



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

---

Seção: Anais e Relatórios de Eventos

## Anais do III Seminário de Pesquisa de Direito Administrativo da USP

### Annals of the Third Research Seminar USP Administrative Law

#### Coordenação Geral

Prof. Thiago Marrara

#### Comissão Organizadora

Prof. Thiago Marrara

Prof. Raul Miguel Freitas de Oliveira

Carolina Dalla Pacce

Gustavo Gil Gasiola

João Otávio Torelli Pinto

João Pedro Pena Barbosa

Natália de Aquino Cesário

Paulo Henrique Macera

**Resumo:** o presente documento traz ao leitor os resumos dos artigos apresentados no III Seminário de Pesquisa de Direito Administrativo da USP, realizado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP nos dias 09 e 10 de Agosto de 2013.

**Palavras-chave:** SPDA; pesquisa; direito administrativo.

**Abstract:** this document provides the reader with summaries of papers presented at the Third Research Seminar USP Administrative Law, held at the Law School of Ribeirão Preto - FDRP/USP on the 09<sup>th</sup> and 10<sup>th</sup> of August 2013.

**Keywords:** SPDA; research; administrative law

Disponível no URL: [www.direitorp.usp.br](http://www.direitorp.usp.br) (seção periódicos)

**Artigo submetido em:** setembro de 2013

**Aprovado em:** outubro de 2013

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como “Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo”. A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

## **ANAIS DO III SEMINÁRIO DE PESQUISA DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA USP**

Thiago MARRARA (organizador científico)\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 Gerencialismo e processo administrativo; 3 Elementos do Direito Administrativo Sancionador; 4 Procedimento, processo, processo administrativo e sua conexão com a participação administrativa; 5 A declaração Branca de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais administrativos; 6 Solução consensual de conflitos sanitários na esfera administrativa; 7 Recursos administrativos nas agências reguladoras; 8 Controle popular e direito à informação no poder legislativo municipal do Rio de Janeiro; 9 É possível falar em responsabilidade civil objetiva da Administração pública por omissão na proteção a direitos sociais?; 10 Responsabilidade civil do Estado pela edição de leis de efeitos concretos; 11 Omissão legislativa e responsabilidade do Estado; 12 Análise da formação da cultura jurídica administrativa brasileira no limiar da segunda metade do séc. XIX; 13 A pretensão à correção e a legalidade; 14 Direito administrativo inclusivo; 15 Políticas públicas de inclusão de pessoas com deficiência por meio de parcerias do Estado com o Terceiro Setor; 16 Aspectos federativos da política habitacional brasileira; 17 Autonomia dos entes federados e a regulação dos contratos pela administração pública no período republicano; 18 O direito ao patrimônio histórico no âmbito municipal; 19 Desnecessidade de lei para o uso da arbitragem pela Administração Pública nos contratos administrativos; 20 Regime jurídico dos portos no Brasil; 21 Operações urbanas consorciadas e concessões urbanísticas; 22 A discriminação na cobrança de tarifas de energia elétrica e telefonia como estratégia de administração pública inclusiva; 23 A concessão de efeito positivo ao silêncio administrativo do poder público no processo administrativo; 24 A improbidade do rito procedimental disciplinar administrativo; 25 O regime jurídico dos bens das empresas estatais; 26 As espécies de concessão no direito brasileiro e sua adequação para viabilizar projetos de infraestrutura; 27 Avaliação de impacto das normas referentes aos títulos jurídicos federais de concessão ao terceiro setor; 28 Contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública.*

---

\*Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Mestre e bacharel em direito pela USP (FDUSP). Pesquisador do Centro de Estudos em Direito e Desigualdades (CEDD). Organizador do Seminário de Pesquisa de Direito Administrativo (SPDA). Advogado-consultor.

## 1 Introdução

O III Seminário de Pesquisa de Direito Administrativo, evento científico, gratuito realizado na FDRP/USP nos dias 09 e 10 de agosto de 2013, abrangeu palestras e sessões de apresentação de trabalhos científicos, objetivando, de modo geral: 1) incentivar a pesquisa de direito administrativo no Brasil; 2) disseminar os resultados de pesquisas no setor; 3) estimular o engajamento do corpo discente da USP na produção de pesquisa em direito administrativo e 4) fomentar o diálogo entre pesquisadores de instituições de pesquisa brasileiras.

No primeiro dia do evento realizou-se, no período da manhã, palestra da Professora Irene Patrícia Nohara (mestrado, doutorado e livre-docente pela FDUSP) a respeito das transformações nos modelos de gestão pública; e da Professora Daniela Libório Di Sarno (PUC/SP) sobre o tema da pesquisa em direito urbanístico. No período da tarde, o Professor José Reinaldo de Lima Lopes (titular da FDUSP/FGV-SP) das implicações práticas e teóricas do conceito de direito; enquanto o Professor Sérgio Guerra (FVG-RJ) abordou o futuro da discricionariedade administrativa. Tais palestras apontaram rumos e tendências da pesquisa de direito administrativo e também do direito urbanístico no Brasil, dando sequência aos debates havidos nos dois anos anteriores.

No segundo dia, foram realizadas sessões de comunicação. Nelas foram apresentadas vinte e sete pesquisas desenvolvidas por alunos de graduação / iniciação científica (pela primeira vez no ciclo de Seminários), bem como por alunos de pós-graduação *stricto sensu* e docentes provenientes de seis universidades brasileiras, a saber: Universidade de São Paulo (USP); Universidade Estadual Paulista (UNESP); Universidade Federal do Paraná (UFPR); Universidade Federal Fluminense (UFF); Faculdades de Campinas (FACAMP); Universidade Federal de Alfenas (UNIFENAS).

A coordenação das sessões foi feita pelos Professores Thiago Marrara, Irene Patrícia Nohara e Thiago dos Santos Acca (FGV/SP). As pesquisas apresentadas trataram, em geral, de serviços públicos, processo administrativo e responsabilidade do Estado. Dentre tais temas, cumpre anotar a presença de vários trabalhos sobre Administração Inclusiva, revelando a crescente importância desse tema para os administrativistas. Esta publicação traz a público os resumos dos trabalhos apresentados, servindo para demonstrar a amplitude e o conteúdo do evento.

## **2 GERENCIALISMO E PROCESSO ADMINISTRATIVO: UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

*Jorge Antônio da Silva RESENDE JÚNIOR*

### **1 Introdução**

A administração pública vem sendo transformada. A vedação de práticas abusivas que beneficiam o próprio agente, a globalização, a crise econômica e fiscal impuseram um novo modelo de administração. Busca-se seguir a forma de administrativa da iniciativa privada, sobretudo a das grandes empresas. Hodiernamente, a administração pública, com fundamento constitucional, pauta-se pelo modelo gerencial. Todavia, insta frisar que não foi com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o país passou a adotar o modelo gerencial. Ao contrário, foi com a nova CRFB que o sistema burocrático ganhou força e sobrevida.

O processo administrativo no âmbito federal está regulado pela Lei 9.784/99 e assume fundamental importância no atual modelo de administração. A administração pública necessita de um processo legal, rápido e eficaz. Para alcançar este objetivo a burocracia precisa ser moderada, atendendo conjuntamente ao princípio da legalidade e da eficiência, a encontrar fundamento na Constituição.

### **2 Problema**

O processo é a forma pela qual o direito materialmente estabelecido e garantido é posto em prática. No âmbito federal, a Lei 9.784/99 regula o processo administrativo. Esta lei realmente adota o sistema gerencial face aos princípios desta nova forma de administrar e também face aos princípios constitucionais?

### **3 Motivo**

Para se atingir o modelo gerencial, parte-se da premissa de que as decisões precisam, além dos demais requisitos legais, de agilidade e segurança. Todavia, esta segurança não é a mesma que legitima o sistema burocrático.

A Lei 9.784/99 ao estabelecer normas básicas sobre o processo administrativo, parece ter dito menos do que pode-se interpretar. Inclusive, menos do que seria necessário. O modelo gerencial, por decorrência do princípio da legalidade, precisa de legislação para operar. Apenas normas básicas não parecem fundamentar tal modelo.

### **4 Metodologia**

O estudo proposto será na estrutura de artigo científico e irá basear-se numa abordagem qualitativa, através de pesquisa bibliográfica, teórica, com levantamento documental, a qual já iniciada, por intermédio de análise de doutrinas e jurisprudência. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, pois inicia-se pela percepção de uma lacuna no

ordenamento acerca da qual formula-se uma hipótese pela inferência de aplicações particulares de lei geral e o método de procedimento é o comparativo, porque evidencia semelhanças e oposições sobre o assunto.

## **5 Resultados obtidos**

### **5.1 Processo administrativo**

Processo administrativo é o meio através do qual a administração pública exerce suas atribuições. O vocábulo processo, etimologicamente, tem o sentido de marcha para frente, avanço, progresso, desenvolvimento.

Se a função é administrativa, a relação jurídica traduzirá processo administrativo, sendo, da mesma forma, inafastáveis as características do processo em geral.

Segundo o art. 2º da Lei 9.784/99, dentre as diversas normas e princípios aplicáveis, "a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". A finalidade da administração pública é sempre o interesse público. O resultando final do processo administrativo está ligado ao caso concreto. Desta forma, o processo busca a finalidade pública e também diversas finalidades, ligadas ao dia a dia do administrador público.

Diante do amplo sentido do termo processo administrativo, a Lei 9.784/99 disciplina e estabelece normas básicas, no âmbito federal, de todo processo administrativo, em seu sentido lato sensu. A instrumentalidade do processo faz com que além dos processos técnicos, os chamados 'de expediente' sejam considerados processos administrativos.

### **5.2 Administração pública gerencial**

Com a globalização, o novo dinamismo do mercado, e a crise fiscal do Estado, passou-se a considerar o modelo de administração pública gerencial. Este modelo é descentralizado, eficiente e ágil. Absorve pontos positivos do sistema burocrático, como a segurança e previsibilidade.

Nesse contexto, a administração pública gerencial, também conhecida como nova administração pública, emergiu como modelo ideal para o gerenciamento do Estado. Reformando sua adequação ao diagnóstico da crise e a aliança social-liberal e por seu alinhamento em relação às recomendações do Consenso de Washington para os países latino-americanos.

A crise do petróleo levou o mundo a uma crise econômica (1973 a 1979), seguida de recessão e uma crise fiscal. A dificuldade para resolver e/ou contornar os problemas mostraram que os Estados não estavam aptos a gerenciar crises. A chegada da globalização agravou este cenário.

Afetou as empresas e conseqüentemente o Estado, impondo a diminuição de custos e a busca da eficiência. As mudanças aliam a legalidade aos princípios da eficiência e eficácia.

O neoliberalismo, cujo objetivo não é o cidadão, mas a redução do Estado, foi usado como meio para alcançar a gerencialidade na medida que estimulava-se a privatização. Sua ascensão ocorreu nos anos 1970, quando a Inglaterra e os Estados Unidos iniciaram uma série de restrições no atendimento da população, limitando o welfarestate.

Tendo em vista as inadequações do modelo, a administração burocrática implantada a partir da década de 30 sofreu sucessivas tentativas de reforma. Não obstante, as experiências se caracterizaram, em alguns casos, pela ênfase na extinção e criação de órgãos, e, em outros, pela constituição de estruturas paralelas visando alterar a rigidez burocrática. Na própria área da reforma administrativa esta última prática foi adotada, por exemplo, no Governo JK, com a criação de comissões especiais, como a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos, objetivando a realização de estudos para simplificação dos processos administrativos e reformas ministeriais, e a Comissão de Simplificação Burocrática, que visava à elaboração de projetos direcionados para reformas globais e descentralização de serviços.

O modelo gerencial tem como premissa medir o desempenho através dos resultados, observando a legalidade. Chega-se a nomenclatura de cidadão-cliente, ou seja, adiciona-se mais um atributo ao conceito de cidadão. Os controles burocráticos não servem como empecilho no sistema gerencial. Há controle, mas como atividade meio e não é mais importante que a atividade fim.

A eficiência passa a ter a mesma valoração da legalidade. Assim, é importante criar mecanismos para o devido controle da administração pública. No Brasil, o Tribunal de Contas da União (TCU), exerce importante papel neste novo modelo de administração, conforme regra expressa no art. 70 da Constituição brasileira.

Entretanto, não basta somente adequar a legislação para que seja adotado o modelo gerencial. O correto treinamento dos servidores é indispensável. Estes precisam ter uma nova visão de seu papel.

### **5.3 Processo administrativo na administração pública gerencial**

Diversos institutos legais foram criados com a finalidade de adequar o processo administrativo ao modelo gerencial. Todavia, resta demonstrar a compatibilidade de tal sistema com a atual CRFB, pacificamente tida como burocrática.

### **5.4 A Constituição da República e o processo gerencial**

A crise burocrática agravou-se com a promulgação da CRFB. Tentou-se deixar as práticas patrimonialistas para trás e, como forma de impedi-las, criou-se o "engessamento" da administração. Tudo fundamentando-se no princípio da legalidade. O art. 5º, LV, da CRFB

estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

A CRFB (burocrática) regula o regime jurídico-administrativo. Este regime governa a atuação dos agentes. Já o processo administrativo, regido pela Lei n. 9.784/99, foi pensando sob a influência do modelo gerencial. Os direitos constitucionais ainda não regulados por leis seguem o modelo gerencial, mesmo em uma Constituição burocrática? A resposta é afirmativa.

O processo administrativo gerencial e a CRFB podem conviver de forma harmônica. Sendo, agora, a eficiência um princípio constitucional, é preciso realizar a ponderação na análise entre princípios e valores insertos no texto constitucional e que serão aplicados ao caso concreto.

O princípio da interpretação conforme a Constituição estipula que quando houver normas polissêmicas ou plurissignificativas, pondera-se e utiliza a interpretação que compatibilize com o conteúdo da Constituição.

O neoconstitucionalismo não admite a máxima *in claris cessat interpretatio*. A sociedade aberta de intérpretes impõe a interpretação da Constituição em todos os casos. Somente com a interpretação será possível resolver o problema no caso concreto.

Mesmo com a pluralidade de normas, o ordenamento jurídico em si é único. Assim, deve ser interpretado observando-se a hierarquia de normas. A CRFB deve ser vista como integradora da sociedade. Deve, ainda, ser vista como o meio que possibilitará a realização de seus anseios. Nesse sentido, o princípio da máxima efetividade dá às normas constitucionais o máximo valor que delas pode se extrair.

Ao problema em tela também aplica-se o princípio da concordância prática ou da harmonização. É imposto ao intérprete a coordenação, harmonização das normas constitucionais aparentemente em conflito. Tudo em decorrência do princípio da unidade da Constituição.

Assim, mesmo que aparentemente exista conflito entre a burocracia adotada pela CRFB e o modelo de administração pública gerencial implementado, estes não estão em rota de colisão. O modelo gerencial encontra amparo na própria CRFB. Cita-se, por exemplo, os princípios informadores da atividade pública, previstos no art. 37 da CRFB.

Isso porque, partindo do pressuposto de que a norma não se confunde com o texto normativo, o texto é apenas a ponta do iceberg, mas a norma não compreende apenas o texto, pois abrange também um "pedaço da realidade social", sendo esta talvez a parte mais significativa que o intérprete-aplicador deva levar com conta para realizar o direito.

Desta forma, conforme já demonstrado através dos princípios que orientam a interpretação, o gerencialismo encontra fundamento na própria CRFB, porque o ordenamento constitui uma unidade, quer porque suas normas nascem da mesma fonte, quer porque suas normas ainda que nascidas de fontes distintas, têm o mesmo fundamento de validade.

### 5.5 A Lei n. 9.784/99 e o gerencialismo

Conforme acima demonstrado a compatibilidade da administração pública gerencial, bem como do processo administrativo com a ordem constitucional vigente, insta estabelecer quais são os fundamentos desta compatibilidade.

De início, deve-se atentar para o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da CRFB. Isto impõe a presteza e o rendimento. Como não há hierarquia de princípios, a eficiência soma-se aos demais, inclusive a legalidade. Todavia, na administração gerencial, a legalidade não mais legitima a burocracia. Ao contrário, neste modelo, a legalidade funciona como caminho e limite para a busca da eficiência. O art. 2º, parágrafo único, inciso II, prevê a "objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades". Esta disposição vai ao encontro do modelo gerencial. O inciso VI, ao prevê que a "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público." Hodiernamente, a finalidade da administração pública também é a agilidade. Nesse sentido, com a ideia de reforma do Estado, acrescentou-se à CRFB o princípio da eficiência.

A oficialidade demonstra a preocupação com a gestão e estabelece que, de ofício, o órgão competente obterá dos documentos que estão em poder da própria administração pública, desde que declarados pelo interessado.

A limitação do número máximo de instâncias (três), tenta impedir o uso de recursos meramente protelatórios. O modelo gerencial ainda demonstra segurança jurídica e observância à Constituição quando a Lei 9.784/99, em seu art. 65, prevê que "os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada".

