²

O advento de novas tecnologias disruptivas, características da emergência da 4ª Revolução Industrial, e a inserção cada vez mais rápida desses mecanismos no cotidiano das pessoas faz com que o Direito Administrativo pautado em doutrinas dos séculos anteriores se torne obsoleto. Com isso, o desafio imposto ao Direito é de se tornar, igualmente, disruptivo. Esta é a análise proposta pela pesquisa. O objetivo do ensaio é demonstrar como as categorias clássicas do Direito Administrativo se apresentam estáticas face às mudanças operadas pelas novas tecnologias e, com isso, faz-se necessário uma elaboração jurídica que dê conta, simultaneamente, de regular e flexibilizar a resposta dada pelo direito às novas realidades. Inicialmente, faz-se uma análise das mudanças operadas na esfera social e da incapacidade de adaptação do Direito Administrativo oitocentista a esse “admirável mundo novo”. A análise então propõe que, assim como os teóricos clássicos da Administração, o dever-ser seja conectado à práxis e, portanto, flexível à regulação da tecnologia. A nova Administração Pública deve ser pautada pela regulação, cujo controle deve se dar em conformidade com a Constituição e prezando, acima de tudo, pela garantia dos direitos fundamentais. A conclusão é de que o desenho regulatório deve ser flexível, permitindo adaptações ante uma realidade em constante mudança, buscando alcançar o equilíbrio entre os vetores político, econômico e tecnológico, a partir de uma proposta de assimetria regulatória que permite observar as singularidades das tecnologias disruptivas. A metodologia empregada é a análise bibliográfica, partindo de teóricos clássicos e contemporâneos, a partir de uma perspectiva crítica.

PALAVRAS-CHAVE: Oitocentismo; Administração Pública; Tecnologias disruptivas; Regulação; Assimetria.

¹ Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná.

² Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

As políticas de cooperação para o desenvolvimento científico do Mercosul e sua importância como política aduaneira

Nicolas Addor¹

Maiara Lima Araújo²

O presente trabalho faz uma análise sobre a política de cooperação para o desenvolvimento da ciência atualmente em vigor no Mercado Comum do Sul (Mercosul) e sua importância para com os objetivos do bloco econômico, como o fortalecimento do poder econômico e garantia do desenvolvimento humano. Dentro dessa análise, aborda-se a relação da cooperação científica com a política aduaneira. Para tanto, será necessário abordar inicialmente, mesmo que de maneira breve, conceitos iniciais sobre integração regional e o processo histórico de criação do bloco econômico em estudo, para após desenvolver conceitos e críticas sobre os elementos que compõe o sistema aduaneiro do Mercosul, como a tarifa externa comum e o Código Aduaneiro comunitário, e sobre a cooperação internacional, que hoje possui grandes acordos com a União Europeia. Utilizou-se, para tanto, do método dedutivo, amparada com pesquisas bibliográficas e documentais. Ao fim, conclui-se que a política aduaneira e as pretensões do Mercosul vão muito além do viés econômico que ela inicialmente possuía, influenciando também na cooperação, exportação e importação de materiais, pesquisadores e acadêmicos tão necessários para o avanço na área científica, o que, indiscutivelmente, são os alicerces necessários para a busca do desenvolvimento humano.

PALAVRAS-CHAVE: Política Aduaneira; Mercosul; Direito comunitário; integração; desenvolvimento científico.

¹ Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista Prosuc/Capes.

² Acadêmica de Relações Internacionais na Universidade Federal de Uberlândia.

Assédio moral na Administração Pública

Ketlin Kiste Pereira¹

O presente trabalho busca analisar o contexto do assédio moral dentro das instituições públicas, procurando relacionar as medidas previstas no Direito do Trabalho como base a ser analisada no âmbito do Direito Público. Desse modo, o trabalho objetivou destacar o grande desenvolvimento doutrinário acerca do fenômeno do assédio moral no aspecto trabalhista em relação à prática do Direito Público, apontando os conceitos doutrinários acerca do assédio moral e demonstrando a prática jurisprudencial do instituto em questão nas relações públicas de trabalho. A presente pesquisa foi desenvolvida a partir de uma revisão bibliográfica, concentrada nas principais obras sobre o assédio moral. Também foi realizada uma análise jurisprudencial relativa ao tema e a legislação pertinente, analisando o contexto prático e sua eficácia. A discussão abordada por este trabalho diz respeito à análise do pressuposto que o assédio moral, que é um instituto originalmente privado, poderia vir a ser utilizado no âmbito das instituições públicas. Ao passo que, a premissa básica do assédio moral, ou seja, a observância de condutas reiteradas de violência que ocasionem situações vexatórias e humilhantes, que acabam comprometendo a saúde psicológica do trabalhador, estaria presente no espaço de trabalho público. Analisando a problemática na esfera judicial, percebe-se que não há íntegra definição sobre o assédio moral em casos entre servidores públicos, enquanto a doutrina e a jurisprudência trabalhista apresentam além da forma cognitiva genérica do que é assédio moral, dispõe também de reflexão das formas as quais podem se apresentar o fenômeno: assédio moral descendente (forma hierárquica de um superior ao subordinado), assédio horizontal (quando estamos diante de colegas de trabalho que exercem o mesmo cargo) ou assédio ascendente (relação do subordinado ao seu superior), além da forma de assédio moral institucional, que diz respeito às práticas generalizadas que emanam das próprias políticas empresariais da pessoa jurídica empregadora, as quais resultam em danos morais e psíquicos ao trabalhador. A omissão legislativa acerca do fenômeno em âmbito público gerou discussão e chegou em caráter recursal ao STJ (Superior Tribunal de Justiça) no REsp. 1.286.466/RS, que analisou o caso e se posicionou no sentido que, assédio moral é configuração de improbidade administrativa, justificado que a prática enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92) em razão de desvio de finalidade e ferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém. Conclui-se a partir desta pesquisa, que imputar a improbidade

¹ Acadêmica de Direito na Universidade Positivo.

administrativa aos casos de assédio moral não é a decisão mais adequada, sendo que as vítimas de assédio moral poderiam se valer da Responsabilidade Objetiva do Estado para que o órgão contratante repare os danos sofridos por seus agentes, baseado na Constituição Federal no art. 37, §6. Além disso, é conferido a Administração Pública o direito de regresso, podendo reaver todos os prejuízos causados em virtude dos danos gerados pelo agressor mediante ação regressiva.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral; Servidor público; Administração Pública; Improbidade administrativa; Responsabilidade objetiva do Estado.