### FICHA CATALOGRÁFICA

RESENDE JÚNIOR, Jorge Antônio da Silva. Gerencialismo e processo administrativo: uma interpretação constitucional. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 147-151, 2014.

### **3 ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

*Fernando Moreno MACHADO*

Cuida-se de tema integrante da dissertação de mestrado ora em elaboração, cujo tema reside no estudo das sanções administrativas previstas da Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/1993) e a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, pela administração pública, de licitantes que tenham sido alvo das penas de suspensão temporária do direito de participar de licitação, impedimento para contratar com a administração pública ou declaração de idoneidade.

Para o evento, pretende-se discorrer a respeito dos elementos do Direito Administrativo Sancionador, que consiste na primeira parte da estrutura idealizada para a dissertação em desenvolvimento.

A temática terá como ponto de partida a exposição do conceito de sanção de acordo com doutrinadores clássicos da Teoria Geral do Direito, bem como o seu papel no que concerne à coercitividade da norma jurídica.

Em sequência, tratar-se-á da sanção administrativa e seus elementos, como consequência do exercício do poder sancionador por parte Estado, na condição de titular do *ius puniendi* (elemento subjetivo) e na tutela do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, ao interferir na esfera de direitos dos particulares (elemento objetivo), com vistas à manutenção da paz social (elemento teleológico).

Ultrapassado o exame da sanção, passar-se-á ao estudo da norma jurídica administrativa sancionatória, as características que deve apresentar em decorrência do princípio da legalidade (*lex previa, lex certa, lex stricta e lex scripta*), bem como a sua aplicação, com destaque à processualidade e estrita observância tanto dos princípios condutores da atuação administrativa (motivação, ampla defesa, contraditório), quanto dos ligados ao poder sancionador (presunção de inocência, individualização da pena, irretroatividade da norma mais gravosa, *non bis in idem*).

O tema do estudo traz consigo considerável relevo. Trata-se de tema que representa intervenção na esfera de direitos dos particulares, chegando, em alguns casos, a alcançar a supressão de parte deles. É matéria que demanda trato cuidadoso e constante, com o fim de se evitar, ao mesmo tempo, o cometimento de abusos por parte das autoridades e impunidade de eventuais infratores.

Além disso, sendo parte integrante de trabalho voltado às sanções em licitações, o tema ganha ainda mais importância. Em tempos como os atuais, em que escancarados e perseguidos desvios de recursos públicos, a ineficiência e a corrupção, a punição representa ferramenta essencial na defesa do patrimônio e interesses públicos, sendo imperiosa a sua aplicação precisa e legítima.

O trabalho se encontra em fase de redação, sem deixar de lado a pesquisa de novas fontes bibliográficas.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

MACHADO, Fernando Moreno. Elementos de direito administrativo sancionador. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 152-153, 2014.

#### **4 PROCEDIMENTO, PROCESSO, PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA CONEXÃO COM A PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA**

*Fábio Gomes dos SANTOS*

Introdução: A pesquisa investiga conexões entre institutos processuais e a participação administrativa, especialmente no âmbito administrativo. Dessa perspectiva, serão discutidas questões como as diferenças entre processo e procedimento; a aplicação de noções de teoria geral do processo à atuação administrativa processualizada e a relevância do processo na concretização da participação administrativa.

Indagação que orienta a pesquisa: a pesquisa busca explorar a necessária conexão entre processo administrativo e a participação dos cidadãos na atuação do Poder Público.

Motivo: desenvolvimento teórico dos temas mencionados.

Método: dedutivo, com amplo uso de doutrina nacional e estrangeira.

Resultados obtidos: foi possível, através da pesquisa, produzir arcabouço teórico relevante para o estudo da participação administrativa.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

SANTOS, Fábio Gomes dos. Procedimento, processo, processo administrativo e sua conexão com a participação administrativa. <i>Revista Digital de Direito Administrativo</i> , Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 154, 2014.
--

## 5 A DECLARAÇÃO BRANCA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

*Luciana Campanelli ROMEU*

### 1 Introdução e justificativa

Muito já se discutiu sobre a possibilidade ou não de órgãos administrativos de julgamento apreciarem questões constitucionais, e, notadamente, declararem a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo supostamente aplicável ao ato impugnado.

O posicionamento que a princípio prevalecia na doutrina e na jurisprudência era pela viabilidade da autoridade administrativa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sob o fundamento de que a aplicação da Constituição não pode ser preterida em função da aplicação de uma lei, e, se o julgador do órgão administrativo pode realizar o controle de legalidade dos atos administrativos ilegais, com maior razão deve realizar o controle de constitucionalidade dos atos administrativos inconstitucionais.

Ocorre que o entendimento majoritário atualmente é o de que os órgãos administrativos não são competentes para afastar a aplicação de lei regularmente emanada do Poder Legislativo que julgue inconstitucional, tendo em vista a cláusula pétrea da separação dos poderes.

Além de que, a realização do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo por órgãos administrativos de julgamento pode eventualmente gerar decisões divergentes daquelas emanados dos órgãos do Poder Judiciário, sem que haja possibilidade de uniformização. Assim, como afirma Machado (2002, p. 153-154), o posicionamento pela impossibilidade de efetuação do controle de constitucionalidade por órgãos administrativos de julgamento, “que aparentemente contraria o princípio da supremacia constitucional, na verdade o realiza melhor do que a solução oposta, na medida em que preserva a unidade do sistema jurídico, que é o objetivo maior daquele princípio”.

E ainda, impossibilidade de efetuação do controle de constitucionalidade por órgãos administrativos de julgamento tem em vista o próprio objetivo do processo administrativo, qual seja, instrumentalizar o exercício da autotutela.

Os órgãos administrativos de julgamento também entendem pela sua incompetência para efetuar o controle de constitucionalidade.<sup>1</sup> Dessa forma, o Conselho de Contribuintes do

---

<sup>1</sup> Não obstante alguns julgados em sentido contrário, como na seguinte decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda: “Normas Constitucionais - Competência para aplicá-las a casos concretos - Em face do art. 5.º, inc. LV, da Constituição Federal, os órgãos administrativos judicantes estão obrigados a aplicar, sempre, a Lei Maior em detrimento da norma que considerem inconstitucional. Impor limitação ao livre convencimento da autoridade julgadora, assim como não conhecer esta de matéria constitucional argüida pelo litigante em qualquer instância, implica cerceamento da plena defesa e violação da Lei Fundamental. Inconstitucionalidade - Alcance do Decreto n.º 73.529/74 - O Decreto n.º 73.529/74 não impede que as

Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), decidiu que “a apreciação da constitucionalidade ou não de lei regularmente emanada do Poder Legislativo é de competência exclusiva do Poder Judiciário, pelo princípio da independência dos Poderes da República, como preconizado na nossa Carta Magna”.<sup>2</sup>

Ocorre que, diante deste entendimento majoritário, os julgadores dos tribunais administrativos<sup>3</sup> têm deixado de aplicar lei ou ato normativo por motivos constitucionais, expressos ou não na decisão, sem declarar a sua inconstitucionalidade, como forma de escamotear a realização do controle de constitucionalidade. Eis a “declaração brancade inconstitucionalidade”<sup>4</sup> ou “declaração “escamoteada de inconstitucionalidade”<sup>5</sup>, assim chamada pelo Ministro Marco Aurélio, ou ainda, declaração informal, implícita, velada ou não declarada de inconstitucionalidade.

O Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda afastava a aplicação do disposto no artigo 3º,<sup>6</sup> da Lei n. 9.718/98, que considerava a receita bruta como base de cálculo da Cofins, por entendê-lo inconstitucional, sem declarar sua inconstitucionalidade, de modo a aplicar o faturamento como base de cálculo da Cofins, nos termos da Lei Complementar n. 70/91. Este foi o entendimento manifestado em um segundo momento pelo Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com esta questão constitucional.<sup>7</sup>

O Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda também se valeu da declaração branca de inconstitucionalidade diante a questão da decadência/prescrição das contribuições previdenciárias. Ao afastar a aplicação dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8.212/91, sem declará-los inconstitucional, aplicou o prazo quinquenal previsto no Código Tributário

---

autoridades administrativas federais reconhecem a inconstitucionalidade de atos normativos, mesmo havendo decisão judicial no mesmo sentido. Se impedisse, não teria sido recebido pela Constituição vigente.(...)” (Ac n.º 108-01.182, da 8.ª C do CC - mv - Rel. Manoel Antonio Gadelha Dias - DOU 1 de 5.5.97, p. 8883 - Revista Dialética de Direito Tributário n.º 22, p. 206).

<sup>2</sup> Ac n.º 105-13287, do 1º CC – mv – Rel. Rosa Maria de Jesus da Costa de Castro – recurso n.º 121.777 – processo administrativo n.º 13921.000224/99-01 - j. em 13.09.2000. In: [www.conselhos.fazenda.gov.br](http://www.conselhos.fazenda.gov.br).

<sup>3</sup> Ao mencionar “tribunais administrativos”, faço uso do sentido amplo dessa expressão, de modo a me referir aos órgãos administrativos de julgamento, detentores da função judicante, incluindo os conselhos administrativos, tais como Conselho Municipal de Tributos da Cidade de São Paulo (CMT-SP), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

<sup>4</sup> Expressão utilizada pelo Ministro Marco Aurélio durante o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade n. 16 (STF, ADC 16, Relator (a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 09/09/2011).

<sup>5</sup> Esse termo foi utilizado pelo Ministro Marco Aurélio durante o debate para a aprovação da súmula vinculante n. 10. (debates que integram a ata n. 16ª (décima sexta) sessão ordinária, do Plenário, realizada em 18 de junho de 2008, debates para a aprovação da súmula vinculante nº 10, STF, Plenário – DJ 12/09/2008, p 30).

<sup>6</sup> Lei n. 9.718/98, artigo 3º - “O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica”. O artigo 2º da mesma lei diz “As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei”.

<sup>7</sup> Nesse sentido: STF, RE 346084, Relator (a): Min. Ilmar Galvão, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01/09/2006; STF, RE 390840, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15/08/2006; STF, RE 358273, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15/08/2006; STF, RE 357950, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15/08/2006.

Nacional. Nessa situação, o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, ao enfrentar a constitucionalidade destas normas entendeu pela inconstitucionalidade delas (súmula vinculante n. 8)<sup>8</sup>.

Nota-se que no contencioso administrativo tributário a declaração branca de inconstitucionalidade pode ser mais preocupante, já que há entendimento no sentido de que a pessoa jurídica titular da cobrança do tributo está impedida de ingressar no Poder Judiciário para pleitear a anulação da decisão, o que impediria o enfrentamento da questão constitucional.

O não enfrentamento da questão da inconstitucionalidade ou não de uma norma gera a incerteza do direito e permite, eventualmente, a vigência de norma inconstitucional, que inclusive possa ferir direitos fundamentais, maculando a segurança jurídica e, com frequência, tumultuando os Tribunais com avalanches de processos em torno do mesmo tema, que muitas vezes, têm decisões divergentes nos vários Tribunais do país, onde transitam em julgado.

Sem a declaração de inconstitucionalidade expressa não há a aplicação da sanção ao o vício de inconstitucionalidade, o que é alarmante, pois a sanção constitui “a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional” (RAMOS, 1994, p. 63-64).

Pelo exposto, tendo em vista a cláusula pétrea da separação dos poderes, a supremacia da Constituição, a integridade do ordenamento jurídico e a segurança jurídica, resta-nos, pois, o estudo da declaração branca de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais administrativos, os artifícios utilizados pelos seus julgadores para justificarem o afastamento de norma sem declará-la inconstitucional, bem como as consequências desse tipo de declaração de inconstitucionalidade.

## 2 Método

O método de pesquisa adotado é o dedutivo. Este parte de situação geral para explicar situação particular e assim, chegar à conclusão da afirmativa pretendida.

Dessa forma, partir-se-á da análise da necessidade do controle de constitucionalidade, principal meio de defesa e de garantia da Constituição, que, ao consagrar a supremacia da Constituição, tem em vista a preservação da unidade da ordem jurídica nacional e da segurança jurídica. Abordar-se-á a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelos órgãos administrativos tendo em vista a função desempenhada por eles e a cláusula pétrea da separação dos poderes. Analisar-se-á a ocorrência de uma declaração de

---

<sup>8</sup> STF, súmula vinculante nº 8 – “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário” (Sessão Plenária de 12/06/2008 - DJe nº 112/2008, p. 1, em 20/6/2008 - DO de 20/6/2008, p. 1).

inconstitucionalidade velada no âmbito destes órgãos (estudo de casos) e suas consequências jurídicas.

Como amparo ao método escolhido, utiliza-se o estudo dogmático jurídico. Tal processo metodológico estuda a lei, a doutrina e a jurisprudência, interpretando as normas jurídicas e investigando a sua intertextualidade com outras afins, sempre na busca de uma aplicação equitativa, sistemática, descritiva, valorativa e prática das decisões administrativas proferidas no âmbito da função judicante.

### **3 Indicação do estágio de evolução da pesquisa**

A pesquisa encontra-se em um estado intermediário de evolução. Foi realizada coleta de dados e fichamentos; levantamento da legislação pertinente ao tema; coleta de julgados relevantes; organização das informações e sua análise. É necessária a realização do plano definitivo de trabalho e confecção de relatório provisório; coleta de obras e trabalhos específicos de lançamento recente; estudo de cada um dos tópicos elencados no plano de trabalho; bem como a revisão do trabalho.

### **4 Resumo dos assuntos tratados na pesquisa**

A pesquisa visa, pois demonstrar a ocorrência da declaração branca de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais administrativos, analisando suas causas e efeitos.

Para isso, abordará no primeiro capítulo, a supremacia constitucional, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, suas transformações e seus efeitos.

Estudará, no segundo capítulo, a ofensa reflexa à Constituição, no sentido de se possibilitar a verificação da existência de controle de legalidade ou de constitucionalidade. Verificará o conceito de ofensa reflexa à Constituição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre este assunto, bem como, a caracterização da interpretação conforme a Constituição e da nulidade sem redução de texto como mecanismos decisórios jurisdicional de controle de constitucionalidade ou técnica hermenêutica da interpretação.

Analizará, no terceiro capítulo, a declaração branca de inconstitucionalidade, seu conceito, sua classificação e a sua ocorrência nas decisões dos órgãos administrativos.

### **5 Resultados atingidos pela pesquisa**

Através da declaração branca de inconstitucionalidade, os tribunais administrativos vêm exorbitando da sua função constitucional de forma escamoteada, violando o sistema de controle de constitucionalidade e a cláusula pétrea da separação dos poderes, de forma a gerar insegurança jurídica.

A apreciação da matéria constitucional administrativa deve ser realizada pelos administrados na esfera judicial apenas, somente onde será realizado, nos termos da Constituição Federal, o controle de constitucionalidade.

## 6 Referências bibliográficas

MACHADO, Hugo de Brito. Algumas Questões do Processo Administrativo Tributário. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Processo Administrativo Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 153 e 154.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63-64.

### FICHA CATALOGRÁFICA

ROMEU, Luciana Campanelli. A declaração branca de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais administrativos. <i>Revista Digital de Direito Administrativo</i> , Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 155-159, 2014.
---

## **6 SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS SANITÁRIOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA**

*Natália Pasquini MORETTI*

### **Introdução**

A saúde é um bem jurídico indispensável para se viver com dignidade. Concebido como direito natural próprio de toda humanidade, no momento histórico presente, a saúde foi reconhecida na ordem jurídica brasileira como direito fundamental, de aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, parágrafo 1º).

A Constituição da República de 1988 é um marco relevante na área da saúde pública, visto que incorpora normas internacionais de proteção dos direitos humanos, consagra a fundamentalidade do direito à saúde e garante sua aplicabilidade imediata.

Portanto, não há mais espaço para o Estado brasileiro descumprir seu o dever jurídico de garantir a universalidade de acesso da população à assistência médica e hospitalar. Para o objetivo específico deste trabalho, importa refletir sobre o papel, os instrumentos e os limites de cada um dos Poderes- Executivo, Legislativo e Judiciário – voltados à concretização do direito à saúde e, mais especificamente, do Executivo, por intermédio da Administração Pública.

O artigo 198 da Constituição brasileira determinou a instituição de um sistema único (Sistema Único de Saúde-SUS) que integre as ações e serviços públicos de saúde numa rede regionalizada e hierarquizada, orientado mediante critérios e diretrizes contidos em seus incisos I, II e III. Reconhecida a relevância pública das ações e serviços de saúde, o Texto Constitucional prevê a edição de uma legislação que os regulamente, fiscalize e controle. Além disso, prevê que a assistência à saúde será executada diretamente pelo Estado e permite a participação da iniciativa privada (artigo 197).

Tendo em vista a regulamentação dos comandos constitucionais relativos à saúde, o Poder Legislativo editou as seguintes leis: a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990); a lei que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (Lei Federal nº 8.142/1990); a lei que regulamenta o setor de planos de saúde (Lei nº 9.656/98); a lei que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.961/2000); e a lei que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Lei nº 9.782/1999).

À luz dos comandos constitucionais e da legislação sanitária, cabe ao Poder Executivo elaborar e implementar políticas de ação continuada para a melhoria da saúde da população brasileira.

De um lado, o reconhecimento do direito fundamental à saúde exige a organização pelo Estado brasileiro de um sistema único voltado à promoção, à proteção e à recuperação da

saúde (direito social), de outro lado, permite que o cidadão exija a concretização de seu direito individual à saúde (direito individual) diante de qualquer lesão ou ameaça a esse direito (CF, art. 5º, inciso XXXV).

Assim, embora a saúde tenha sido consagrada na Constituição Federal como direito humano fundamental, gerando a legítima pretensão em face do Estado quanto à sua efetividade, o certo é que grande parte da população brasileira está alijada do exercício de tal direito.

Ante o descontentamento de inúmeras pessoas com as ações e programas do Sistema Único de Saúde, houve um expressivo crescimento das demandas judiciais voltadas a exigir dos Poderes Públicos o fornecimento de medicamentos, insumos, alimentos, a internação em Unidade de Tratamento Intensivo-UTI, a realização de tratamento ou cirurgia no Brasil e no exterior, prioridade na fila para transplante de órgãos, além de inúmeras outras prestações materiais na área da saúde.

A inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>9</sup> e existência de problemas graves relativos ao acesso e à gestão do Sistema Único de Saúde levaram ao expressivo crescimento do número de ações judiciais que envolvem prestações na área da saúde no Brasil<sup>10</sup>, conforme pesquisa do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde<sup>11</sup> do Conselho Nacional de Justiça.

Neste ponto, será objeto de análise o entendimento do Supremo Tribunal Federal e a sua repercussão na jurisprudência brasileira.

Não obstante a importância da revisão judicial, o núcleo deste estudo consiste na discussão sobre a possibilidade jurídica de a Administração instituir instrumentos voltados à consensualização na área da saúde, os aspectos positivos e negativos que se pode detectar/antever da utilização destes instrumentos.

Neste contexto, serão expostos alguns dos instrumentos administrativos criados como modelos alternativos à solução judicial dos conflitos sanitários, viabilizando, assim, a

---

<sup>9</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito; (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>10</sup> Há 240.980 (duzentos e quarenta mil novecentos e oitenta) processos sobre saúde na Justiça brasileira. Na maior parte das ações os pedidos consistem no fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), disponibilização de vagas em hospitais públicos, e realização de intervenções cirúrgicas ou procedimentos por usuários de seguros e planos privados. Apesar do estudo não ter sido concluído (ainda faltam informações dos tribunais de Justiça da Paraíba, Pernambuco e Amazonas), é possível verificar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concentra quase metade de todas as ações sobre saúde do país (113.953), o Tribunal de Justiça de São Paulo possui 44.690 ações e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro 25.234 ações. (<http://www.conjur.com.br/2011-abr-26/existem-240-mil-processos-saude-justica-brasileira>).

<sup>11</sup> Criado em 2010, o Fórum do Judiciário para a Saúde tem a proposta de avaliar e monitorar as demandas de saúde observadas nos tribunais, de forma a encontrar alternativas que levem à resolução destes conflitos e à agilidade de tais demandas judiciais. O Fórum está reunindo, neste encontro, representantes de todos os seus comitês gestores, juntamente com integrantes de secretarias estaduais e ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 18 de junho de 2011.

discussão acerca dos resultados obtidos, a saber: o S-CODES<sup>12</sup>, o SUS Mediado<sup>13</sup> (sucedeu o CIRADS<sup>14</sup>) e o CESOL.<sup>15</sup>

Os instrumentos administrativos para a solução de conflitos da saúde têm por finalidade evitar a judicialização das demandas de saúde e também minimizar os impactos decorrentes do cumprimento das decisões judiciais em matéria sanitária.

### **Indagações que orientam a pesquisa**

Diante da constatada ineficiência do sistema público de saúde e do crescimento exponencial das demandas judiciais em que o pedido consiste em alguma prestação material de saúde (fornecimento de medicamentos, tratamento médico, internação, transplante de órgãos ou cirurgia, dentre outros), cabe questionar quais mecanismos jurídicos a Administração Pública pode/deve empregar para melhorar a posição das pessoas quanto ao acesso às ações e aos serviços públicos de saúde?

Como a Administração Pública pode/deve criar instrumentos que absorvam as demandas individuais por prestações materiais de saúde e evitem a necessidade de judicialização de demandas por prestações materiais na área da saúde ou, ainda, que diminuam os impactos decorrentes do cumprimento das decisões judiciais?

Quais os mecanismos que podem viabilizar/aprimorar o acesso das pessoas às ações e aos serviços públicos de saúde fornecidos pelo Sistema Único de Saúde e o controle social sobre a Administração Pública?

### **Motivo**

O motivo desta pesquisa é a crise quanto à concretização dos deveres estatais na área da saúde, a necessidade de que sejam criados mecanismos administrativos permeáveis às demandas dos usuários do SUS e voltados à solução de conflitos sanitários, como alternativa à sua judicialização ou à minimização de seus efeitos.

### **Método**

---

<sup>12</sup> Sistema adotado desde 2010 pela Coordenação de Demandas Estratégicas do SUS (CODES) e utilizado Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

<sup>13</sup> Criado pela Defensoria Pública do Estado, a Procuradoria Geral do Estado e a Secretária de Saúde do Estado do Rio Grande do Norte e a Defensoria Pública da União pelo Termo de Cooperação Técnica nº 001/2012.

<sup>14</sup> O Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS) foi constituído por meio do Acordo de Cooperação Técnica celebrado em 22 de julho de 2009 entre a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte - PU/RN, a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte - DPU/RN, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte - PGE/RN, a Procuradoria Geral do Município do Natal - PGMN/RN, a Secretaria de Estado da Saúde Pública - SESAP/RN e a Secretaria Municipal de Saúde do Natal - SMS/Natal. Posteriormente, no dia 26 de julho de 2010, foi assinado o Primeiro Termo Aditivo ao referido Acordo de Cooperação Técnica, para incluir a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte no comitê.

<sup>15</sup> Criado pela Procuradoria Regional da União da 2ª Região para a celebração de acordos no âmbito do Juizado Especial Federal.

Pesquisa doutrinária, jurisprudencial e estudo de novos projetos voltados à consensualidade na área sanitária.

### **Resultados obtidos**

A judicialização de demandas na área da saúde pode indicar falhas do sistema público de saúde, como por exemplo quando são solicitados medicamentos incorporados ao Sistema Único de Saúde e que não estavam disponíveis nos postos de atendimento. A Todavia, pode constituir obstáculo para a dispensação racional de medicamentos, pode causar prejuízo às políticas públicas de saúde ante a alocação de recursos para o atendimento de ordens judiciais em vez de cumprir a previsão orçamentária, pode gerar violação ao princípio da isonomia e causar riscos aos Autores das ações judiciais (requisições de medicamentos sem registro na ANIVSA).

Há instrumentos administrativos que permitem avanços significativos na concretização do direito à saúde tanto em relação aos casos individuais, como para a tutela de interesses coletivos na área sanitária.

O atendimento do cidadão na esfera administrativa, orientado por advogado/defensor público, bem como por técnicos da área da saúde permite o esclarecimento sobre tratamentos/medicamentos fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde diante da enfermidade apresentada e pode resultar no atendimento pretendido ou no recebimento da medicação almejada de forma célere, evitando que o cidadão provoque o Judiciário para receber tal prestação material de saúde.

No concernente às demandas individuais, o atendimento em âmbito administrativo poderia evitar a judicialização dos seguintes casos: 1. Quando o medicamento/tratamento de saúde está incorporado no Sistema Único de Saúde e o indivíduo se insere nos critérios de elegibilidade, mas não houve atendimento: 1.1. Porque o indivíduo não procurou o sistema público de saúde (SVR); 1.2. Porque o indivíduo não se inscreveu no referido programa (diabetes e câncer); 1.3. Porque o tratamento/medicamento não estava disponível por ineficiência na gestão da política pública de saúde; 2. Quando há alternativa terapêutica ao medicamento/tratamento inicialmente prescrito pelo médico e o indivíduo não apresenta refratariedade.

A par das demandas individuais, dos estudos clínicos, revisões sistemáticas de literatura médica, pareceres dos órgãos técnicos e da CONITEC, a Administração pode aprimorar as políticas públicas sanitárias e, por intermédio da respectiva Procuradoria, pode ajuizar ações para o aprimoramento do funcionamento do Sistema Único de Saúde que favoreçam interesses transindividuais.

O recebimento de pedido administrativo de prestação relativa aos cuidados com a saúde permite ao Executivo conhecer as demandas dos usuários do SUS, aperfeiçoar o sistema com

a correção de falhas verificadas, organizar as ações e serviços conforme as necessidades locais e a distribuir medicamentos e insumos de acordo com a demanda.

Para tanto, é fundamental que existam mecanismos de acesso à informação concernente às ações e serviços de saúde prestados no âmbito do Sistema Único de Saúde e que os atos praticados pelos Poderes Públicos observem os princípios constitucionais explícitos e implícitos que regem a Administração Pública (legalidade, moralidade, publicidade, eficiência, impessoalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, transparência, dentre outros).

Os instrumentos administrativos de solução de demandas na área da saúde foram criados com base na possibilidade de criação de mecanismos extrajudiciais de atendimento desburocratizado, célere e eficiente, voltados à concretização do direito fundamental à saúde, preconizado nos artigos 6º e 196, ambos da Constituição Federal, na importância do apoio operacional técnico para fins de aplicação regular das políticas públicas de saúde (interdisciplinariedade), bem como para facilitar o fluxo de atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde. Tais instrumentos administrativos podem propor e implementar medidas que fortaleçam e aperfeiçoem o funcionamento do SUS.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

MORETTI, Natália Pasquini. Solução consensual de conflitos sanitários na esfera administrativa. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 160-164, 2014.

## **7 RECURSOS ADMINISTRATIVOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

*Carolina Dalla PACCE*

### **1 Introdução**

A Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9.784/99) apresenta os princípios e normas reguladores dos atos e procedimentos relativos aos processos administrativos federais, incluindo-se os recursos administrativos.

Os recursos administrativos podem ser considerados como um dos meios de exercício de relevantes princípios constitucionais, i.e. princípio do devido processo legal e princípio da ampla defesa e do contraditório, assim como podem ser compreendidos, num sentido mais amplo, como instrumento de controle popular dos atos administrativos dos entes públicos.

Entretanto, a ausência de uma uniformização em matéria recursal nas leis instituidoras das agências reguladoras pode ser compreendida como uma deficiência normativa suficiente para ensejar diversos problemas aos cidadãos, como, por exemplo, uma significativa diminuição na segurança jurídica e na confiabilidade do procedimento.

Não obstante esse complexo cenário jurídico, o tema dos recursos administrativos nas agências reguladoras é pouco explorado pela doutrina administrativista, razão pela qual uma pesquisa que se proponha a estudar esse assunto tem a possibilidade de promover grandes contribuições à matéria. Por este motivo, e tantos outros que se apresentam no curso da pesquisa, o exame dos recursos administrativos sob a óptica das agências reguladoras é um tema bastante interessante e desafiador.

Dessa forma, demonstrou-se essencial a elaboração de uma teoria geral que possa tratar dos recursos administrativos no âmbito das agências reguladoras federais, buscando exatamente uma maior previsibilidade nas relações entre os cidadãos e esses entes públicos, de forma a aumentar o grau de concreção de princípios constitucionais fundamentais ao desempenho regular da Administração Pública, como o caso do devido processo legal e da segurança jurídica.

A presente pesquisa acadêmica se propõe justamente à análise dos institutos processuais administrativos relativos às questões recursais, tentando delimitar o escopo de atuação uniformizadora da Lei de Processo Administrativo em face das leis instituidoras das agências reguladoras federais.

### **2 Método**

O tema dos recursos administrativos nas agências reguladoras será analisado por meio do exame das leis instituidoras das agências reguladoras federais, comparando-as as normas constantes da Lei de Processo Administrativo.

O estudo interdisciplinar de processo civil e direito administrativo auxiliará na construção de um núcleo comum de processualidade em sede recursal, além de embasar a crítica que se moverá quanto ao tratamento dispensado pela legislação em relação à temática abordada.

### 3 Resultados

No estágio atual da pesquisa, foram elaboradas as bases doutrinárias processualísticas e administrativistas que fundamentam a linha de pesquisa adotada, bem como foi elaborado um quadro comparativo entre as diversas agências com o objetivo de se traçar as divergências existentes entre as leis instituidoras quanto aos recursos administrativos.

Um texto base foi desenvolvido e será apresentado para a qualificação como parte obrigatória do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

PACCE, Carolina Dalla. Recursos administrativos nas agências reguladoras. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 165-166, 2014.

## 8 CONTROLE POPULAR E DIREITO À INFORMAÇÃO NO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Alessandra de Almeida BRAGA e Daniela Juliano SILVA

### Introdução

A Carta Magna de 1988 simboliza uma ruptura com o paradigma autoritário do período relacionado à ditadura militar no Brasil, e com relação ao tema da organização política, confere autonomia administrativa e legislativa aos municípios, englobando uma miríade de temas como o meio ambiente, educação, saúde, ordenação urbana, políticas habitacionais, de trânsito, dentre outros. O poder local se fortalece e em tese se orienta em consonância com os princípios e valores constitucionalmente salvaguardados.

Um deles, o princípio da publicidade, vem compor um quadro de ações e instrumentalizações para o exercício da cidadania na denominada *sociedade informacional* (CASTELLS, 1999, p. 617). Não se pode falar, no contexto atual, em transparência das informações públicas sem levar em consideração os instrumentos capazes de colocar à disposição do maior número de cidadãos, as informações de seu interesse. Nesse quadro, entram em cena as Novas Tecnologias em Informação e Comunicação – *NTIC's*, no que se destaca a rede mundial de computadores (internet) e tudo o que a mesma representa em termos de projeção de conhecimento e informação. Conforme destaca o movimento de defesa do conhecimento em domínio público – *Public. Resource. Org* - “A internet é o espaço público do mundo moderno, e com ela os governos agora têm a oportunidade de entender melhor as necessidades dos seus cidadãos, e os cidadãos podem participar mais completamente do seu governo. A informação se torna mais valiosa quando é compartilhada”.

Nesta linha, percebe-se a construção de novas fronteiras para a informação, onde a “possibilidade de se internacionalizar a informação e discuti-la, democraticamente, talvez seja a grande novidade trazida pelas novas tecnologias da informação e comunicação. Tal novidade reside na possibilidade de se reunirem e se organizarem, em escala planetária e tempo real, os movimentos de oposição e organizações ativistas, o que geraria uma ‘Cidadania Democrática Mundial’” (LOPES, 2013).

A todo este processo, Levy (2003, p. 123-124) denomina de *Ciberdemocracia*, delimitando que “(...) esta espantosa disponibilidade das informações, de toda a espécie, respeitantes à vida política, assim como o frequentar de fóruns de discussão civilizados e bem organizados tornam o debate político cada vez mais ‘transparente’ e preparam uma nova era do diálogo político que conduz a democracia a um estágio superior: a ciberdemocracia”.

É fato que não há como permanecer indiferente a toda atração e as intermináveis possibilidades das novas tecnologias postas à disposição da população (e da cidadania), mas é preciso ir além. É preciso lançar um olhar sobre os riscos e nuances no uso destas

tecnologias como forma de controle e poder. Silveira (2013) nos chama a fazer esta reflexão, ao afirmar que: “pensar a sociedade informacional como uma sociedade de controle permite observar e descortinar as aparentes contradições entre liberdade e controle, entre gerenciamento técnico e gestão política, entre universalidade e diversidade no plano das culturas, entre autonomia e heteronomia. As redes tecnológicas digitais podem ser investigadas do ponto de vista de sua natureza cibernética e daquilo que representam para as liberdades e direitos civis criados nas democracias liberais. O controle cresce e se agiganta nas sociedades informacionais a despeito dos discursos sobre a liberalidade extrema dos cidadãos conectados”.

O presente trabalho objetiva um olhar crítico sobre o direito à informação e o controle popular, perpetuados nos artigos 5º, XXXIII, 37, II, § 3º e 216 da Constituição da República e regulamentados pela atual *Lei de acesso à Informação* (Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011), tendo por referência a realidade do Legislativo Municipal do Estado do Rio de Janeiro que tem o condão de legislar sobre interesse local e fiscalizar os atos administrativos e o orçamento público do chefe do executivo municipal.

Pretende-se verificar, desde logo, o grau de efetividade da referida lei que é verdadeiro marco regulatório no Brasil, em sua trajetória rumo à transparência pública e contra a “cultura do sigilo”. Nesta ordem, optou-se pelo enfoque no âmbito do Poder Legislativo, tradicionalmente alimentado pela legitimação ao patrimonialismo e historicamente movido pela troca de favores e influências, e nesse sentido a reflexão de Victor Nunes Leal e Sérgio Buarque de Holanda se fazem presentes.