Ativismo judicial na tutela dos direitos fundamentais sociais

Erika Carvalho Ferreira¹

Igor Cardoso de Lima Rocha²

O artigo “Ativismo judicial na tutela dos direitos fundamentais sociais” tem como objetivo principal abordar e discutir a situação atual do controle das políticas públicas que se destinam a garantir a própria existência dos direitos sociais – aqueles dentre o rol dos direitos fundamentais –, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. O Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito revela-se como poder controlador de políticas públicas e atos administrativos por meio de ações coletivas, intervenção e vínculo entre os três poderes. Desse modo, os limites da intervenção são ditados pelo Conselho Nacional de Justiça e por meio do princípio da razoabilidade na adequação do mínimo existencial e da reserva do possível orçamentário. Faz-se possível, no artigo supramencionado, compreender o alcance do direito ao mínimo existencial que se reproduz em direitos constitucionais mínimos para a consolidação da dignidade humana. No campo de abrangência encontram-se o direito a saúde, saneamento e moradia, à educação, transporte, a assistência e previdência social e o acesso à justiça, os quais, se descumpridos pela falta de prestações positivas do Estado, devem ser corrigidos pela pronta intervenção Judicial, conforme previsão pautada em normas constitucionais. Em outras palavras, os limites impostos pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade buscam moldar em justa medida e adequada proporção os meios empregados para a consecução dos fins defendidos pelo Estado Democrático de Direito. Outro ponto bastante discutido no trabalho diz respeito às políticas públicas, as quais se manifestam em prestações positivas da atividade administrativa estatal por meio do exercício das funções do Estado, seja pela construção normativa do Legislativo, por ato de governo do Executivo e por decisões do Judiciário para a obtenção dos objetivos e finalidades sociais assegurados pela Constituição de defendidos pelo Estado. Quando desrespeitadas e operadas de maneira ineficaz, tais políticas acabam por gerar um maior número de demandas contra a prestação dos serviços e procedimentos assegurados pelos órgãos da administração pública. Dessa maneira, aumentam-se os números de ações perante o poder Judiciário, na tentativa de desfrutar dos direitos e garantias previstos na Constituição. Levando em conta o conteúdo apresentado, os autores entendem que é necessário priorizar a correção do atendimento dos órgãos públicos para que seja reduzida a procura da figura do

¹ Acadêmica de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

² Acadêmico de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

juiz para tutelar sobre os direitos dos cidadãos. Deve-se também conferir maior espaço aos movimentos sociais que visam melhorar tais políticas, visto que, apesar da constatação de sua existência e propostas, não são devidamente atendidos pelos administradores, deixando a desejar no tocante à garantia de uma vida digna e no que diz respeito à participação democrática e efetiva no processo de escolha das políticas públicas. Por último, em se tratando da metodologia utilizada para a escrita do artigo, foram realizadas pesquisas em doutrinas nacionais a respeito do ativismo judicial, sendo feito o fichamento das obras estudadas, bem como foram pesquisadas informações empíricas no banco de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e notícias relacionadas ao tema do artigo em portais de notícia.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais sociais; Políticas públicas; Ativismo judicial; Reserva do possível; Mínimo existencial.

Da definição do modelo apropriado para pagamento de despesas decorrentes de contratações pela Administração Pública sem licitação

Marcos Antonio de Souza¹

O presente estudo objetiva a discussão em torno das nuances do processo licitatório, levantando hipóteses de contratação sem licitação. O estudo se baliza pelos métodos fenomenológico, dialético e hermenêutico. Passaremos pela demonstração das providências que precedem a contratação pela administração para compras ou aquisições de bens, produtos e serviços. Apontaremos as hipóteses de contratação sem licitação, explicitando suas nuances e demonstrando que mesmo sendo vedadas a administração tem de honrar os compromissos assumidos. Ato contínuo, o estudo definirá, com base na legislação correlata, o modelo apropriado para pagamento das despesas decorrentes de contratos sem licitação. Necessário ao estudo também definir os requisitos para que o modelo de pagamento escolhido possa de fato ser adotado. A seguir, esmiuçaremos a forma em que se dá o processamento da despesa. Em última ação de desenvolvimento do pensamento crítico, o estudo enveredará pela apuração de responsabilidades, atestando que sem a tomada de providências precisas da administração não poderá se registrar o pagamento pelo meio apontado. As conclusões a que se chegou o estudo são que, não raro, a administração se depara com situações em que nem contratação direta por dispensa ou inexigibilidade tem tempo hábil para realizar, de modo que age para contratar sem licitação, pagando pelo serviço pactuado à título de indenização, desde que observada a boa-fé, a efetiva prestação do serviço, a regularidade fiscal, o ajuste de contas e a existência de suficiente dotação orçamentária.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação; Contratos Administrativos; Pagamento por Indenização; Lei de Licitações; Sindicância Administrativa; Processo Administrativo Disciplinar.

¹ Bacharel pela Universidade Potiguar. Procurador do Município de Taipu/RN.

Eficácia das políticas públicas brasileiras de proteção à vulnerabilidade da mulher

Luiza Castro Santos Furtado¹

Marcelo Reviglio Bertoncini²

O objetivo da pesquisa é aprofundar a análise da proteção à vulnerabilidade da mulher na realidade brasileira sob o viés do Estado Democrático de Direito de 1988 e seu caráter de igualdade material entre gêneros, focando nas políticas públicas implementadas no país, por meio de averiguação e cruzamento de dados constantes nos planos plurianuais de governo e na agenda da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Para tanto, buscou-se através do método analítico-dedutivo, de bibliografias de variadas matrizes, um aprofundamento na compreensão da atual sistematização da proteção à mulher, sendo abordados seus fundamentos no enfoque da instrumentalidade da aplicação das leis e sistemas que o regem. A partir do Estado Social, concebe-se as mulheres como grupo vulnerável – subordinadas a um poder exercido dentro da sociedade, estando ligada à ideia de exclusão social – e minoritário – submetidas à subjugação e dominações políticas majoritariamente masculinas. Nessa perspectiva, analisa-se o papel da mulher na sociedade brasileira e a compreensão da importância do desenvolvimento de políticas públicas que visem, consoante Amartya Sen (2001), tanto os direitos relacionados ao bem-estar da mulher, quanto aos voltados para a sua condição como agente livre. No intuito do melhor entendimento é necessário observar o histórico de discriminações e de cerceamento de direitos das mulheres de forma a indicar a necessidade de o Estado agir, através de discriminações positivas, viabilizando a participação feminina nos centros de decisões. A mulher tão somente a partir do ano de 1988 inicia suas verdadeiras conquistas de gênero no âmbito legislativo com a promulgação da Constituição Federal, especialmente pelo art. 5º, inciso I, o qual prevê a igualdade entre gêneros. No âmbito administrativo, importante passo é a institucionalização de transversalidade de gênero dentro do design e implementação das políticas públicas mediante sua inclusão em um plano nacional de desenvolvimento, o que ocorre no plano plurianual (PPA) tão somente a partir do triênio 2004-2007. Na atual política nacional de proteção das mulheres (PNPM) tem-se dez eixos específicos, dentre eles: igualdade no trabalho e autonomia econômica; saúde, direitos