Por certo, não basta a “existência”, é preciso a “eficiência” do direito ao acesso à informação e é exatamente neste ponto que o trabalho em foco encontra sua pedra de toque. A constituição do direito à informação e o comprometimento de um povo com a realidade que o cerca não pode existir com base em pseudos mecanismos de acesso à informação.

A Lei de Acesso introduz a obrigatoriedade de publicação dos atos públicos independentes de solicitação, utilizando-se dos recursos tecnológicos disponíveis. E excepciona a citada regra (artigo 8º, § 4º), ficando dispensados da obrigatoriedade de divulgação na *internet*, os municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes. Dos 07 (Sete) municípios do Estado do Rio de Janeiro que estariam nesta condição e, portanto, isentos da obrigação de divulgação de suas informações em sítios oficiais, três não desenvolveram um site próprio. Frise-se que apenas 47 (quarenta e sete) municípios possuem sítio oficial, ou seja, um pouco mais da metade dos municípios do Estado do Rio de Janeiro possui uma forma oficial de contato com os cidadãos.

Canclini (2005) em análise sobre o estudo “A igualdade dos modernos” realizado pela Cepal e o Instituto Americano de Direitos Humanos observa que “(...) a imbricação dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja sua realização complementar, englobada sob noção ampliada de cidadania, coloca no Estado a responsabilidade principal pela sua realização”. A

atuação estatal no sentido de promoção da cidadania, perpassa a dimensão da publicidade de seus atos, bem como de um conjunto de informações relevantes, através do uso de recursos tecnológicos disponíveis.

Binenbojm (2008, p. 77) discorre sobre o problema da legitimidade da Administração Pública e aponta para uma série de elementos que se inserem na presente discussão como elementos integrantes do processo de democratização das ações administrativas, a saber:

“(i) respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e à ampla defesa; (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos administrados, antes da sua implementação; (iii) alcançar um grau mais elevado de consensualidade e legitimação das decisões da Administração Pública”.

Por sua vez, os autores José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Silvia Zanella Di Pietro são os referenciais teóricos que discutem e abordam o princípio da publicidade no direito administrativo, relacionando-o ao aspecto de consolidação do exercício democrático. Carvalho Filho (2011, p. 14) atesta que o referido princípio tem o condão de garantir a legitimidade das condutas dos agentes administrativos, pois somente “com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem”. Interessante destacar que a lei 12.527 de 2011 dispõe, no seu art. 3º, que “(o)s procedimentos previstos (...) destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes”. As diretrizes são pautadas em cinco aspectos: *o primeiro trata a publicidade como regra e o sigilo como exceção*; o segundo aponta para o fato de *a divulgação de informações de interesse público não ser medida a aguardar solicitação*, pelo contrário, deve ser atendido independentemente da mesma; o terceiro estabelece como *obrigação legal a “utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação”*, no caso, a construção de um site oficial pela Câmara Municipal se inseriria no mesmo; o quarto trata do estímulo às *práticas de transparência*; e, por fim, o quinto aspecto aponta que esse mecanismo de acesso à informação objetiva o “desenvolvimento do *controle social* da administração pública”.

Neste sentido, o presente estudo volvido para os aspectos práticos da existência de formas de publicidade de atos do legislativo municipal revela que a omissão estatal possui formas: ausência de página virtual oficial; instabilidade de disponibilização do sítio virtual; e pseudoprestação da informação; as quais podem representar um aspecto a ser sopesado na reflexão sobre a (in)eficiência da participação popular em audiências públicas e da ausência do reconhecimento popular sobre as leis produzidas, o orçamento e a prestação de contas, bem como sobre a condução da fiscalização dos atos do Poder Executivo.

O controle popular encontra verdadeiros óbices à sua efetivação diante do controle da informação exercido pelo legislativo municipal, que se mantém em parte jungido às antigas formas de publicidade (informações colhidas diretamente na Câmara dos Vereadores ou publicizadas através de outdoor). Estas antigas e as novas formas de publicidade dos atos públicos nas sociedades pós-modernas não se excluem, complementam-se.

### **Indagação, objetivo e objetivos**

Tendo como marco legal a *Lei de Acesso à Informação*, o presente trabalho objetiva verificar a adoção dos recursos virtuais (sítios on-line) pelas câmaras municipais no estado do Rio de Janeiro e a sua relação ao exercício da cidadania.

O objetivo específico é verificar ínsito no quantitativo de sites oficiais à disposição da população se há canais de acesso para o exercício da cidadania; se as sessões são transmitidas on-line e posteriormente disponibilizadas; se as datas das audiências públicas são previamente informadas; se as atas, pautas e legislações são acessíveis; e se há contínua prestação de contas.

### **Método**

A presente pesquisa é composta pelo levantamento dos principais referenciais teóricos do campo, com a análise da bibliografia pertinente, através de fontes primárias e secundárias de pesquisa. Por sua vez, o trabalho de campo resulta da aplicação de formulários nos meses de junho de 2012 e março de 2013 relativos aos 92 municípios que compõem o estado do Rio de Janeiro.

Em junho de 2012, foi realizado um levantamento exploratório, verificando a existência de sítios oficiais, bem como averiguando quais seriam os indicadores relevantes para a pesquisa. Pode-se fazer um paralelo com a produção de um questionário neste ponto, por também tratar-se de “um processo longo e complexo que exige esforço cuidadoso e paciente, já que a exclusão de questões cruciais neste estágio pode viciar toda pesquisa” (GOODE; HATT, 1977).

Os itens selecionados foram:

1. Ouvidoria – Fale com a Câmara dos Vereadores – Fale Conosco: sim/não
2. Acesso à Lei Orgânica Municipal: sim/não
3. Informações relativas ao orçamento público/prestação de contas: sim/não
4. Atas das Sessões: sim/não
5. Pautas das Sessões: sim/ não
6. Sessão ao vivo: sim/ não

7. Sessão disponibilizada através de recurso de áudio e vídeo: sim/ não.
8. Menção à lei de Acesso/ Portal da Transparência: sim/não

A pesquisa exploratória foi realizada no mês de junho de 2012, ano de eleição na esfera municipal e a aplicação do questionário ocorreu no mês de abril de 2013.

### **Resultado e conclusões**

Com base na análise dos questionários aplicados nos 92 (noventa e dois) municípios do estado do Rio de Janeiro, podemos atestar que 47 (quarenta e sete) municípios apresentam sítios oficiais (não consideramos facebook, twitter, blog). Deste quantitativo, 36 (trinta e seis) sítios disponibilizaram efetivamente formas de contato com a Câmara (Fale Conosco/ Ouvidoria/ Fale com a Câmara); 45 (quarenta e cinco) sítios disponibilizaram a sua lei orgânica; 15 (quinze) sítios disponibilizaram atas das Sessões da Câmara; 12 (doze) sítios apresentaram as pautas das sessões; 06 (seis) sítios apresentaram sessão da Câmara ao vivo; 04 (quatro) sítios disponibilizaram as sessões por áudio e/ou vídeo; 20 (vinte) sítios fizeram menção à Lei de Acesso/Transparência.

Interessante frisar que do levantamento inicial ocorrido em junho de 2012, para o ano corrente, 12 (doze) sítios deixaram de estar disponíveis. Por outro lado, 7 (sete) sítios que não estavam disponíveis no ano de 2012, já se encontram desenvolvidos em 2013. Nesse sentido, podemos inferir a variação existente nos usos deste recurso virtual pelos municípios.

Apesar da majorada autonomia municipal conferida pela Constituição de 1988, percebemos uma parcimoniosa atuação dos municípios no sentido de publicizar com eficiência informações de relevo para o exercício da cidadania, frise-se a inexpressiva utilização deste recurso para a comunicação de audiências públicas bem como para a consulta popular sobre determinado tema de relevância. As novas formas de exercício da cidadania entabuladas por gerações criativas e articuladoras de movimentos virtuais estão em consonância com a *mens lege* da Lei de Acesso, mas encontram obstáculos relacionados à ausência de compromisso com a publicidade por considerável contingente do legislativo municipal do Rio de Janeiro.

### **Referências**

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 77.
- CANCLINI, Nestor Garcia. *Diferentes, Desiguais e Desconectados*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede - A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 617.

GOODE, William; HATT, Paul. *Métodos em Pesquisa Social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

LEVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 123-124.

LOPES, Francisco Cristiano; FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. *Ciberdemocracia: os novos rumos de uma democracia planetária*. Disponível em [http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/ciberdemocraciaosnovosrumos.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/ciberdemocraciaosnovosrumos.pdf), Acesso em 23/04/2013.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Ferramentas conceituais para a análise política nas sociedades informacionais e de controle*. Disponível em [http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=839&Itemid=353](http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=839&Itemid=353), Acesso em 24/04/2013.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

BRAGA, Alessandra de Almeida; SILVA, Daniela Juliano. Controle popular e direito à informação no poder legislativo municipal do Rio de Janeiro. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 167-172, 2014.

## 9 É POSSÍVEL FALAR EM RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR OMISSÃO NA PROTEÇÃO A DIREITOS SOCIAIS? UM ESTUDO A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO DEVER CONSTITUCIONAL A PRESTAÇÕES POSITIVAS

Josué MASTRODI NETO e Gustavo Escher Dias CANAVEZZI

### Introdução

O tema da responsabilidade civil do Estado está muito bem desenvolvido pela doutrina e quase que totalmente pacificado pela jurisprudência dos tribunais superiores. Atualmente, o entendimento acadêmico é franco no sentido de se considerar a responsabilidade civil da Administração Pública *objetiva*, segundo a teoria do risco administrativo, por todas as ações que promover, conforme disposto no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República; e *subjetiva*, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil e da teoria da culpa administrativa, a responsabilidade por omissões (por *faute du service*).

Toda a teoria da responsabilidade civil do Estado, contudo, está estruturada numa formulação pré-constitucionalista. Em que pese a definição constitucional de que os poderes políticos são harmônicos e independentes entre si, essa tripartição de poderes *formalista* organiza as funções do Estado a partir das leis positivadas pelo Poder Legislativo e executadas de ofício pelo Executivo, como se os três poderes (aqui incluído o Judiciário) não deveriam garantir os direitos fundamentais previstos no mesmo nível hierárquico dessa tripartição, como se o funcionamento do Estado para promover essa garantia não fosse mais importante que a manutenção da estrutura (ou a razão de ser dessa estrutura).

A partir do momento em que a Constituição é compreendida e aplicada menos como uma estrutura de distribuição de competências e mais como uma norma que impõe ao Estado a proteção dos direitos dos cidadãos, inverte-se o sentido da separação dos poderes. Antes, servia para a administração do Estado; agora, *serve para que o Estado sirva à cidadania*, inclusive por força do disposto no artigo 3º da Constituição da República, que *impõe ao Estado a realização de prestações positivas visando à consecução de seus objetivos fundamentais*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não é por outro motivo que autores atuais têm desenvolvido trabalhos de alto valor teórico, na seara do Direito Administrativo, sobre princípios implícitos constitucionais, como o da

boa administração. E, no âmbito do Direito Constitucional, sobre a teoria dos direitos fundamentais. A atividade de todos os agentes públicos, de qualquer dos poderes políticos, fica subordinada à prevalência e à concretização desses direitos, tão fundamentais que sequer podem ser subjugados pelas normas do regime jurídico administrativo. Nem mesmo por meio de lei há possibilidade jurídica de o Estado interferir no núcleo desses direitos.

O direito constitucional sofreu profunda modificação ao longo das últimas décadas, em especial por decorrência da compreensão de que a Constituição serve mais à promoção e à tutela dos direitos fundamentais que à organização do Estado. Melhor dizendo: compreende-se, hoje, que a organização do Estado deve ocorrer visando a promoção dos direitos fundamentais. Por outro lado, o Direito Administrativo praticamente não sofreu mudança alguma desde a reforma constitucional de 1967, havida em plena ditadura militar.

Há um descompasso muito grande entre as estruturas democráticas e protetivas de direitos fundamentais, previstas na atual Constituição, e as possibilidades jurídicas, segundo o princípio da estrita legalidade, conferidas à Administração Pública para realização efetiva desse desiderato constitucional. A Constituição manda que direitos sejam protegidos, implementados, concretizados. A Administração, porém, não obedece, pois somente pode atuar após expressa autorização legislativa. Ou, ainda que haja lei, o agente político pode entender conveniente agir em outra oportunidade, deixando para depois a concretização ou proteção de um direito fundamental.

Todavia, se a boa administração a ser realizada pela Administração Pública é direito fundamental do cidadão, se a Administração tem o dever de promover o planejamento<sup>6</sup> de suas atividades visando, entre outros objetivos –mas principalmente– aos objetivos fundamentais do Estado (CRFB, art. 3º), parece não haver motivos razoáveis para deixar a promoção de direitos sociais para outra oportunidade.

### **Indagação que orienta a pesquisa**

Em havendo, como há (nos termos de nossa Constituição), pelo Estado, o dever de prestação de serviço visando a proteger ou promover um direito fundamental, quais são as consequências em caso de omissão no exercício desse dever constitucional?

Pela complexidade do tema, entendemos por bem, de início, reduzir a amplitude da discussão para que a pesquisa possa ser desenvolvida a contento (nada impedindo, porém, que ampliações ocorram posteriormente). Esta pesquisa versa sobre as consequências *jurídicas* de omissões *constitucionais* da *Administração Pública*. Não trataremos de consequências econômicas ou sociais, nem de omissões que não se refiram a direitos fundamentais, e somente em relação à Administração: a responsabilidade dos outros poderes políticos e de outros órgãos independentes (Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, Defensoria Pública) não é objeto desta investigação.

A pesquisa será ainda mais restrita. Pretendemos tratar das consequências jurídicas por omissões da Administração na prestação de serviços necessários à concretização de direitos fundamentais sociais. Ao se tratar de omissões na promoção de direitos individuais, estas são em geral entendidas como descumprimento do poder vinculado, já que os direitos individuais possuem, todos eles, expressa previsão legal e se constituem, segundo a teoria geral do direito, direitos subjetivos oponíveis imediatamente em face do Estado. Já os direitos sociais, estes em regra não possuem previsão em leis, da forma vinculada, sobre como sua efetividade deve ser realizada pela Administração Pública.

Nesse sentido, apresenta-se a formulação final da indagação que orienta esta pesquisa: investigamos a *responsabilidade civil da Administração Pública por omissões discricionárias na promoção de direitos sociais constitucionalmente assegurados*. Várias são as questões que devem ser respondidas ao longo desta pesquisa. Dentre elas, apresentamos as seguintes:

- Se não houver lei ou política pública prevendo a forma de promoção de um direito social constitucional, a Administração pode ser entendida como omissa simplesmente por aguardar as ordens do legislador?
- Se a Constituição é lei das leis, a exigência de promoção dos objetivos fundamentais da República, nos termos do artigo 3º da Constituição de 1988, não seria suficiente para impor ao Administrador que apresente propostas orçamentárias para criar políticas públicas promotoras desses objetivos (redução das desigualdades, erradicação da pobreza, universalização de direitos etc.)? A não-apresentação se configura omissiva?
- Se um direito social impescinde de imediata ação da Administração para ser protegido ou concretizado, a falta de ação imediata pode ser entendida como omissão ilícita, tanto no plano constitucional quanto legal?
- Quando direitos fundamentais estão em jogo, há que se falar em discricionariedade? Em outras palavras, direitos sociais fundamentais podem ser considerados direitos subjetivos, que impõem ao Estado ações vinculadas para sua proteção?
- Em sendo alguma dessas omissões caracterizada como ilícita (e não discricionária), a responsabilidade civil da Administração Pública pela reparação dos danos causados deve ser compreendida em qual modalidade, culpa administrativa ou objetiva?

### **Motivo**

As razões que nos levam a direcionar a pesquisa nesse sentido não se encontram no âmbito na responsabilidade civil do Estado, mas da compreensão dos deveres do Estado na

promoção de direitos fundamentais sociais, necessários ao cumprimento dos objetivos da República. Se de fato há deveres constitucionais nesse sentido, *deve haver consequências pelo seu descumprimento*. Mesmo no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, não há consenso sobre considerar direitos sociais como verdadeiros direitos subjetivos, a exemplo do que já ocorre, há décadas, com os direitos individuais. Não obstante, na hipótese de direitos sociais serem passíveis de identificação com direitos subjetivos, a responsabilidade do Estado na *não-promoção* desses direitos acaba por se tornar evidente. Sem dúvida, numa situação em que se considere a Administração civil e objetivamente responsável por danos decorrentes de omissão na promoção de direitos sociais, há inúmeras e terríveis consequências tanto de ordem econômica quanto orçamentária. No entanto, se o Estado servir para promover justamente esses direitos e não o fizer, nada mais justo –ou jurídico– que suportar essas consequências.

### **Método**

Espera-se desenvolver a pesquisa a partir do estudo e revisão bibliográfica de textos clássicos sobre responsabilidade civil do Estado e teoria dos direitos fundamentais, bem como de artigos atuais publicados em periódicos, preferencialmente bem qualificados pela Capes, e de julgados dos tribunais superiores sobre o tema, visando a confirmar ou rejeitar a hipótese desta pesquisa, que é utilizada para dar o título (provisório) deste projeto de pesquisa: se é possível falar em responsabilidade civil objetiva da Administração Pública por omissão na proteção a direitos sociais.

### **Resultados obtidos**

Esta pesquisa foi iniciada na última quinzena de março de 2013 e se encontra em estágio de pesquisa de material bibliográfico, portanto não tendo chegado, ainda, a qualquer resultado de confirmação ou rejeição da hipótese apresentada.

### FICHA CATALOGRÁFICA

MASTRODI NETO, Josué; CANAVEZZI, Gustavo Escher Dias. É possível falar em responsabilidade civil objetiva da administração pública por omissão na proteção a direitos sociais? Um estudo a partir da teoria dos direitos fundamentais e do dever constitucional a prestações positivas. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 173-176, 2014.

## 10 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA EDIÇÃO DE LEIS DE EFEITOS CONCRETOS

Thiago Stuchi Reis de OLIVEIRA

### Introdução e indagações

A ideia de Responsabilidade Civil do Estado é tema novo, cronologicamente. Como se sabe, até meados do século XVIII era inconcebível que o Estado sofresse limitações em sua atuação. Somente a partir das chamadas *revoluções liberais* e, especificamente, do *constitucionalismo*<sup>16</sup>, é que se passou a admitir a necessidade de imposição de freios ao poder estatal, sempre a fim de se proteger o cidadão, assegurando-lhe direitos e garantias, sobretudo relativos ao exercício de sua liberdade.

E é nesse contexto que emerge a Responsabilidade Civil do Estado, também um postulado do Estado de Direito, pois se trata de mais um instituto jurídico apto a garantir a defesa do administrado perante os agentes públicos.

No Brasil, a matéria está disciplinada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, *verbis*:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Há divergências acerca da possibilidade de incidência da responsabilidade do Estado por atos e omissões do Poder Legislativo. A maioria dos autores, atualmente, no entanto, advoga no sentido da possibilidade de responsabilização<sup>17</sup>.

Em síntese, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é cabível a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos na hipótese de leis inconstitucionais, de atos normativos dos entes administrativos eivados de inconstitucionalidade ou ilegalidade, de omissão no poder de legislar<sup>18</sup> e regulamentar e de *leis de efeitos concretos*, as quais são o grande foco do presente trabalho.

A nomenclatura utilizada pela doutrina para aludir a tais atos é variada. Di Pietro os chama de *leis de efeitos concretos*, Justen Filho (2006, p. 239-240) se refere a *leis defeituosas*<sup>19</sup> e Diogo de Figueiredo Moreira Neto os denomina *atos legislativos materialmente*

---

<sup>16</sup> Segundo Ferreira Filho (2012, p. 7), o Constitucionalismo foi um movimento político e jurídico que visou “a estabelecer em toda parte *regimes constitucionais*, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas.”

<sup>17</sup> Yussef Said Cahali, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Lúcia Valle Figueiredo, Júlio César dos Santos Esteves.

<sup>18</sup> A respeito da responsabilidade do Estado por omissão legislativa, cf. Marrara (2010).

<sup>19</sup> “Há pelo menos três hipóteses em que caberá a responsabilização civil do Estado, que são a edição de lei inconstitucional, e a edição de *lei* materialmente defeituosa, e a responsabilização civil por omissão legislativa”. Mais adiante, assevera que “não é cabível excluir a responsabilização civil do Estado se uma lei impuser solução defeituosa, gerando disciplina de condutas apta a produzir dano a alguém”.

*administrativos*, elaborando interessante distinção: “(...) o *ato legislativo*, por suas características de *generalidade* e *abstração*, não causa danos diretos, de modo que, se, por hipótese, da revogação ou da derrogação do *direito objetivo* decorrerem danos, não serão mais que prejuízos de fato, e o Estado nada tem a indenizar. Diferentemente, se a lei permitir uma execução direta, imediata e concreta, ela terá natureza de um *ato materialmente administrativo* e, nestas condições, poderá causar danos indenizáveis” (MOREIRA NETO, 2009, p, 580).

Embora em regra as “leis de efeitos concretos” sejam leis em sentido formal<sup>20</sup> (pelo critério do *procedimento*, segundo Paul Laband, isto é, por serem produto do processo legislativo de elaboração das leis), também em regra não são leis em sentido material (pelo critério do *conteúdo*), pois não são dotadas dos requisitos da abstração e da generalidade, eis que direcionadas a restrito grupo de sujeitos em determinadas situações. Aproximam-se, assim, do ato administrativo. E por isso mesmo costumam ser importantes mecanismos para a concretização do *agir* estatal.

O reconhecimento da responsabilidade civil do Estado leis de efeitos concretos hoje é praticamente unânime na doutrina. De acordo com Medauar (2009, 374), é aceitável a “responsabilidade do Estado por ato legislativo típico, causador de dano a uma categoria de pessoas ou número exíguo de pessoas, porque, no tocante ao dano, deixou de haver o caráter de ato geral e impessoal. No direito francês já se decidiram alguns casos nessa linha”.

Na mesma linha é a doutrina de Cretella Júnior (2003, p. 255-256), para quem “o Estado responde civilmente pelos danos que o ato legislativo cause a um ou a um número restritíssimo de administrados”. Nesse sentido também estão Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como anteriormente explicitado, Lúcia Valle Figueiredo, Marçal Justen Filho.

O fundamento para a responsabilidade do Estado, ensina Cahali (2012, p. 674), reside no *dano injusto* causado ao cidadão. Clarificando ainda mais a base de sustentação desse entendimento, Di Pietro menciona o princípio da repartição dos encargos sociais como fundamento da responsabilidade estatal. Como não se desconhece, o princípio da repartição entre todos dos encargos impostos a alguns membros da sociedade foi albergado pelo Legislador Constituinte Originário, no âmbito do art. 37, § 6º, da Carta da República, consagrando a responsabilidade *objetiva* do Estado<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Há também as medidas provisórias.

<sup>21</sup> Recorde-se que a responsabilidade civil objetiva do Estado existe apenas entre este, pessoa jurídica, e o administrado sofrendor do dano. Na parte final do dispositivo citado observa-se que há responsabilidade subjetiva (deve ser verificada a ocorrência de dolo ou culpa) do agente público, responsável pelo dano, frente ao Estado, que deve propor ação de regresso. No âmbito da responsabilidade civil do Estado legislador, há ainda grande discussão acerca da responsabilização de parlamentares pela edição de atos normativos causadores de danos a terceiros.

Toda essa situação, porém, não está imune a polêmicas. Faz-se necessário maior aprofundamento no tema, para que, analisando-se os fundamentos dessa posição e alguns exemplos práticos, fiquem nítidos os desafios daí decorrentes.

### **Motivo**

As leis de efeitos concretos editados pelo poder público frequentemente interferem nas relações desenvolvidas em uma comunidade, acarretando mudanças significativas de ordem *econômica* – com a proibição repentina de certas atividades econômicas, por exemplo, altera-se a dinâmica do mercado, o que pode afetar atividades diretas e indiretamente ligadas às proibidas; mesmo a restrição de certos ofícios pode inviabilizá-los; outro ponto é a intervenção do Estado no domínio econômico, que se opera muitas vezes pela edição dos atos legislativos de efeitos concretos, com a criação de empresas estatais -, *jurídica* – pode-se causar imensa insegurança jurídica, com a impotência do cidadão diante do Estado – e, por via de consequência, *social* – com fatores econômicos e jurídicos negativos, é inevitável o reflexo, também negativo, neste campo, com aumento do desemprego e da pobreza, isto é, da vulnerabilidade social.

Portanto, estudar a responsabilidade do Estado por atos que pratica e afetam constantemente a vida dos administrados é uma forma de contribuir para a atualização da literatura jurídica, com o fito de sempre clarear os papéis a serem desenvolvidos pelo indivíduo e pelo Estado, aprimorando a relação entre ambos.

### **Método**

O presente trabalho se reveste, em geral, de um caráter bastante teórico. Não obstante isso, buscar-se-á, sempre que possível, a conexão da teoria com a análise de casos concretos, para que se possam identificar eventuais problemas na aplicação de institutos aqui abarcados, bem como a fim de se vislumbrar eventuais soluções para eles. Almeja-se o pragmatismo, sem, no entanto, perder-se de vista o necessário rigor técnico.

Para tanto, serão recorrentes as pesquisas jurisprudenciais, sobretudo no âmbito dos Tribunais Superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Buscas em Tribunais de segunda instância, como Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, serão feitas subsidiária e complementarmente. Ademais, os julgados a serem analisados tratarão principalmente de temas afetos às áreas ambiental e econômica. E o corte metodológico se justifica, sob pena de se perder o foco na pesquisa.

No campo da doutrina, serão realizados fichamentos sobretudo de livros, capítulos de livros e artigos de revistas especializadas nacionais, como forma de organizar e otimizar o desenvolvimento do estudo. A literatura jurídica estrangeira será consultada subsidiariamente e desde que seja imprescindível para o deslinde de qualquer tópico previsto no Plano de Trabalho.

Por fim, esclareça-se que o Plano de Trabalho/Sumário busca abarcar principalmente tópicos diretamente relacionados com o tema deste trabalho. O critério de escolha dos tópicos a serem desenvolvidos, portanto, é o grau de sua importância para a dissertação de uma maneira geral. A título de exemplo, não serão abordadas exaustivamente as linhas evolutivas da responsabilização civil do Estado, tema já bastante repisado pela doutrina pátria e que pouco acrescenta à presente pesquisa.

### Referências

- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 674
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 255-256.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 7.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *A Responsabilidade do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 239-240.
- MARRARA, Thiago. As enchentes e a responsabilidade civil do Estado. *Carta Forense*, 2010.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 374.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 580.

### FICHA CATALOGRÁFICA

OLIVEIRA, Thiago Stuchi Reis de. Responsabilidade civil do Estado pela edição de leis de efeitos concretos. <i>Revista Digital de Direito Administrativo</i> , Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 177-180, 2014.
--

## **11 OMISSÃO LEGISLATIVA E RESPONSABILIDADE DO ESTADO: AVANÇOS, RETROCESSOS E PERSPECTIVAS SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

*Emerson Affonso da Costa MOURA e Eric Barracho Dore FERNANDES*

A despeito da introdução, pela Constituição de 1988, de dois instrumentos jurisdicionais típicos para lidar com o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão legislativa – mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – é certo que limites inerentes à natureza de tais institutos os tornam incapazes de fornecer respostas e soluções adequadas ao desafio de subordinar a vontade política das majorias ocasionais aos programas, metas e diretrizes constitucionais<sup>22</sup>. A despeito das inovações introduzidas por meio de tais instrumentos, a Carta de 88 aproxima-se de seu vigésimo quinto aniversário com graves omissões em temas como a organização do modelo federativo (vide a ausência de disciplina adequada dos procedimentos de fusão, incorporação ou desmembramento de municípios<sup>23</sup> e da revisão dos critérios de distribuição do fundo de participação dos Estados e Municípios<sup>24</sup>) e organização do regime jurídico do servidor público (como as normas relativas ao exercício do direito de greve e a aposentadoria especial<sup>25</sup>).

Além do descaso dos poderes constituídos em relação ao dever constitucional de atuação conforme as diretrizes e programas constitucionais, o desenvolvimento relativamente recente de uma “teoria brasileira da omissão inconstitucional<sup>26</sup>” ainda desafia soluções mais adequadas aos problemas de nossa realidade já que toda a experiência brasileira com controle de constitucionalidade foi desenvolvida tendo como objeto de estudo o fenômeno da inconstitucionalidade por ação. Por tais motivos, questões como os efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ausência de lei que discipline de forma precisa os aspectos processuais do mandado de injunção e mesmo a possibilidade ou não de

---

<sup>22</sup> Já não é novidade afirmar que a tensão entre constitucionalismo e democracia constitui tema central nos debates sobre jurisdição constitucional no Brasil. Questões como a limitação da vontade das majorias ocasionais pela constitucionalização de consensos políticos e a legitimidade democrática dos juízes diante da dita “dificuldade contramajoritária” são alguns dos elementos presentes no debate. Para uma visão mais profunda do tema, confira-se Souza Neto (2002; 2006).

<sup>23</sup> A questão refere-se ao art. 18, § 4º da Constituição Federal.

<sup>24</sup> A previsão do referido fundo de participação é do art. 159 da Constituição, sendo prevista no art. 161, II, a revisão dos critérios de distribuição para assegurar o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos, o que não tem ocorrido, a despeito do reconhecimento de tal omissão pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas pelo Rio Grande do Sul (ADI 875), Mato Grosso e Goiás (ADI 1987), Mato Grosso (ADI 3243) e Mato Grosso do Sul (ADI 2727). Todavia, preocupados com o tempo de aprovação de nova lei, motivo pelo qual modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de modo a permitir a vigência da norma até 2012. Todavia, já em 2013, a referida norma ainda não existe. Diante disso, de modo a evitar o vácuo normativo, o Vice-Presidente aprovou, por decisão monocrática durante o período de recesso do Judiciário, a vigência da Lei Complementar em questão por mais cinco meses, a contar da notificação do Congresso Nacional.

<sup>25</sup> Respectivamente, art. 37, VII e 40, § 4º da Constituição. Em ambas as hipóteses o Supremo Tribunal Federal tem suprido as lacunas normativas por meio de mandados de injunção.

<sup>26</sup> Tal nomenclatura é atribuída ao professor Gilmar Ferreira Mendes. Confira-se Mendes e Branco (2011, p. 1285-1286).

ajuizamento da ADPF para syndicar a omissão legislativa demandam estudos e indicam a necessidade de reflexões mais aprofundadas sobre o atual desenho institucional do controle de constitucionalidade por omissão e as soluções que vem sendo propostas para melhor enfrentar tais desafios.

Diante disso, o objeto deste trabalho diz respeito a uma das possíveis soluções que se tem delineado para enfrentar o problema pela via jurisdicional, que é a *responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa*. De início, pretende-se analisar o sistema de controle de constitucionalidade por omissão legislativa, trazido pela Constituição de 1988, através da instauração de uma dialética entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, capaz de delimitar suas distinções essenciais e limitação comum, no que tange a garantia de efetividade do comando constitucional violado pela inércia legislativa na regulamentação dos programas e metas constitucionais impostas, de forma a verificar se: é possível falar em responsabilidade civil do Estado por Omissão?

Após, se verifica a responsabilidade civil do Estado pelos atos legislativos na perspectiva comparada da França e do Brasil, de forma a delimitar a evolução do dever de reparação estatal advindo dos atos inconstitucionais, constitucionais e omissivos, verificando a partir dos principais debates na doutrina e jurisprudência, a seguinte questão: Quais são, portanto, os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil do Estado por Omissão legislativa? Por fim, se examina casos de omissão legislativa a partir de precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de forma a determinar os principais avanços, retrocessos e perspectivas da interpretação à luz da Constituição de 1988 e determinar e debater de forma crítica a seguinte pergunta: Depende a responsabilidade civil do Estado por Omissão legislativa de declaração prévia de inconstitucionalidade?

Para tanto, utiliza-se como metodologia neste trabalho, a crítica dialética, tendo sido eleito por meio de pesquisa o bibliográfico, fundado principalmente na doutrina jurídica nacional e estrangeira, apoiado nos principais expoentes do Direito público, bem como, de outras fontes quando necessárias na fundamentação deste trabalho.

Neste tocante, verifica-se que o desenho institucional do controle de constitucionalidade por omissão trazido pela Constituição, a falta do desenvolvimento de uma teoria brasileira de omissão inconstitucional, bem como, a resistência do Supremo Tribunal Federal em dar amplitude a matéria, geram grandes dificuldades na contribuição desses instrumentos na ampliação da efetividade das normas constitucionais dependentes de regulamentação por ato legislativo.

Neste sentido, a declaração em mora e a cientificação do poder público responsável pela omissão parcial ou total legislativa, promovida na sentença procedente declaratória na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, torna a ação de baixa eficácia e insuficiente para a tutela da norma constitucional não regulamentada e do direito subjetivo decorrente violado com a ausência do respectivo ato legislativo.

O trabalho propôs-se a analisar a contribuição dada pela teoria da responsabilidade civil do Estado na hipótese de inconstitucionalidade por omissão legislativa indevida como forma de garantir, diante da inércia do Poder Legislativo na regulamentação da norma constitucional, ao menos o ressarcimento dos danos causados ao titular do direito subjetivo correlato.