¹ Pós-graduanda pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (Fempar). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

² Pós-graduando pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (Fempar). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

sexuais e reprodutivos; participação nos espaços de poder e decisão; e, enfrentamento do sexismo, racismo e lesbofobia. Contudo, dos objetivos impostos na seara de gêneros, das 21 metas qualitativas apontadas para alcance desse fim, apenas seis foram integralmente cumpridas, o que demonstra a existência de resquícios de restrição da concepção da mulher em patamar de igualdade de gênero. Analisando os resultados alcançados, realiza-se uma relegitimação da ação governamental e um vislumbre macro de alterações realizáveis na prática de futuras políticas públicas. Outrossim, pouco é eficaz a metodologia aplicada para solução dos problemas de gênero, restando à mulher lutar por seus direitos de forma díspar. Ainda que a mulher tenha conquistado inúmeros feitos por meio da atuação estatal ou esforços próprios, frente a análise feita dos objetivos concretizados do plano plurianual e de dados permeados, a agenda feminina precisa ser submetida a reanálise e reformulação para que as desigualdades não sejam apenas conhecidas, mas também reduzidas.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas; Mulheres; Igualdade de gênero; Política Nacional; Estado democrático brasileiro.

Inconvencionalidade da teoria das relações especiais de sujeição: contrariedade ao Pacto de São José da Costa Rica

Felipe Klein Gussoli¹

O trabalho parte do pressuposto de que se vive, atualmente, em um paradigma constitucional e convencional de Estado de Direito, fortemente influenciado por tratados internacionais de direitos humanos. Com base nesse pressuposto, e mediante revisão bibliográfica, busca-se responder a seguinte questão: há espaço para a teoria das relações especiais de sujeição diante da vigência de tratados de direitos humanos? A teoria indica a existência, para determinadas pessoas, de um grau maior de sujeição ao poder sancionatório ou disciplinar da Administração em função do vínculo diferenciado que os relaciona. Em sua origem, no século XIX, a teoria das relações especiais de sujeição visava a justificação de um poder sancionatório diferenciado da Administração que afastasse previsões legais e que até mesmo relaxasse algumas garantias dos particulares que se encontrassem em contextos específicos de dependência ou de maior contato e proximidade com o Poder Público. Seria o caso, por exemplo, dos servidores públicos, estudantes, detentos, militares, pessoas hospitalizadas, usuários e concessionários de serviço público. Especialmente a partir da leitura do art. 30 do Pacto de São José da Costa Rica, a resposta que se dá ao questionamento que abre esta pesquisa é que não há mais espaço para as relações especiais de sujeição no Estado Convencional de Direito. O cumprimento estrito da legalidade e das formalidades quando se trata de restringir ou extinguir direitos é de caráter irrenunciável no Estado Convencional. As restrições a direitos humanos devem ter base na lei em sentido estrito, posição compatível com o art. 30 do Pacto de São José da Costa Rica, com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e com a própria Constituição brasileira, segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). De fato, existem posições contrárias, que relativizam a teoria e buscam sustentar sua validade perante os direitos fundamentais estabelecendo para ela alguns condicionantes. A reconstrução da teoria, porém, torna as relações especiais de sujeição em algo totalmente diverso do que foi na origem, gerando no mínimo confusões terminológicas e abrindo um amplo espaço para ações discricionárias por parte da Administração. E se assim o é, parece

¹ Professor da Faculdade Educacional Araucária – Facear. Mestrando em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Nuped/PUCPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

mais adequado o abandono da teoria como tal. Desse modo, evita-se confusões e retira-se da Administração a chance de perceber suas potestades em certos contextos como poderes que não precisam ter apoio no Direito, o que seria indevido.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria das relações especiais de sujeição; Tratados de direitos humanos; Princípio da legalidade; Pacto de São José da Costa Rica; Controle de convencionalidade.

Intervenção do Estado na economia e utilização das atividades de fomento como concretizadoras da função social das empresas estatais

Solange Cordeiro Faria¹

As Reformas Administrativas são debatidas em todo o mundo como um processo de amoldamento da máquina pública aos modelos de Estado adotados. Cenário de grandes reformas administrativas, desde 1930, o Brasil teve profundas alterações no aparelho do Estado, sendo pioneira a reforma burocrática do governo de Getúlio Vargas, que pretendia superar o clientelismo e o patrimonialismo, que permeavam a realidade brasileira. Tais providências se tornaram obsoletas devido a fatores políticos e econômicos que desencadearam um considerável incremento nas atribuições governamentais, gerando expressivo aumento de demandas sociais e alargamento de custos do setor público, mostrando-se o modelo burocrático ineficiente, e com uma grande necessidade de redução dos custos do setor público. A reforma burocrática pretendida não foi suficiente para impor aos mandatários nacionais a superação das tradições não republicanas que maculam a eficiência da máquina administrativa brasileira desde sua construção. Por tal razão, os institutos característicos do modelo burocrático weberiano, que foram elaborados pretendendo a racionalização da atividade administrativa, para atingir o máximo de qualidade e eficiência, no âmbito nacional foram utilizados como forma de encobrir práticas protecionistas de grupos privados, mantendo-se a apropriação da máquina pública pelos detentores do poder. Com os avanços da globalização e do neoliberalismo, ocorreu no país um novo movimento desencadeando um modelo de administração, criando-se o que se chamou de Administração Pública Gerencial, que começou em 1995, com a criação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). A reforma gerencial foi mostrada como medida indispensável para reduzir o custo do Estado e fazer com que os serviços públicos se tornassem mais eficientes. As reformas são então transformações que objetivam atender de um lado às demandas do aparelho do Estado brasileiro e de outro as da sociedade civil. Assim, a temática abordada neste trabalho pretende refletir sobre as contribuições dos movimentos de reforma pelos quais passou o país, com enfoque na Nova Lei de Estatais, notadamente sobre sua Função Social, nos termos da Lei n. 13.303/2016. Dessa forma, resta claro que quando se trata das diretrizes traçadas no art. 27 da Lei n. 13.303, de 2016, para que as empresas públicas e sociedades

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Mestranda em Direito Econômico e Social na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

de economia mista desempenhem sua função social vinculadas à realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo de segurança nacional, definindo o escopo da função social das empresas, deverá desenvolvê-la atendendo aos interesses sociais. Portanto, a função social da empresa estatal verificar-se-á não apenas pela boa execução de seu objeto social, mas, igualmente, através de projetos que respeitem ao meio ambiente, que promovam a valorização de seus empregados, que tragam, além da busca pelo lucro, a realização do interesse da coletividade. O papel das estatais, na realização da sua função social, além de outras formas, através das atividades de fomento por elas realizadas, deve buscar tem o fim de criar condições favoráveis para que os cidadãos alcancem condições de uma vida melhor, incentivando ações que visem ao atendimento de interesses da coletividade, perseguindo, com isso, o fim almejado pela Administração junto à sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção do Estado; Economia; Reformas administrativas; Fomento; Função social das estatais.

Legalidade, regulação e controle na fiscalização da água como recurso hídrico e como recurso mineral

Gabriela Salazar Silva Pinto¹

Este trabalho objetiva examinar, à luz dos critérios de legalidade, regulação e controle que orientam os atos da Administração Pública, a necessidade de integração entre a legislação minerária e legislação hídrica para regulamentação e fiscalização do aproveitamento da água enquanto recurso mineral e recurso hídrico. Para tanto, o procedimento metodológico de “análise de conteúdo” informa este trabalho, conexo ao seu tipo específico de exame de legislação e jurisprudência. Inicialmente é importante destacar que a “água” será qualificada como recurso hídrico ou recurso mineral a partir de sua composição química e física. A depender dessa caracterização, o regime jurídico constitucional e legal aplicável para o aproveitamento da água será diferente. Enquanto recurso mineral, o aproveitamento da água é regulado pelo Código de Águas Minerais, Código de Mineração, seu Regulamento e atos normativos do Departamento Nacional de Produção Mineral / Agência Nacional de Mineração. Em síntese, a exploração da água como recurso mineral depende de portaria de lavra. Enquanto recurso hídrico, o aproveitamento da água é regulado por diplomas legais em níveis federal e estadual, a depender da dominialidade do corpo hídrico originário. Em nível federal, devem ser observadas as previsões da Política Nacional de Recursos Hídricos, Código de Águas e atos normativos da Agência Nacional de Águas. Em síntese, a exploração da água como recurso hídrico depende de outorga. Contudo, a ausência de integração entre a regulamentação e fiscalização do aproveitamento da água enquanto recurso hídrico e recurso mineral acarreta insegurança jurídica ao administrado e prejuízos à administração pública. Em caso ilustrativo deste cenário, o Clube Thermas dos Laranjais, proprietário de parque aquático em Olímpia (SP), teve seus poços lacrados pelo DNPM após fiscalização que verificou que o Clube operava sem portaria de lavra. Entretanto, o Clube era titular de outorga para utilização de recursos hídricos emitida pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo. A controvérsia foi submetida à apreciação judicial e ainda não foi objeto de decisão final transitada em julgado (*Processos n. 0018723-66.2009.403.6100/SP TRF 3ª Região* e n. 0001464-35.2012.4.03.6106/SP TRF 3ª Região), sendo que a União Federal e o DNPM cobram do Clube o ressarcimento ao erário no montante de R\$ 13.335.186,00 referente ao volume de água termal utilizada para fins balneários até a interdição dos poços.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos, por meio da Resolução 76/2007, avançou no estabelecimento de diretrizes para a integração entre a gestão de recursos hídricos e minerais, determinando o compartilhamento de informações e articulação entre os órgãos. Entretanto, frente aos critérios de legalidade, regulação e controle, a conclusão perfilhada pela presente autora pauta-se pela necessidade de que a integração entre as legislações que regem o aproveitamento da água como recurso hídrico e mineral torne-se prática dos órgãos envolvidos, objetivando conferir concretude também ao princípio da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Água; Recurso hídrico; Recurso mineral; Legalidade; Regulação.

Litispêndência entre açôes em tramitaçãõ no Tribunal de Contas e açôes de improbidade administrativa: o perigo das sançôes em dobro

Kamille Ziliotto Ferreira¹

Tailaine Cristina Costa²

O país passa por um período de moralização da política, de modo que diversas instituições têm voltado as atenções para perseguir eventuais condutas corruptas dos agentes públicos. Conduto, por vezes, em nome dessa cruzada, alguns direitos individuais são mitigados. Quando se refere às irregularidades na Administração Pública, algumas situações passam pelo controle externo do Tribunal de Contas – do estado quando não envolve verbas federais –, da União, caso contrário. Logo, algumas hipóteses para além de estar submetido a uma possível ação civil pública para apurar atos de improbidade, podem ainda se submeter ao tribunal administrativo de contas. A jurisprudência se divide, na existência de uma ação de improbidade administrativa há justo motivo para arquivamento de uma representação em trâmite perante o tribunal de contas. Por seu turno, o inverso já tem um posicionamento consolidado. Desta forma, existindo uma representação em tramitação perante o Tribunal de Contas não há qualquer óbice à tramitação da ação no judiciário. Essa situação de independência pode gerar a dupla aplicação de sanções e até mesmo que o sujeito fique à mercê de ter que apresentar duas defesas sobre o mesmo fato, passando pelo julgamento de dois tribunais distintos, com procedimentabilidade diversa e ritos diversificados. Este posicionamento contraria a aplicação do princípio do *Non Bis in Idem* – vedação da dupla punição pelo mesmo fato –, garantia prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário (Decreto n. 678/92) e na Constituição Federal. Geralmente as ações de improbidade são mais amplas, até mesmo em razão da maior possibilidade de sanções. Para além de competências e restrições, as decisões emanadas tanto dos tribunais de contas quanto do poder judiciário atingem diretamente o indivíduo. Conforme a resolução da demanda afeta-se a esfera financeira até mesmo restringe direitos fundamentais, uma vez que um dos efeitos é a inelegibilidade decorrente de uma condenação. Nesse contexto, analisando julgados recentes, objetiva-se demonstrar que estas competências concorrentes causam prejuízos ao indivíduo, restringindo direitos e inobservando princípios e tratados

¹ Pós-graduanda em Pós-graduanda em MBA - Gestão e Business Law pela Fundação Getúlio Vargas.

² Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná.

internacionais dos quais o Brasil é signatário. Para verificar o exposto utilizou-se da metodologia lógico-dedutiva, a partir da revisão bibliográfica e da pesquisa jurisprudencial. A partir da análise prévia, conclui-se de que não há um posicionamento consolidado, de maneira que a depender do caso, por vezes o tribunal de contas arquiva a representação, em outras prossegue com a demanda, independentemente de existir ação de improbidade.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de contas; Bis in idem; Direitos individuais; Improbidade; Sanções.