Neste tocante, analisou-se o sistema de controle de constitucionalidade por omissão legislativa, através da dialética entre o remédio constitucional mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, extraíndo-se que dentro da técnica adotada embora elas não possam impor o exercício da atividade legiferante no caso da inércia do Poder Legislativo, elas permitem atribuir a responsabilidade civil pela ausência injustificada.

Observou-se também que o sistema de responsabilidade civil do Estado pelos atos legislativos utilizados na França e no Brasil, contemplavam a imputação no caso de atos omissivos e quais seriam os requisitos para sua declaração, verificando-se que não impõe no caso do Brasil a norma constitucional para imposição da reparação a prévia declaração de inconstitucionalidade como requisito, mas a omissão ilícita, nexos de causalidade e o dano.

Por fim, analisando a exigência de parte da doutrina e da corte constitucional, da declaração prévia da mora legislativa para ensejar a responsabilidade civil pelo ato legislativo, observou-se através do caso da omissão na regulamentação da norma constitucional que exige a lei geral de revisão de vencimentos para os servidores públicos federais, que essa submissão além de não estar prevista não contribui na efetividade da Constituição.

Por um lado, viola o próprio preceito constitucional e sistemática da responsabilidade civil do Estado, uma vez que impõe condicionante à norma que se insere no sistema de garantia do cidadão contra os abusos estatais. Por outro, encontra limitação na própria falta de definição pela corte constitucional do momento em que falta do ato legislativo será capaz de garantir o ressarcimento dos danos pelos titulares dos direitos subjetivos violados.

## Referência

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1285-1286.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

## FICHA CATALOGRÁFICA

MOURA, Emerson Affonso da Costa; FERNANDES, Eric Barracho Dore. Omissão legislativa e responsabilidade do estado: avanços, retrocessos e perspectivas sob a égide da Constituição de 1988. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 181-183, 2014.

## 12 ANÁLISE DA FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA NO LIMIAR DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX

Gabriela Lima RAMEZONI

### Introdução

A pesquisa sobre a cultura jurídica<sup>27</sup> administrativa, no século XIX, pode ser considerada ainda muito pouco aprofundada por pesquisadores brasileiros, principalmente, pelos juristas. Estes, normalmente, dão mais atenção para as áreas de investigação com cunho dogmático e prático. Porém, isto não significa que carecemos de materiais e documentos históricos para desenvolver a pesquisa na área. Na realidade, existe um universo de fontes brasileiras ainda não analisadas pela escassa literatura existente sobre o tema e que se encontram muito bem enterradas sobre o pó de bibliotecas públicas.

Quanto a isto, este artigo busca justamente trazer uma crítica geral do material de pesquisa existente sobre a formação da cultura jurídica do Direito Administrativo, mais especificadamente do que trata sobre o período da segunda metade do século XIX, bem como de ressaltar uma dentre tantas novas possibilidades de pesquisa de fontes históricas nessa área, como parte do material no ambiente acadêmico da Faculdade de Direito de São Paulo oitocentista, quais sejam, as dissertações dos estudantes – fontes ainda parcamente investigadas.

Tratam-se de documentos históricos produzidos como resultado no curso da 2ª cadeira do 5º ano de Ciências Jurídicas, entre os anos de 1857 e 1871<sup>28</sup>, mas que é extremamente vasto e que abarca inúmeros temas relevantes, tanto em termos de reflexos políticos administrativos como no aspecto de produção dogmática administrativista.

As possibilidades de temáticas de dissertação eram levantadas nas *Theses*<sup>29</sup> pelo professor de Direito Administrativo que, apesar ser de formalmente *Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça*, na prática a cadeira foi preenchida pelo professor *Antônio Joaquim Ribas* nesse período em específico. Este docente particularmente criou um importante compêndio de Direito Administrativo (RIBAS, 1866) à época e que é reconhecido em sua importância

---

<sup>27</sup> A definição de Cultura Jurídica a que nos referimos no artigo é mais extensiva àquela tratada por *Ricardo Fonseca*, que delimita esta como um conjunto de padrões e significados que circulavam e se perpetuavam nas *instituições jurídicas* brasileiras e que atribuíram tipicidade ao Direito brasileiro. Acreditamos que no Brasil há também uma produção de cultura jurídica fora das instituições tradicionais, principalmente em razão de sua pluralidade e amplitude espacial que distancia a presença institucional na realidade da maioria da população, a produção de cultura jurídica vai além das faculdades, institutos profissionais de advogados e magistrados, o foro e o parlamento. Cf. Fonseca (2006, p. 340).

<sup>28</sup> O período delimitado se deu, em parte, em razão da criação da disciplina de Direito Administrativo em 1854 e, em parte, porque são as dissertações que, por sorte, encontrou-se ainda não catalogadas pela Biblioteca Central da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>29</sup> O termo “These”, naquele período, significava basicamente uma afirmação, uma frase que os professores passavam para os alunos desenvolverem uma dissertação sobre o assunto, a qual contaria como exame essencial para concluir os anos letivos.

pela literatura administrativista atual. Dada a *These* para os alunos, estes deveriam produzir uma dissertação por semestre a fim de que fossem aprovados no ano.

### **A produção de pesquisa existente na área**

Mas qual a relevância da produção de um material acadêmico para enriquecer a discussão sobre a cultura jurídica administrativista na segunda metade do século XIX no Brasil?

Se observarmos o cabedal existente, de um lado, autores relevantes na área, como *Di Pietro* (2012, p. 29-54), *Cretella Jr.* (1991), *Meirelles* (2008), estes produziram algum material ralo sobre o tema. Em que pese a importância no quesito da pesquisa dogmática na área administrativista, esses autores – e outros que sequer se esforçaram para se aproximarem desta discussão –, produziram de uma forma mais descritiva e que pouco contribui para *aprofundar e polemizar* possibilidades para o tema.

A professora *Maria Sylvia*, em específico, produziu um artigo sobre “500 anos do Direito Administrativo” que ressalta a importância do Conselho de Estado na produção administrativista da época, bem como cita a influência de doutrinadores e professores como *Furtado de Mendonça* e, ainda, descreve a legislação pertinente na época sobre o tema.

Contudo, foi possível destacar alguns problemas preliminares neste tipo de pesquisa existente sobre a construção de cultura jurídica administrativista oitocentista brasileira, os quais destacamos:

- (a) a mera descrição cronológica de fatos e de autores que trataram sobre a história do Direito Administrativo;
- (b) a análise panorâmica e insuficiente de (novas) fontes históricas do Direito Administrativo;
- (c) a comparação excessiva e depreciativa da História jurídica brasileira com a europeia;

Apesar destes problemas, há uma tese de doutorado mais recente e aprofundada sobre o tema, como o título “a gênese do Direito Administrativo brasileiro” (GUANDALINI, 2011), em que o autor aponta veementemente haver um atraso da cultura jurídica administrativista brasileira dessa época, classificada como pré-moderna e, ainda, que se perpetuou um modelo assemelhado ao Antigo Regime europeu, tão-somente existente como mais um instrumento constituinte-soberano de legitimar o Imperador.

*Walter Guandalini* faz sua análise entre 1822 e 1895. Se nos ativermos ao período que interessa a este artigo, entre 1854 e 1879, verificaremos que este autor utiliza como material primário de análise para sua tese os compêndios de grandes autores do período – como o *Visconde do Uruguai*, *Veiga Cabral*, dentre eles os professores da Academia de Direito de São Paulo, como *Ribas* e *Barão de Ramalho*. Esta é uma das obras mais interessantes que encontramos sobre o tema atualmente.

Há, ainda um material produzido por Lopes (2010) sobre especificamente a importância do Conselho de Estado na produção de cultura jurídica no período do Império, em que o professor analisa as fontes históricas referentes a este “Oráculo de Delfos brasileiro”.

Contudo, apesar de serem pesquisas mais aprofundadas nesta temática histórica, ainda persistem problemas profundos na produção de pesquisa na área de História do Direito Administrativo, reflexo, em parte de problemas da própria área geral de História do Direito, quais sejam:

- (d) a falta de uma especificidade e categorização semântica adequada, historicamente, dos institutos administrativos brasileiros;
- (e) o excesso da preocupação utilitarista e funcional da História do Direito Administrativo;
- (f) a carência de noção da história administrativa “periférica” do Brasil.

Ora, primeiramente, há que se tomar cuidado com a noção utilitarista que faz um uso teleológico da História do Direito, como se esta só fornecesse uma vaga e inútil erudição ao estudante e, ainda, como que aparentando uma lenta e linear preparação introdutória para chegar aos dias de hoje, ao Direito dogmático. Esta suposta neutralidade pode esconder todo tipo de ideologização do poder simbólico, conforme já tratou *Bourdieu* (2009).

A visão utilitarista da História administrativista proporciona a legitimação de discursos ideológicos através dela, mesmo que com uma aparente neutralidade. Eis a produção em larga escala de manual de doutrina com uma página introdutória para tratar da “evolução histórica” de quase três milênios sobre institutos jurídicos tão complexos como “polícia” e “Estado”, como se eles pertencessem a um fluxo natural e contínuo de categorização da razão jurídica.

Nesse sentido, o professor *Lynch* (2013) crítica, no âmbito da História constitucional brasileira, os autores que simplesmente glosam as antigas cartas e que tratam a História do Direito de uma forma teleológica, como se fosse uma vaga e inútil erudição. Isto abre a possibilidade para todo tipo de ideologização, como a da crítica liberal ao constitucionalismo brasileiro no sentido de não ter havido uma história das Constituições no Brasil, mas que trabalha com um fundo ideológico-político de diminuir a presença do Estado na coordenação política do país.

De outro modo, a falta de noção histórica do significado de institutos jurídicos administrativos também é muito prejudicial à produção de conhecimento, principalmente quando o autor coloca sua visão atual e anacrônica na delimitação de institutos históricos; quando trata despropositadamente a História do Direito Administrativo como uma fictícia evolução contínua de significados dos institutos jurídicos até chegar ao presente, período este sempre supostamente superior e mais desenvolvido; e, ainda, quando desconsidera a sensível semântica dos conceitos, ligada à localidade temporal e espacial. Esta falta de noção

semântica e realização de uma pesquisa aprofundada do significado das fontes históricas dificulta a seriedade da área.

Por fim, sobre a questão da desvalorização de um estudo das culturas jurídicas periféricas, recorre-se a *Hespanha* (2012, p.7), que ressalta a variedade de meios pelos quais o fenômeno jurídico pode se apresentar na sociedade. O mais reconhecido deles é no Estado. Contudo, a família, a escola, a Igreja também são meios que numa sociedade complexa afervoram a pluralidade jurídica. Este é um tema muito delicado e pouco suscitado no Brasil, sendo que os meios *alternativos de produção de cultura jurídica* possuem um potencial extremo de pesquisa num país tão grande e de tantos pluralismos fora do Estado.

Desse modo, tendo em vista a existência de tantos problemas latentes, faz-se necessária uma renovação da pesquisa sobre a História Administrativa no Brasil a fim de redescobrirmos e discutirmos temas que só aparentam estarem superados, como: a ideia taxativa de citar e analisar somente alguns centros de produção de cultura jurídico-administrativa; o pensamento comparativo de atraso entre duas culturas jurídicas de regimes históricos adversos, quais sejam a brasileira e a francesa; e a necessidade de realizar um maior dilaceramento de fontes e aumentar pesquisas sobre o assunto.

### **Uma dentre as fontes possíveis de análise**

Eis a possibilidade de contribuição para esta discussão destas fontes da Academia de São Paulo. Sabe-se que autores como *Venâncio Filho* (2005) e *Adorno* (1988) produziram um material sobre ensino jurídico, o primeiro sobre sua história geral do ensino e o segundo sobre o caso específico da Faculdade de São Paulo em todo o período imperial. Não obstante, ambos descrevem e analisam uma produção de ensino mais voltada para o jornalismo político e literário e consumado fora das salas de aula, uma cultura desinteressada, afrancesada e com percepção ingênua da realidade, mas que ao mesmo tempo perpetuou as relações de poder do Estado burocrático brasileiro.

Apesar da análise interessante e crítica a diversas dificuldades verificadas no percurso histórico da educação jurídica brasileira, esta visão aniquila novas possibilidades de se investigar mais a fundo o papel das instituições de ensino na produção de conhecimento jurídico-administrativo, já que considera se concentrar a produção de pensamento jurídico só no ambiente extracurricular, fora da relação criada na sala de aula.

Em oposição a isto, este artigo ressalta o fato de que há ainda um extenso universo de fontes históricas (sequer catalogadas) nas faculdades do Império, particularmente no caso de São Paulo, podem-se citar duas novas fontes descobertas: um grande material de fontes históricas de finais do século XIX e início do XX de registro dos livros – dos mais interessantes e curiosos – emprestados da biblioteca da faculdade e, em segundo lugar, o que é mais significativo para esta pesquisa, as dissertações dos alunos entre os anos de 1853 e 1878.

Os documentos históricos deixados pela cadeira de Direito Administrativo abrange 1206 dissertações, mormente de 10 páginas cada uma, distribuídas entre 174 exemplares contenedores de inúmeras provas de todas as áreas de ensino do Direito existentes na época. As *Theses* administrativas, em específico, percorrem temáticas das mais interessantes, muito das quais também discutidas e, período semelhante lá na Europa, conforme abaixo<sup>30</sup>:

1. “Mando que me confere o § 8º da Const do Imperioart 101, fui por bem relevar a companhia geral de seguros. Feliz lembrança da multa que lhe foi imposta pela Recebedoria do Rio de Janeiro em 13 de Janeiro de 1860 por não haver pago no tempo devido o sello correspondente as duas primeiras chamadas do seu capital’.  
Questiona-se 1º se há diferença entre multa criminal e administrativa? 2º se a revallidação do sello é multa ou imposto? 3º se estando esgotados os recurso ordinarios caberá este extraordinários? 4º a remissão de revallidação é ou não perdão da dívida? 5º o perdão de dívida da Fazenda a que poder pertence? 6º os arestos a tal respeito que força tem? 7º a resolução será ou não uma Divisão contenciosa administrativa? 8º a jurisdição administrativa só prescrever depois da Const?”.
2. “§72 - O Direito Administrativo pertence à encyclopédia jurídica? É ciência social? (ou pertence à encyclopédia social?)”
3. “O art. 7º da Lei de 28(18?) de Agosto de 1830 está revogado pelo art 310 do Codigo Criminal? Caso não esteja, qual a auctoridade competente para applicar a penalidade ao infractor?”
4. “A administração quando julga o contencioso administrativo é Juiz e parte ao mesmo tempo?”
5. “O que é centralisação governamental e administrativa? Em que differe da concentraçãõ? Qual tem sido a vida e applicaçãõ deste principio nas nossas instituições antes e depois da constituição do Império. Se este principiosoffreomingua com a instituição das Assembleias Provinciales.”
6. “Em que se distinguem o poder administrativo e o judiciário?”
7. “Se as razões do Conselho d’Estado devem ou não ser motivadas.”
8. “O que é naturalisação; quaes suas especies, processo e recurso de sua denegação? A naturalisação do marido comprehende a da mulher?”
9. “Agentes Administrativos”

---

<sup>30</sup> Copiadas conforme o original.

10. “Quais as relações que constituem o domínio e acção de Direito Administrativo? Compreende as relações civis e públicas? Diferença entre Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Civil”
11. “O que se deve entender por actos administrativos, quais são suas espécies?”
12. “O Direito Público positivo serve de fonte ao administrativo. (compendio § 7)”
13. “Agentes Auxiliares de Consultas. Congregação da Faculdade de Medicina da Corte. Congregação da Faculdade de Medicina da Bahia”
14. “Qual a diferença que existe entre Governo e Administração?”
15. “A Administração quando julga contenciosamente administra?”
16. “1º A Authority quer administrativa, quer judiciariamente procedendo, mas procedendo oficialmente pode reconhecer como Médicos para corpos de delictos, exames e outros misteres aqueles q não estiverem habilitados conforme a lei de 3º de outubro de 1832, art 12 e 13? 2º Se pode tolher-lhes o exercício da Medicina? 3º Se não podendo tolher-lhes esse exercício, pode oficialmente aceitar seus atestados?”
17. “§ 90 do Compendio – Actos Administrativo excessivos de poder: Se o acto administrativo não for dictado em virtude do legitimo exercício das atribuições da autoridade administrativa, os juízes e tribunais judiciários não estão obrigados nem devem dar-lhe cumprimento, protegendo assim o Direito dos particulares contra os abusos do poder. Nem praticando assim usurpa atribuições alheias, mas só resguarda as suas, porque a autoridade judiciária não é delegada da administrativa.”
18. “O Art. 39(139?) do Reg nº 2548 de 1860 está de conformidade com os princípios do Direito Público e Administrativo?”
19. “§294 do Compendio: A Tutella administrativa será necessária à várias corporações de mão morta existentes no Império? Esta tutela poder-se-há entender a outras corporações? Os presidentes de Provincia como delegados do Poder Executivo exercerão a Tutella quer no 1º quer no 2º caso? (Presidentes como tutores das províncias)”<sup>31</sup>

Ora, muitas dessas dissertações não só tratam de temas dogmáticos completamente pertinentes, inclusive no contexto europeu, quais sejam, de delimitação de princípios do Direito Administrativo ou caracterização do ato administrativo (MANNORI, 2006), como ainda tratam de questões extremamente relevantes e contemporâneos da política nacional,

---

<sup>31</sup> Provas de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo entre os anos de 1857 e 1873, Biblioteca Central da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

como a problemática do Conselho de Estado e da descentralização ou centralização do poder político.

Quanto ao tradicional questionamento da existência de produção jurídica administrativista dentro da faculdade de Direito. Há dois pontos a se ressaltar: primeiramente, sobre a relação de ensino aluno e professor, acredita-se que uma instituição de ensino superior, embora todas as possíveis dificuldades e insuficiências, normalmente insere um modo de pensar e analisar o Direito no estudante, mesmo inclusive que este esteja crítico e atento ao que lhe é ensinado, a reprodução de uma lógica de pensamento é quase sempre inevitável.

Segundo, que não se justifica historicamente desconsiderar a produção administrativista na academia jurídica justamente porque ainda há muita documentação histórica para aprofundar a discussão do tema. No mesmo sentido, há uma nova bibliografia francesa que trata justamente sobre o tema, demonstrando que lá também a literatura sobre o tema foi por muito tempo precipitada ao tratar tão-somente da projeção do Conselho de Estado na cultura jurídica administrativista em detrimento da produção doutrinária acadêmica feita, especificadamente, pelo professor *Foucart*, em meados do século XIX na faculdade de *Poitiers* (TOUZEIL-DIVINA, 2007).

Assim, pretende-se reabrir o debate sobre o tema, principalmente ressaltando a necessidade de maior atenção à análise de fontes históricas (tanto das excessivamente analisadas como das recentemente descobertas) a fim de realizar a pesquisa. São os fatos pesquisados que devem produzir uma conclusão e não é uma conclusão pronta que deve adequar os fatos.

### **Conclusão**

Desse modo, considera-se que a cultura jurídica brasileira, na matéria do Direito Administrativo, é muito mais complexa do que a retratada pelos pesquisadores da área, principalmente por dois motivos. De um lado, em razão da possibilidade ainda gigante de pesquisa com fontes jurídico-históricas, o que afasta uma mania principalmente dos juristas de tratarem a pesquisa científica como uma petição inicial que demanda convencimento do árbitro. Diferentemente, a investigação acadêmica não busca defender o monopólio dos fatos e da verdade, mas sim de contribuir constantemente com novas possibilidades de olhares sobre a realidade histórica.

De outro lado, a pesquisa em História do Direito Administrativo brasileiro deve se ater às polêmicas e correntes de investigação atuais. A ideia de descolonização do pensamento africano e asiático, a quebra do modelo de “recepção de modelos jurídicos” e, notadamente, do maior amadurecimento do novo paradigma político e democrático brasileiro, todas estas novas discussões acabam por prejudicar a contínua comparação eurocêntrica com a cultura jurídica brasileira.

Ora, comparar o contexto histórico do sistema administrativo recente brasileiro do século XIX com o paradigma da França pós-revolucionária da mesma época, tudo a fim de elencar

atrasos e encaixar o uso de institutos do segundo pelo primeiro é um tipo de análise que não contribui para o autoconhecimento de nossa história administrativa. São histórias diferentes, com contextos jurídicos diferentes. Nesse sentido, o professor *Hespanha* assevera:

“A cultura jurídica americana tem sido um prolongamento da cultura jurídica europeia. (...) Isto irá deixando de ser assim, à medida que problemas próprios ou diferentes visões do mundo se vão enraizando deste lado do Atlântico.

(...)

Na América do Sul, a dependência da cultura jurídica da Europa foi maior, sem nunca ser absoluta. Sem ignorar que muitas alegadas importações são, na verdade, completas reelaborações locais” (TOUZEIL-DIVINA, 2007, p. 7).

Ou seja, para aprofundar a discussão de nossa história jurídico-administrativa, deve-se olhar primeiramente para o próprio Brasil, para o contexto interno de produção da cultura jurídica e para sua relação com as estruturas sociais, econômicas e políticas.

## Referências

ADORNO, Sérgio. *Aprendizes do Poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 12ª ed. São Paulo: Bertrand, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Brasília, ENAP, v. 26, n. 2, p. 29-54. 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 35ª ed., 2006, p. 340.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *Gênese do direito administrativo brasileiro: formação, conteúdo e função a ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil imperial*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná. 2011.

HESPANHA, Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – síntese de um milênio*. Coimbra, Almedina, 2012. p. 7.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Oráculo de Delfos – O Conselho de Estado no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LYNCH, Christian. Por uma história Constitucional Brasileira, *VI Congresso Brasileiro de História do Direito – História Constitucional: Percursos, Narrativas e Possibilidades*. Brasília, UnB, IBHD, 2013.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storiadel Diritto Amministrativo*. 4ª ed. Milano: Laterza, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro, 1866.

TOUZEIL-DIVINA, Mathieu. *Eléments d'Histoire de l'EnseignementduDroitPublic: la Contribution du Doyen FOUCART (1799-1860)*. Université de Poitiers, 2007.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

RAMEZONI, Gabriela Lima. Análise da formação da cultura jurídica administrativa brasileira no limiar da segunda metade do século XIX. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 184-192, 2014.

### **13 A PRETENSÃO À CORREÇÃO E A LEGALIDADE: A RECEPÇÃO DA RACIONALIDADE MATERIAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

*Melanie Merlin de ANDRADE*

A pesquisa que se apresentará tem por objeto abordar a recepção da racionalidade material – concretizada no valor justiça e na pretensão à correção – pela Administração Pública brasileira. A importância do tema reside na necessidade de reflexão crítica acerca do atual modelo de Administração Pública brasileira e a sua relação com a justiça e a legalidade. O método científico a ser utilizado é o dedutivo.

Para tanto, a indagação que orienta a pesquisa é a seguinte: “Como se daria a recepção de elementos extrajurídicos – como a justiça – pela Administração Pública brasileira?”.

Inicialmente, esclareceu-se que a burocracia é um tipo ideal, e é a forma de dominação típica da ação racional. A burocracia weberiana é, então, situada numa concepção positivista de Direito, a qual sofreu severas críticas a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando se verificou a possibilidade de o positivismo produzir uma “injustiça legal”, dado que não se preocupava com o conteúdo das regras, afirmando que o Direito estava dissociado da moral. Vêm à tona, assim, concepções não positivistas, as quais admitem a inserção de elementos extrajurídicos no Direito, o que ocorre, em regra, por meio de princípios, que se prestam a fazer a abertura do sistema, que em momento anterior era formalmente fechado.

Passou-se à análise da relação entre Administração Pública e princípios, entendidos como uma abertura do sistema de Direito racional-formal à racionalidade material. Assim, foram abordados os temas referentes à teoria dos princípios e das regras, a função principiológica para Alexy, com a apresentação dos princípios da Administração Pública no Brasil, seguida por sua releitura, tendo por base o critério classificatório do mencionado jurista. Nessa classificação compreendeu-se que alguns deles, na verdade, são regras. Além disso, a inserção do princípio da eficiência por meio da Emenda Constitucional 20/1998 foi um dos elementos chaves para a implantação da Administração Pública gerencial no Brasil, na qual subsistem elementos do modelo burocrático, o qual serve de base para o estudo que se apresenta.

A legalidade, exemplo típico da racionalidade formal, foi analisada sob a ótica de Weber e, em seguida, de Alexy, para, após, ser feito um panorama da sua situação no Brasil. Neste panorama, denota-se que, muito embora na classificação de Alexy a legalidade possa ser entendida como regra, para a doutrina brasileira, ela é vista tanto como princípio como quanto regra. Apresentou-se na sequência o entendimento da legalidade como juridicidade, dado que a ela não deve mais corresponder à subsunção automática entre o fato e o texto da lei, mas sim a todo o sistema jurídico, incluindo os princípios e a justiça, na medida em que esse valor é institucionalizado pelo Direito.

Essa institucionalização foi defendida fazendo-se uso da teoria de Talcott Parsons. Partindo dessa tese e, considerando os ensinamentos de Alexy, a lei extremamente injusta carece de validade. Ressalte-se que a configuração da extrema injustiça ocorre quando há uma supressão dos direitos fundamentais. Nesse esteio, adotou-se o conceito de justiça de Alexy, segundo o qual a justiça é correção, ou seja, pode ser justificada por meio da argumentação em uma determinada sociedade, considerando-se sua cultura, tradição e valores.

Ao final, de posse dos instrumentais supramencionados, abordou-se a recepção do valor justiça e da pretensão à correção pela Administração Pública brasileira. Foram, então, apresentados três pressupostos que servem de base a essa recepção: os valores permeiam a dominação legal-racional, a relação entre as racionalidades weberianas e a função principiológica e, ainda, a aplicação da fórmula de Radbruch na Administração Pública. Com base nesses pressupostos, como fruto da pesquisa desenvolvida, apresentaram-se princípios e regras a serem introduzidos nessa Administração, concretizando o acolhimento da racionalidade material. Em consequência, verificou-se a necessidade de internalização do direito fundamental à boa Administração Pública, tese defendida por Juarez Freitas, da exigência de concessão de maior autonomia ao servidor público especializado, especialmente para afastar a aplicação da lei extremamente injusta no caso concreto, bem como o entendimento de que a vinculação e a discricionariedade do ato administrativo correspondem a graus de intensidade à juridicidade, o que implica na motivação obrigatória nos atos administrativos que geram efeitos na esfera jurídica do administrado, observando-se a pretensão à correção.

Como se denota, a pesquisa encontra-se em estágio final.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

ANDRADE, Melanie Merlin de. A pretensão à correção e a legalidade: a recepção da racionalidade material pela administração pública. <i>Revista Digital de Direito Administrativo</i> , Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 193-194, 2014.
--

## **14 DIREITO ADMINISTRATIVO INCLUSIVO: CRITÉRIOS PARA O ESTABELECIMENTO DE UMA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA INCLUSIVA CONSTITUCIONAL**

*Paulo Henrique MACERA*

### **1 Introdução do tema**

Longe de constituir novidade para os estudiosos das ciências humanas, a temática da igualdade há muito tempo é objeto de estudos de sociólogos, historiadores, juristas e diversos outros especialistas.

Grande parte da doutrina – ou, até mesmo, quase a totalidade dela – compreende que a assunção de uma acepção exclusivamente formalista já não mais responde às expectativas dos cidadãos, tampouco é compatível ou mesmo suficiente para atender às finalidades da Constituição – expressas, sobretudo, em normas de cunho programático.

Entretanto, fazer uma abordagem jurídica operacionalizada do princípio da isonomia não se mostra tarefa fácil. Ainda que bastante aceita a conhecida fórmula geral “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”, sua aplicação prática não se dá de maneira tão simples como sua compreensão.

Entende-se aqui que tal dificuldade pode ser atribuída, basicamente, a quatro fatores. O primeiro deles diz respeito às dificuldades de constatação no plano fático de situações de desigualdade e da aferição do seu grau – tarefa esta que, em grande parte dos casos, exige o recurso a outras ciências, bem como a dados e pesquisas específicas.

O segundo fator é a dificuldade intrínseca à missão de se estabelecerem parâmetros e critérios seguros e juridicamente aceitáveis para se compatibilizar determinada medida legislativa ou administrativa tendente a combater uma desigualdade material com o próprio preceito isonomia. Fundamental, neste ponto, a atuação do jurista – residindo aqui o principal objetivo da presente abordagem.

Um terceiro fator é a própria carência de trabalhos acadêmicos – fato este constatado nas pesquisas doutrinárias realizadas – dedicados precisamente ao enfrentamento da questão apontada no parágrafo acima.<sup>32</sup>

Por fim, tratar da igualdade sob um enfoque jurídico é dificultado pelo fato de que, sobretudo no Brasil, a matéria é trabalhada de maneira extremamente ideologizada e

---

<sup>32</sup> Embora existam poucos estudos de Direito Administrativo sobre o assunto, há, de fato, diversos trabalhos desenvolvidos no campo do Direito Constitucional ou dos Direitos Fundamentais sobre o tema da igualdade. Contudo, mesmo nesses campos, há uma carência de ensaios com a finalidade específica de desenvolvimento de critérios de verificação da licitude de um tratamento discriminatório cuja finalidade é a promoção da igualdade em seu aspecto material.

politicizada, seja pela própria natureza do tema – que desperta as concepções políticas pessoais de cada jurista – seja pelo próprio desinteresse em abordá-lo de uma maneira predominantemente jurídica.

Não há aqui, registra-se, uma crença ingênua que o assunto possa ser enfrentado sem a influência de concepções políticas. Contudo, o que não se pode admitir é a posição de coadjuvante do Direito em um texto que pretende ter um enfoque jurídico.

Assim, para que se superem tais dificuldades, o Direito Administrativo, na qualidade de ramo do Direito destinado a disciplinar a atuação da Administração e dar concretude a diversos preceitos consagrados na Constituição, mostra-se de fundamental importância na busca da promoção do mandamento da igualdade. É função dele equacionar o tratamento discriminatório juridicamente aceitável e compatível com a Constituição, de modo a promover a igualdade e não contribuir para sua ampliação. Nesse contexto é que ganha relevo o ramo do Direito Administrativo destinado a reger e viabilizar a atuação da Administração Pública tendente a promover o princípio da igualdade em sua acepção material, ramo este que vem se convencendo denominar “Direito Administrativo Inclusivo”.

Desta feita, visando o estabelecimento de alguns parâmetros para a aferição da compatibilidade de uma determinada discriminação positiva voltadas à promoção da inclusão com o princípio da igualdade – e, conseqüentemente, da constitucionalidade desse tratamento diferenciado – e as respectivas fronteiras que separam a discriminação positiva dos privilégios e perseguições, a apresentação será pautada nos seguintes aspectos: discorrer-se-á sobre o princípio da igualdade/isonomia, sobre o que se entende por discriminação positiva, especialmente para fins de delimitação conceitual de cada um dessas expressões; serão tecidas algumas considerações acerca do Direito Administrativo Inclusivo como novo ramo em destaque das ciências jus administrativistas; e, por fim, na condição de principal foco da apresentação, serão feitos alguns apontamentos doutrinários a respeito dos critérios para aferição da constitucionalidade de uma discriminação positiva e os critérios aqui assumidos para a formação de um modelo jurídico seguro e apto operacionalizar o tema.

## **2 Indagação que orienta a pesquisa**

A pesquisa visa formular uma teoria (um modelo jurídico) apta a responder a seguinte questão: quais os critérios para verificar a constitucionalidade, ou legalidade, de uma medida de discriminação positiva inclusiva constitucional?

## **3 Motivo**

A relevância da pesquisa é, além de desenvolver uma teoria geral apta a responder a questão levantada no item acima, oferecer tecnologia jurídica (destinada aos

administradores, legisladores, juízes e juristas em geral) apta a operacionalizar e concretizar a aplicação prática do princípio da igualdade no âmbito do Direito Administrativo Inclusivo.

#### **4 Metodologia**

Buscou teorizar o modelo, indutivamente, com base em: doutrinas que tratam do tema em outros trabalhos, casos concretos, casos hipotéticos, ordenamento brasileiro e demais institutos do Direito Administrativo.

#### **5 Resultado atingidos**

O artigo encontra-se pronto e o modelo jurídico teorizado. Buscar-se-á apresentar o modelo aos demais pesquisadores para submetê-lo a críticas e colocá-lo a prova.

Partiu-se da definição de Direito Administrativo Inclusivo como o ramo destinado a estimular, regulamentar e operacionalizar a atuação da Administração Pública, disciplinando o regime das discriminações positivas públicas inclusivas, visando a dar concretude ao aspecto material da igualdade, reduzindo as desigualdades materiais por meio da inclusão social e econômica de pessoas físicas ou jurídicas, inclusive em relação aos serviços públicos em geral. E, a partir de modelos propostos por Celso Antônio Bandeira de Mello e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, e com base em outros fatores considerados e uma reflexão crítica sobre o tema, concluiu-se que uma discriminação (não neutra) inclusiva somente pode ser considerada positiva quando atendessem, de maneira satisfatória, aos critérios da: a) finalidade; b) objetividade; c) juridicidade do benefício; d) necessidade; e) adequação ou aptidão; f) proporcionalidade (em sentido estrito); g) precisão; h) ataque direto ou imediato aos motivos causadores das desigualdades materiais; e i) não estímulo à regressão social ou econômica.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

MACERA, Paulo Henrique. Direito administrativo inclusivo: critérios para o estabelecimento de uma discriminação positiva inclusiva constitucional. <i>Revista Digital de Direito Administrativo</i> , Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 195-197, 2014.
---

## **15 POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA POR MEIO DE PARCERIAS DO ESTADO COM O TERCEIRO SETOR**

*Murilo GASPARD*

### **Problema**

As parcerias do Estado com o terceiro setor constituem um mecanismo eficiente de implantação de políticas públicas de inclusão de pessoas com deficiência, e democratização da Administração Pública, ou consistem apenas em instrumento para desincumbir o Estado do cumprimento de seus deveres constitucionais e legais, com a finalidade de redução de despesas públicas sociais?