O direito fundamental à saúde e a sua judicialização

Marina Delattre Rissio¹

O direito à saúde no Brasil é garantido pela Constituição Federal em seus artigos 6º, 196 e seguintes, possuindo status de direito fundamental social por estar diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. É direito de todos e dever do Estado, a quem incumbe garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas, bem como proporcionar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Tais características conferidas à saúde implicam em discussões acerca da titularidade e do acesso ao referido direito, bem como sobre as políticas públicas e suas limitações. Nos últimos anos houve um aumento significativo no número de demandas judiciais que visam a proteção do direito à saúde, para que o Poder Judiciário exerça controle dos atos administrativos que negam a disponibilização de tratamentos médicos, sob a justificativa de que as terapêuticas solicitadas não são abrangidas pelas políticas públicas de saúde. Nesse contexto de judicialização, a possibilidade de o Poder Judiciário ordenar o fornecimento de medicamentos e de outros tratamentos médicos é questionada, impulsionando debates sobre o controle judicial das políticas públicas, bem como das questões orçamentárias. O dever do Estado na disponibilização de medicamentos de alto custo, de fármacos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ou de remédios não constantes das listas dos tratamentos ofertados pelo Sistema Único de Saúde, tem sido discutido nos Tribunais Superiores. O objetivo deste trabalho é analisar a situação verificada atualmente no Brasil, sob a ótica da proteção dos direitos fundamentais à saúde e à vida, essenciais ao desenvolvimento humano, bem como buscar identificar os rumos a serem tomados, para que o acesso aos referidos direitos seja garantido em consonância com a realidade brasileira. A metodologia utilizada é a análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais a respeito do direito à saúde, da instituição e organização do SUS e das políticas públicas de saúde no Brasil, bem como o exame jurisprudencial, com ênfase nos temas de repercussão geral n. 06 e n. 500 do Supremo Tribunal Federal e na proposta de afetação no REsp 1657156/RJ, do Superior Tribunal de Justiça. O que se infere do presente estudo é que, devido à natureza variável da saúde, é natural que existam lacunas que as políticas públicas não conseguem preencher, sendo inegável que o Poder Judiciário deve agir, a fim de garantir a dignidade e o mínimo existencial aos cidadãos e lhes assegurar o direito fundamental à saúde e à vida. Os Tribunais Superiores têm adotado um caminho adequado ao tornar a determinação de fornecimento de medicamentos de alto custo ou não previstos

¹ Pós-Graduanda em Direito na Escola da Magistratura Federal do Paraná.

nas listagens do SUS mais criteriosa. Contudo, com vistas à garantia de acesso universal e igualitário à saúde, há uma latente necessidade de enfrentar a questão orçamentária de maneira mais profunda. Caso isso não ocorra, o Estado chegará a um ponto insustentável, em que não possuirá recursos e a rede pública de saúde será posta em xeque, prejudicando gravemente a população dependente do Sistema Único de Saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Saúde; Políticas públicas; Controle; Poder judiciário.

O papel regulador do MEC no ensino superior jurídico brasileiro: entre a omissão e o descaso

Pedro Henrique Machado da Luz¹

O presente estudo almeja investigar a reformulação das bases do ensino jurídico do país e avaliar seus impactos na formação dos juristas e professores, tomando como instrumento de análise o papel do Ministério da Educação (criado em 1930 por Getúlio Vargas) por meio de suas resoluções. O ensino superior jurídico no país sofreu profundas mudanças desde a abertura das duas primeiras escolas de direito em São Paulo e Olinda, no ano de 1827. Se, à época, o objetivo dos cursos era o de formar uma elite intelectual e gerencial do país que auxiliaria o Império na consecução de seus objetivos, no início República os propósitos já se mostravam bastante diferentes. Ademais, o século XX viu a expansão de 34 (em 1964) para mais de 1200 cursos de direito no país (2015), superando a monta de cursos superiores em todos os outros países do mundo somados. Com isso, parte-se da premissa que a abertura da exploração econômica das faculdades para a iniciativa privada, fenômeno próprio do neoliberalismo, trouxe uma vertiginosa queda na qualidade dos cursos, culminando ainda na flexibilização do trabalho dos professores e na construção da figura do aluno na condição de um mero cliente de um serviço e não protagonista de sua própria formação humanística. Não obstante, embora essa sobredita expansão represente um avanço na democratização do ensino, questiona-se se o custo para isso não teria sido deveras alto. Além disso, o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil tem servido não apenas como filtro de qualidade dos cursos, mas também tem sido responsável, em certa medida, pela modelação das grades curriculares. Indaga-se também se esse filtro criado pelo exame é efetivo para atestar a qualidade do ensino. Disso, conclui-se que tal ministério tem sido omissos na verificação de qualidade dos cursos de direito, permitindo os efeitos deletérios já citados.

Palavras-chave: Ensino jurídico; Ministério da Educação; Exame de Ordem; Qualidade de ensino; Flexibilização do trabalho.

¹ Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná.

O termo de ajustamento de gestão no controle eficiente da administração pública

Alan José de Oliveira Teixeira¹

A Emenda Constitucional n. 19/98 inaugurou, na seara constitucional, uma ideia de efetividade, com conseqüente olhar voltado às finalidades públicas. O princípio da eficiência, que atinge a categoria de norma constitucional por meio da referida emenda, é um dos princípios basilares da Administração Pública. Tal princípio surge em um contexto de Reforma do Estado, em que se pretende criar tanto uma lógica de atuação do agente público, esperando-se deste melhores desempenhos e resultados, como uma lógica de estruturação da Administração, com o fim de alcançar resultados eficazes na prestação dos serviços públicos. Há, de certa forma, uma redefinição do papel do Estado e da Administração Pública, no sentido de desburocratizar, de reacender o debate acerca da ética, da transparência, e dos caminhos públicos. Além disso, percebe-se hoje um direcionamento, não apenas da Administração Pública, mas da sistemática jurídica contemporânea, para a resolução consensual de conflitos. É nesse ambiente que surge o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), cujo escopo é a busca da solução consensual diante de uma irregularidade no campo do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas. Porém, em que pese a instituição do TAG possua um propósito inicialmente coerente à ordem jurídica, há que se verificar, conforme a experiência dos tribunais estaduais e análise do instituto, se os mecanismos empregados pelas destoantes regulamentações das cortes de contas pátrias e tal proposta consensual atendem aos objetivos de eficiência na Administração, assim como suas possibilidades e limitações. Assim, com base na legislação pátria, em especial a regulamentação interna dos tribunais de contas estaduais, assim como guiado pela doutrina administrativista e dados sobre o instituto jurídico-administrativo do Termo de Ajustamento de Gestão, buscou-se primeiramente analisar o contexto de seu surgimento, para depois tecer considerações acerca do princípio da eficiência e, por fim, analisar o referido instituto consensual à luz da efetividade. Por derradeiro, observou-se que o papel do tribunal de contas no controle externo também deve pautar-se pela efetividade, pois órgão administrativo autônomo e responsável pela fiscalização das contas da Administração. Viu-se que o TAG ainda possui alguns desafios pragmáticos pela frente, pois existem muitos resultados inconclusivos, muito embora se possa traçar considerações conscientes a partir dos resultados já aferíveis. Tais resultados, assim como o estudo doutrinário-científico do instituto, que lidos a partir das considerações

¹ Acadêmico de Direito no Unicuritiba.

jurídicas feitas sobre o princípio da eficiência, cominaram na possibilidade de se considerar o TAG uma alternativa de extrema importância no cumprimento do que prescreve o princípio da eficiência na Administração Pública, que é uma administração eficaz dos recursos públicos e do manejo da coisa pública. Por derradeiro, cumpre-se ressaltar que em relação aos atributos da eficiência o TAG assume um cumprimento parcial, pois a casuística que envolve a sutil análise da economicidade e da celeridade (atributos da eficiência) não pode ser presumida fora da realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Termo de Ajustamento de Gestão; Tribunal de Contas; Administração Pública; Princípio da Eficiência.

Releitura do serviço público como propulsor do desenvolvimento social e das capacidades dos indivíduos

Amanda Luiza da Silva Oliveira Pinto¹

Miriam Olivia Knopik Ferraz²

O objetivo do estudo é instigar uma nova finalidade ao serviço público (além da promoção da igualdade e existência humana digna): fomentar o desenvolvimento da capacidade de agência dos indivíduos, tornando-os capazes de prosperar e se autopromoverem em suas vidas. Essa releitura é aplicável atualmente, uma vez que a sociedade perdeu o significado do verdadeiro sentido do serviço público, o desenvolvimento social. O Serviço Público não pode ser encarado apenas como uma atividade estatal, que oferece aos cidadãos utilidades materiais para atender conveniências básicas da sociedade, mas sim como uma atividade que permite ao ser humano se desenvolver, empreender e crescer, sem a necessidade de depender de qualquer pessoa ou entidade para “sobreviver” ou ter acesso ao mínimo existencial. Parte-se do referencial teórico, Amartya Sen, que entende ser através do fortalecimento das liberdades individuais a maneira de alcançar o desenvolvimento e a melhora da vida dos indivíduos, ideais somente possíveis com a industrialização, o progresso tecnológico, modernização social e, principalmente, com as disposições sociais e econômicas, a exemplo dos serviços de educação e saúde, bem como direitos civis (liberdade política). Isso porque os seres humanos são dotados de capacidade ilimitada e têm o poder de mudar as suas vidas. Partir-se-á do pressuposto de que a pobreza é uma imposição artificial nos seres humanos, ou seja, não evoluímos assim, não é da nossa natureza, sendo necessário mudar o pensamento de cada indivíduo, inclusive daqueles que se intitulam como desfavorecidos, para que saiam da inércia e busquem nos serviços públicos uma oportunidade de serem livres. Sen constrói a definição de condição de agente dos indivíduos, capaz de propiciar oportunidades para que desenvolvam e expressem suas capacidades e, assim, fomentar o desenvolvimento social. Paralelamente, Muhammed Yunus ensina que a capacidade de empreendimento é habilidade inata de todos os seres humanos, possibilitando a emancipação do indivíduo, com o trabalho e independentemente do Estado. A união dos marcos teóricos permite idealizar o objetivo maior do serviço público: dar condições aos indivíduos para que se tornem agentes, proporcionando oportunidades de emancipação, trabalho e desenvolvimento, juntamente com a sociedade. Entretanto, há problemas a enfrentar. A universalidade

¹ Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

² Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

é princípio basal para que essa releitura do instituto do serviço público se materialize. Não há aumento de oportunidades, capacidades, liberdade, condição de agente e empreendedorismo sem que todos os cidadãos tenham facilidade de acesso aos serviços básicos como saneamento básico, água limpa e energia elétrica. Entretanto, universalidade de acesso aos serviços públicos no Brasil não é realidade e assim, para implementar essa nova noção, será necessário “reeducar” a mente da maior parte dos brasileiros, demonstrando o caminho da emancipação, da condição de agente e liberdade individual. Essa “reeducação” deve ser feita à indivíduos que sequer tem acesso nem ao mínimo para a sua saúde, como ao serviço público de saneamento básico. Assim, a releitura do instituto do serviço público deve ser feita juntamente com uma releitura da atuação do Poder Público. A metodologia utilizada é a descritiva, utilizando a seleção dos conceitos dos autores para analisar e correlacionar fatos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Amartya Sen; Desenvolvimento; Liberdade; Serviço Público; Universalidade.

Sanções administrativas aplicadas aos licitantes e aos contratados

Valéria Jacobovicz¹

O presente trabalho tem como objetivo a análise e o estabelecimento dos limites impostos ao poder sancionatório da Administração Pública em relação aos licitantes e contratados, tendo em conta a problemática instaurada pela discricionariedade da Administração Pública, seja na capitulação dos ilícitos administrativos estabelecidos no artigo 78º da Lei 8.666/93, Lei Nacional de Licitações, seja na aplicação das sanções, previstas no artigo 87 da referida lei. Além da questão estudada a respeito da discricionariedade incidente na determinação dos ilícitos e das sanções administrativas, realizou-se nesta pesquisa, o estudo e determinação da abrangência e limites territoriais das sanções administrativas de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade do licitante ou contratado, previstas, respectivamente, nos incisos III e IV do artigo 78º da Lei Geral de Licitações. Para tanto, buscou-se, por meio de doutrinas e jurisprudência, traçar um panorama a respeito do poder sancionador e do poder discricionário da Administração Pública, expondo as posições adotadas no Brasil pelos principais doutrinadores e tribunais pátrios concernentes ao tema pesquisado. Verificou-se, por meio do presente estudo, que a discricionariedade incidente na determinação dos ilícitos e das sanções administrativa ultrapassa, em diversas ocasiões, os limites impostos a ela, resultando em desvio de finalidade da autoridade administrativa aplicadora das sanções. Ainda, quanto aos limites territoriais das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 78º, da Lei de Licitações, verificou-se a divergência de entendimento na doutrina e na jurisprudência pátria, trazendo incertezas e dúvidas relativas à matéria de contratações públicas. Há uma evidente divergência jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema em questão. Essa divergência acarreta problemas e dúvidas tanto para os juristas quanto para a própria Administração contratante e as empresas contratadas, uma vez que não há uma posição uniforme a respeito do tema. Deste modo, uma vez que a lei não é cristalina e específica para estabelecer a extensão de suas sanções, pode haver uma interpretação extensiva do dispositivo legal, tornando o licitante ou o contratado impedido de participar de licitações em todas as entidades da Administração Pública? A doutrina, há tempos, tenta achar uma resposta para tais lacunas apresentadas na Lei 8.666/93, Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, esta que possui como finalidade tornar o processo licitatório mais transparente, além de proporcionar aos participantes das licitações e aos contratados da Administração Pública, critérios iguais de oportunidade.

¹ Acadêmica de Direito na Universidade Positivo.

Com os hiatos que possui, os objetivos que a legislação em questão pretendia alcançar mostram-se cada vez mais afastados da concretização. Diante desses fatos, conclui-se que hoje, os contratados não possuem tratamento igual pela Administração, uma vez que dependem da boa vontade da mesma para receberem um tratamento justo, já que, com o seu poder discricionário, pode inseri-los em descumprimentos que, na visão do contratado, não foram cometidos, aplicar sanções desproporcionais ao tamanho da irregularidade e, ainda, estender sua pena a todo Poder Público apenas porque entendeu ser necessário.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Contratos administrativos; Licitações; Sanções administrativas; Discricionariedade.

Sistema de solução de controvérsias no Mercosul: suposto conflito de competência

Marcos Viana Costódio¹

O presente comunicado científico destina-se a examinar o sistema de solução de controvérsias instaurado no âmbito do Mercosul, na perspectiva do Protocolo de Olivos, por meio da adoção do método descritivo, em que se analisa toda a estrutura planejada para conferir segurança aos Estados Partes que desejem submeter determinado conflito de interesses ao procedimento de resolução de contendas. O artigo também se dedica à verificação da existência de conflito positivo de competência para julgamento, em matéria concorrencial, entre o Tribunal Permanente de Revisão – órgão supremo no sistema de solução de controvérsias no Mercosul – e o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência – CT n. 5, instituído na Comissão de Comércio do Mercosul. A questão do suposto conflito de competência revela-se interessante, na medida em que, no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Banco Central (Bacen) travam disputa acirrada para se estabelecer quem detém a competência privativa para análise prévia e julgamento de atos de concentração econômica entre Instituições Financeiras. A metodologia aplicada ao presente comunicado é o método hipotético-dedutivo e descritivo, expondo-se o problema do conflito positivo de competência “brasileiro” entre o Cade e o Bacen e os fundamentos dessa temática. Apresentará o sistema de solução de controvérsias constituído no Mercosul e a competência do Tribunal Permanente de Revisão (TPR) e o considerável conflito de competência entre o TPR e o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, entidade competente para julgamento em matéria de concorrência no âmbito do Mercosul, conforme acordo de defesa da concorrência, firmado pelos Estados Partes em Foz do Iguaçu, no ano de 2010. Registre-se, por oportuno, que todas as premissas e argumentação promovidas serão evidentemente jurídicas, pelo que se pretenderá distanciar-se do ingresso em searas econômicas e políticas. No entanto, diante do tema que se pretende examinar, serão indispensáveis incursões em outros ramos de conhecimento, como o da economia. Portanto, a estruturação teórica será composta pela legislação que regulamenta a matéria, por obras gerais do tema regulatório concorrencial, além daquelas, evidentemente, que tratem especificamente do tema de estudo. As conclusões iniciais sinalizam que a competência para julgamento de condutas anticoncorrenciais é privativa do Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, dada a especialidade da questão e a *expertise* dos componentes do Comitê.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema concorrencial; Solução de Controvérsias; Mercosul; Competências administrativas.

¹ Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Transformações na prestação de serviços públicos no Brasil: entre exclusividade, subsidiariedade e concorrência

Luzardo Faria¹

Nas últimas décadas o elemento subjetivo do regime jurídico dos serviços públicos tem sido o centro de grandes discussões doutrinárias no Brasil. A partir da década de 1980, seguindo uma tendência mundial de retração da atuação estatal e sob a influência de ideais liberais, o Brasil deu início a um processo de intensa privatização da economia, com a venda à iniciativa privada de empresas estatais que exploravam atividades econômicas em sentido estrito e com a delegação de serviços públicos antes prestados diretamente pelo Estado. Somou-se a isso, ainda, o crescimento da importância da noção de serviços de interesse econômico geral, importada da União Europeia a partir desse mesmo período. Diante desse cenário, desenvolveu-se no Brasil corrente doutrinária que defendia o movimento de liberalização dos serviços públicos, com a adoção do princípio da subsidiariedade como critério definidor da atividade estatal nesse campo. No entanto, apesar de essa posição ainda ser encontrada na doutrina, o debate parece já ter sido superado. É possível afirmar com segurança que do ponto de vista jurídico o princípio da subsidiariedade é incompatível com o regime jurídico-administrativo brasileiro, sendo o serviço público uma das principais ferramentas de que dispõe a Administração Pública para concretizar seus objetivos constitucionais de desenvolvimento e inclusão social. Questão ainda não pacificada, porém, diz respeito à substituição da noção de exclusividade da prestação estatal para um modelo de prestação em regime de concorrência. Nessa hipótese, o serviço público se mantém como ferramenta indispensável da atividade administrativa, mas a exploração da atividade econômica assim classificada não seria uma prerrogativa exclusiva do Poder Público. Em defesa dessa tese, parcela da doutrina vem afirmando que não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que permita se concluir pela necessidade de prestação exclusivamente estatal dos serviços públicos, fato que, aliado a uma interpretação sistemática das normas constitucionais e por respeito ao princípio da livre iniciativa, permitiria a exploração dessas atividades pela iniciativa privada a título próprio (independentemente de concessão ou permissão). Argumenta-se, ainda, com base nos benefícios que o regime concorrencial poderia trazer para determinados setores econômicos, com a redução dos preços e/ou aumento da qualidade dos serviços.

¹ Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR.

Em contraposição a essa corrente, afirma-se que a noção histórica de serviço público – isto é, conforme foi pensado e desenhado o instituto pelos constituintes – pressupõe a exclusão da iniciativa privada desses campos, pois essa era a noção absolutamente dominante de serviço público à época. Com o debate posto e lançando-se mão dos métodos de interpretação das normas constitucionais, conclui-se que o modelo adequado de prestação de serviços públicos é aquele que melhor atender ao seu elemento teleológico – isto é, a concretização dos direitos fundamentais objeto daquela atividade econômica –, devendo-se abandonar soluções generalizantes (total exclusividade estatal ou total livre concorrência) diante das infundáveis diferenças existentes entre as diversas atividades que são abrangidas pelo Direito dos Serviços Públicos no Brasil contemporaneamente.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público; Elemento subjetivo; Exclusividade; Subsidiariedade; Concorrência.

Uma análise do programa RenovaBio com sede no Direito Administrativo

Felipe Eduardo de Oliveira Silva¹

Alexandre Borges Walmott²

O projeto de lei 9086/2017, institui o programa RenovaBio que busca integrar a Política Energética Nacional que está repousada no art. 1º da Lei n. 9.478/97, esse novo marco legal possui como objetivo geral atender as diretrizes signatárias pelo Brasil no Acordo Climático de Paris. A matriz do projeto de lei estabelece de forma apartada os objetivos da Política Nacional de Biocombustíveis, as definições textuais, as metas de redução de emissões na matriz de combustíveis, o monitoramento de biocombustíveis e combustíveis, o crédito de descarbonização, certificação de biocombustíveis, disposições gerais e justificativas que orientam o projeto de lei. Nesse contexto, infere-se a análise do emprego de um sistema regulatório no âmbito do programa RenovaBio na seara jurídica sobretudo do Direito Administrativo como aspecto matricial analítico da problemática versada no presente estudo como objetivo geral. Em sentido específico o estudo apresenta: (1) contextualizar o programa RenovaBio; (2) estabelecer um panorama sobre a influência do acordo climático de Paris no desenvolvimento do programa analisado em tela; (3) realizar uma digressão jurídica tendo como aspecto matricial o sistema regulatório consubstanciado pela Administração Pública a partir da aprovação do referido projeto de lei em instância legislativa. No escopo bibliográfico, a pesquisa é pautada pela análise de estudos já constituídos tendo como base principal artigos científicos e livros (Cf. Gil, 2008). Ademais, o presente estudo está centrado na forma qualitativa, propiciando um elo entre o direito material e sua aplicabilidade realística em uma política pública.

PALAVRAS-CHAVE: RenovaBio; Biocombustíveis; Regulatório; Direito Administrativo; Política Energética Nacional.

¹ Acadêmico de Direito na Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC/PPGD-UFU.

² Professor Associado da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Professor Visitante da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita – Unesp. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFSC.

Uma reflexão sobre o procedimento licitatório simplificado na Petrobras

Juliana Levandoski Richa¹

A pesquisa realizada teve por objetivo atingir uma análise reflexiva quanto ao procedimento licitatório simplificado garantido à Petrobras pela Lei n. 9.478 de 1997 e regulamentado pelo Decreto n. 2.745 de 1998. Logo, se indaga: qual a justificativa da utilização desse procedimento ao invés da Lei Geral das Licitações (Lei n. 8.666/93)? Foi utilizada, como estudo de caso, a sociedade de economia mista Petrobras, verificando sua conformação jurídica em vista às transformações históricas no monopólio de exploração do petróleo, iniciada pela Emenda Constitucional n. 9 de 1995. Utilizou-se, como metodologia, a pesquisa bibliográfica, por meio da utilização de literatura doutrinária, periódicos e artigos publicados sobre o tema, estabelecendo revisão teórica atualizada, bem como diagnóstico documental dos argumentos utilizados nas decisões do Tribunal de Contas da União e, em contraposição, os julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Outrossim, a presente pesquisa se justifica ao ver a atual situação política do Brasil. Descobrir como evitar as tão famosas “brechas” na legislação seria a maneira ideal de evitar o esvaecimento do dinheiro público brasileiro. Por tal razão, buscou-se analisar a eficiência frente a competitividade e a moralidade requerida de toda Administração Pública. Vale ressaltar que um certame que possibilite a escolha da empresa terceirizada com o melhor custo-benefício pela Administração Pública representa a melhor aplicação do erário, o que seria de interesse público. Ademais, a oportunidade de igual concorrência entre estas empresas significaria o fim das trocas de favores entre agentes públicos e particulares interessados em contratar com a Administração. Assim sendo, pode-se dizer que a otimização da Lei n. 13.303/2016 seria melhor solução. Como resultado, importa apreciar se a criação do referido procedimento licitatório simplificado espelhou uma afronta à Constituição Federal e, portanto, se essa sociedade de economia mista deveria ter se sujeitado à Lei n. 8.666 de 1993. Por fim, comparou-se a Lei n. 13.303 de 2016 com as necessidades diferenciadas das estatais, para então questionar se essa nova legislação espelharia de fato uma solução. Ao fim, a presente pesquisa chegou a um novo questionamento: por que se permitiu por tanto tempo que a Petrobras utilizasse o procedimento licitatório simplificado se a Lei n. 13.303/2016 sequer manteve sua alta flexibilidade? A resposta está justamente no momento político, tanto na situação atual, com a criação da Lei n. 13.303/2016, quanto na época da promulgação do Decreto n. 2.745/98. Como

¹ Acadêmica de Direito na Universidade Positivo.

aconteceu há 20 anos, novamente foi a pressão de fatores externos que fundou a criação da Lei n. 13.303/2016. O legislador infraconstitucional ignorou o profundo debate sobre o regime licitatório simplificado para sucumbir a uma população enfurecida pelos escândalos de corrupção que envolvem o país. Assim sendo, ofereceu ao particular a promessa de que este Estatuto se pautaria na moralidade. Assim, a conclusão consiste na influência de fatores externos na formação das leis brasileiras, sem a observância do processo histórico que as antecedeu.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de Economia Mista; Petrobras; Procedimento Licitatório Simplificado; Decreto n. 2.745/1998; Lei n. 13.303/2016.



**VIII CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO
DE DIREITO PÚBLICO DO MERCOSUL**

**VII CONGRESSO SULAMERICANO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO**

A Existência Digna e a Administração Pública do Século XXI
Homenagem à Professora Irmgard Elena Lepenies

1 A 3 DE MARÇO DE 2018 • FOZ DO IGUAÇU - PR

Este livro foi composto nas tipologias Swis721 Cn BT e Rockwell. Impresso em cartão 250g e papel Off set 75g certificados, provenientes de florestas que foram plantadas para este fim, e produzido com respeito às pessoas e ao meio ambiente

Publique seu livro. Viabilizamos seu projeto cultural!
Visite nossa home page:
www.ithala.com.br