### **Justificativa**

A Constituição Federal de 1988 consagrou amplo rol de direitos individuais e econômico-sociais, dentre os quais o de inclusão das pessoas com deficiência quanto a, por exemplo, educação, cultura, lazer, saúde, mobilidade urbana e mercado de trabalho, sendo as políticas públicas o instrumento por excelência para concretizar tais direitos.

As instituições da sociedade civil sempre desempenharam um papel fundamental, suprindo, inclusive, deficiências do Poder Público, na proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Entretanto, a partir do fortalecimento de tais instituições e da tomada de consciência de sua importância, bem como da Reforma do Aparelho do Estado, ocorridos na década de noventa do século XX, tal atuação apresentou um grande crescimento. Isto porque, com aquela reforma, pretendia-se “reduzir o tamanho do Estado” e seu déficit fiscal, bem como aumentar sua eficiência, por meio da privatização de empresas estatais e da transferência da execução de serviços públicos e políticas sociais para instituições do terceiro setor.

Passados quase vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, e quase quatro anos da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é de conhecimento público que as políticas públicas de inclusão avançaram, mas lentamente, de maneira que a exclusão ainda persiste significativamente.

Assim, é oportuno refletir sobre o fato de as parcerias do Estado com o terceiro setor constituírem um mecanismo eficiente de implantação de políticas públicas de inclusão de pessoas com deficiência, e democratização da Administração Pública, ou tão somente instrumentos para desincumbir o Estado do cumprimento de seus deveres constitucionais e legais, com a finalidade de redução de despesas públicas sociais. Para tanto, é preciso investigar, os processos de contratação, execução, prestação de contas e controle das parcerias. Para tanto, é preciso investigar, os processos de contratação, execução, prestação de contas e controle das parcerias, considerando-se, também, o contexto da política pública em que se encontram inseridos.

## **Principais questões analisadas**

As principais questões a analisadas por esta pesquisa podem ser sintetizadas nos seguintes tópicos:

1 Delimitação do Conceito de Políticas Públicas e dos Critérios Formais para Avaliação da Qualidade de sua Elaboração, Execução e Controle.

2. A Implantação de Políticas Públicas por meio de Parcerias do Estado com o Terceiro Setor.

2.1 Convênio.

2.2 Termo de parceria.

2.3 Contrato de gestão.

2.4 Processo de escolha da entidade com a qual o Estado estabelecerá parceria.

3 O direito à inclusão das pessoas com deficiência.

3.1 O direito à inclusão das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988.

3.2 Princípios, objetivos e diretrizes do “Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência”.

4 As políticas públicas de inclusão de pessoas com deficiência por meio de parcerias do Estado e o terceiro setor.

4.1 Análise jurisprudencial.

4.2 Resultados da pesquisa de campo.

4.3 As parcerias do Estado com o terceiro setor na execução de políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência: controvérsias a propósito de sua eficiência e potencial de democratização da Administração Pública.

## **Metodologia**

A presente pesquisa se desenvolve, inicialmente, por meio da análise crítica e fichamento de textos doutrinários pertinentes ao seu objeto, bem como do regramento do direito positivo pátrio. Com isto, pretende-se fixar as bases teóricas e normativas para a discussão dos problemas propostos, inclusive para se precisar o método de desenvolvimento e os critérios para avaliação dos resultados coletados em posterior investigação empírica.

Em seguida, será desenvolvida análise de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pertinente ao objeto da pesquisa, por se tratar do Tribunal ao qual compete o julgamento de demandas que possam envolver os atores estudados. Com isto, pretende-se conhecer os principais problemas judicializados envolvendo as parcerias do Estado com as

instituições do terceiro setor para implantação de políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência. Como contraponto, será desenvolvido o mesmo procedimento junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>33</sup>.

Por fim, realizar-se-á pesquisa de campo, por meio de coleta de documentos e entrevistas com gestores da Administração Pública e de instituições do terceiro setor que atuam na área de inclusão de pessoas com deficiência. Em princípio, os estudos de caso se limitarão aos Municípios de Jaboticabal – SP, Sertãozinho – SP e Taquaritinga – SP.

### **Cronograma de desenvolvimento da pesquisa**

A pesquisa será desenvolvida durante o período de seis meses, compreendendo as seguintes fases:

1. Maio/2013: elaboração do projeto de pesquisa. Coleta de bibliografia e normas a serem analisadas.
2. Junho/2013: leitura e fichamento das referências bibliográficas e normativas pertinentes à temática das políticas públicas. Início da coleta de julgados do TJ/SP e do TJ/RS. Elaboração de questionários de entrevistas e roteiro de pesquisa de campo.
3. Julho/2013: leitura e fichamento das referências bibliográficas e normativas pertinentes à temática da política nacional de inclusão das pessoas com deficiência e das parcerias do Estado com o terceiro setor. Conclusão da coleta de julgados do TJ/SP e do TJ/RS. Início da pesquisa de campo: coleta de documentos referentes a convênios e parcerias, e primeira rodada de entrevistas com os gestores da Administração Pública e das instituições do terceiro setor.
4. Agosto/2013: sistematização dos fichamentos das referências bibliográficas e normativas. Fichamento dos julgados do TJ/SP e do TJ/RS coletados. Análise dos documentos referentes aos convênios e termos de parcerias firmados nos Municípios pesquisados. Segunda rodada de entrevistas com os gestores da Administração Pública e das instituições do terceiro setor.
5. Setembro/2013: sistematização dos fichamentos dos julgados do TJ/SP e do TJ/RS e dos dados coletados na pesquisa de campo.
6. Outubro/2013: contraposição e análise crítica dos dados teóricos, normativos e empíricos sistematizados. Redação e revisão do relatório final da pesquisa.

### **Resultados atingidos pela pesquisa**

---

<sup>33</sup> Ao longo do desenvolvimento das primeiras etapas da pesquisa, percebeu-se também a necessidade de se analisar decisões do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, especialmente as pertinentes aos Municípios abrangidos por esta investigação, o que poderá ser incorporado a este trabalho, ou ser objeto de outra pesquisa.

A pesquisa ainda se encontra em fase inicial, porém, a partir do trabalho desenvolvido até o presente momento, já é possível observar um conjunto de limites atualmente existentes nas parcerias do Estado com o terceiro setor, que dificultam a realização dos objetivos de concretização do direito à inclusão e de democratização da Administração Pública, como a fragilidade dos mecanismos de controle da sociedade civil, a reduzida utilização de instrumentos introduzidos por normas editadas no contexto da Reforma do Aparelho do Estado, como os concursos de projetos, e a dificuldade em se estabelecer metas e avaliar resultados, além da falta de critérios e parâmetros precisos para a formação das parcerias.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

GASPARDO, Murilo. Políticas públicas de inclusão de pessoas com deficiência por meio de parcerias do estado com o terceiro setor. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 198-201, 2014.

## **16 ASPECTOS FEDERATIVOS DA POLÍTICA HABITACIONAL BRASILEIRA**

*Renata Gomes da SILVA*

### **Indagação**

Como se efetiva a relação entre os entes federados nas políticas públicas de habitação.

### **Motivo**

Entender como os entes federados se relacionam dentro de uma política pública de competência comum, observando sua estrutura e seu funcionamento.

A relevância do tema é teórica e prática: desenvolver os estudos sobre política pública no Direito Administrativo e colaborar com a discussão sobre os modelos utilizados na política habitacional, que se revestem de maior importância diante do déficit de 6,273 milhões de domicílios no Brasil (2009a, p. 24), concentrado especialmente na faixa de renda até 3 salários mínimos, que representa 89,4% do total (BRASIL, 2009a, p. 28).

### **Material e método**

Trata-se de pesquisa qualitativa, onde se utiliza o método indutivo e o procedimento descritivo. A investigação está sendo feita a partir, especialmente, das leis, decretos e atos infralegais que estruturam a política habitacional, além dos documentos oficiais, planos da administração pública, sites dos governos, relatórios da Corregedoria Geral da União e do Tribunal de Contas da União e bibliografia relacionada ao tema. Pretende-se apontar evidências de que há centralização na política, quais são suas causas prováveis e possíveis consequências para a questão habitacional.

### **Introdução**

A Constituição Federal estabeleceu no inciso IX do art. 23, entre as competências comuns de todos os entes federados, a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, o que sinaliza a importância da coordenação no balizamento dessas políticas.

No contexto da criação de sistemas de políticas públicas que visam essa coordenação em outras áreas, como o SUS, o SUAS entre outros, criou-se o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social: SNHIS (Lei n.º 11.124/2005), voltado à política habitacional direcionada à população de menor renda.

### **Resultados**

Os resultados obtidos até o momento pela pesquisa indicam que tanto o modelo institucional como a atuação cotidiana dos órgãos tendem a centralizar as decisões da política na esfera federal.

A centralização pode ser observada em diversos aspectos do SNHIS: as decisões sobre quais serão as diretrizes e quais ações serão desenvolvidas (construção de moradias, urbanização de favelas etc.) são realizadas pelo Conselho Gestor do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social: CGFNHIS (art. 6º, inc. I do decreto nº 5.796/2006), que não tem participação de representantes dos entes federados entre seus membros (art. 5º do decreto nº 5.796/2006), sendo constituído em igual número por integrantes do governo federal e da sociedade civil.

Após a adesão do ente federado ao SNHIS, depois de cumprir os requisitos de formação de conselho (com 25% de representantes de movimentos populares), plano e fundo habitacional, ele só recebe recursos se seus projetos forem aprovados pelo Ministério das Cidades (art. 4º, inc. XVIII do decreto nº 5.796/2006) e, sobre o aspecto mais técnico, pela Caixa Econômica Federal (art. 7º, inc. VI do decreto nº 5.796/2006).

O CGFNHIS publica resoluções com as diretrizes da política e por meio delas é possível ao governo federal impor suas prioridades em detrimento das necessidades locais: na resolução nº 27, por exemplo, 40% dos recursos da Ação Orçamentária “Melhoria das Condições de Habitabilidade de Assentamentos Precários” foram direcionados a propostas complementares a projetos inseridos no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e apenas 7% poderiam ser distribuídos a propostas priorizadas e aprovadas por Conselhos Locais de Habitação de Interesse Social. Além disso, apesar das decisões do conselho definirem a quantidade de recursos para cada ação, a decisão final, que cabe ao Ministério das Cidades, não necessariamente respeita essas definições.

O funcionamento do CGFNHIS também tem contribuído com a centralização das decisões, já que das 53 resoluções publicadas pelo conselho, 9 são decisões do Ministro das Cidades e 9 referendos do conselho a essas decisões. O ministro se utilizou da possibilidade trazida pelo regimento interno (resolução nº 1, art. 8º, inciso XI) para deliberar sobre matérias consideradas relevantes e urgentes, concentrando ainda mais as decisões sobre o fundo.

O desenho institucional do FNHIS não reservou espaço exclusivo de atuação aos estados, levando-os a competir por recursos com os municípios, sem papel de articulação, relevante especialmente para as regiões metropolitanas que apresentam diversas questões que ultrapassam os limites do território municipal. O conselho das cidades, onde há participação dos entes federados (art. 4º do decreto nº 5.790/2006), tem papel apenas consultivo na organização do sistema.

Houve uma proposta para o sistema que incluía a definição de entes com adesão integral ou parcial: “no caso da adesão parcial, os recursos do FNHIS estariam acessíveis mediante a apresentação e aprovação de projetos a serem apoiados, enquanto os entes que obtivessem

a adesão integral receberiam recursos para implementar sua política de forma autônoma, por transferência automática ao respectivo fundo, de acordo com os critérios estabelecidos pelo Conselho Gestor do Fundo Nacional.” (BONDUKI, 2013, p. 34). O desenho final do sistema subordinou todos os aderentes à apresentação de projetos para aprovação, independentemente do seu desenvolvimento institucional.

Sob um aspecto mais geral, a política habitacional depende dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), que também é gerido por um conselho sem participação dos entes federados: o Conselho Curador do FGTS (art. 2º do decreto nº 6.827/2009), que emite resoluções sobre a destinação dos recursos.

Considerando que a política habitacional brasileira é predominantemente baseada em financiamento individual, os papéis do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional ganham maior destaque, ao definir taxas de juros, subsídios e demais aspectos do financiamento habitacional. Ainda nesse sentido, a escolha desse modelo resulta num papel de maior destaque à Caixa Econômica Federal (CEF), que é um banco e não um órgão exclusivo da política habitacional, ocupando ainda o papel de agente operador do FGTS e do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS). Nesse caso, a preponderância da União não é ligada apenas a uma competência constitucional determinada, mas ao modelo escolhido para a política pública e ao ator que realiza esse tipo de financiamento no país atualmente.

A centralização pode ser explicada por diversos fatores como a predominância política, econômica e administrativa da esfera federal, o histórico da política habitacional, especialmente por conta da herança do Banco Nacional da Habitação (BNH), e ainda o desenho institucional atual que cedeu apenas a execução da política, sem espaço para a tomada de decisão pelos entes federados. Além disso, as regras sobre empréstimos que surgiram após a extinção do BNH comprometeram a produção habitacional e até a existência de diversas Companhias Habitacionais (Cohabs) pertencentes aos entes federados (AZEVEDO, 2007, p. 13-41).

Outro aspecto relevante que pode ter levado à centralização e também é parcialmente consequência dessa é a predominância do modelo de construção e financiamento, e o pouco espaço a modelos alternativos como o combate de vazios urbanos, instrumentos urbanísticos ou aluguel social. A construção de unidades habitacionais foi o tipo de programa mais mencionado pelos municípios brasileiros dentro das opções do questionário da Munic, estando presente em 75,7% dos que afirmaram ter programa habitacional em 2007-2008 (BRASIL, 2009b).

As consequências que essa centralização podem oferecer são: a imposição de preferências pela União, a limitação da evolução da capacidade administrativa dos entes e da autonomia para investimentos em suas prioridades e a restrição à criatividade e às escolhas mais diretamente ligadas às especificidades locais.

O abandono do modelo do SNHIS por programas federais: Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) também é sintoma do papel subordinado que os entes ocupam nessa política. Como o interesse pelo SNHIS foi ligado, principalmente, ao interesse pelos recursos do FNHIS, os programas citados apresentavam vantagens aos entes por possibilitarem recursos com menos entraves burocráticos e menos sujeitos a contingenciamento por serem prioridades do governo federal. Esses programas tem menor controle social e suas decisões são concentradas apenas no nível federal. Na necessidade de uma resposta rápida à crise econômica internacional, moldou-se uma política anticíclica fora do âmbito do Ministério das Cidades, que usa a habitação como discurso legitimador para investimentos no setor da construção civil e aumento dos postos de trabalho nessa área.

O abandono do modelo do SNHIS foi facilitado também pela dificuldade na obtenção dos recursos pelos entes devido às exigências do sistema. Segundo o site do Ministério das Cidades<sup>34</sup>, consta que o Distrito Federal e 17 estados da federação estão pendentes, o que significa que apenas 9 estados classificados como regulares podem receber desembolsos de contratos já firmados e pleitear novos recursos, enquanto o PMCMV e o PAC não impõe tantas condicionantes para o recebimento do recurso.

O FNHIS, inicialmente concentraria todos os recursos da função habitação do orçamento, mas tal parágrafo foi vetado (parágrafo único do artigo 7º da lei nº 11.124/2005). De qualquer maneira, os recursos da função habitação compõem o fundo. No entanto, no PMCMV onde há construção de unidades habitacionais, se utiliza de outra classificação de função do orçamento: Encargos Especiais. Desse modo, mesmo que houvesse a limitação de que todo recurso de habitação passaria pelo fundo, a classificação do programa o excluiria.

Num primeiro momento, o PAC subordinou o SNHIS; posteriormente, o PMCMV eliminou a ação de provisão de moradias do fundo. Desse modo, grande parte dos recursos voltados à habitação não é decidida no âmbito do Ministério das Cidades e fica sem o controle social que o CGFNHIS representa. Não só o SNHIS foi abandonado, mas também o Plano Nacional de Habitação e sua lógica de incentivo a municípios com mecanismos de combate à especulação imobiliária, como o IPTU progressivo.

No PMCMV a decisão é centralizada, cabendo parte da regulamentação às portarias dos Ministérios do Governo Federal, cabendo à CEF o papel de analisar os projetos e contratar as obras: “O papel dos estados e municípios nesse modelo, passou a ser o de organizar a demanda, através de cadastros encaminhados à CEF para a seleção dos beneficiários e, ainda, o de criar condições para facilitar a produção, através da desoneração tributária e da flexibilização da legislação urbanística e edilícia dos municípios.” (CARDOSO; ARAGÃO, 2011, p. 6)

---

<sup>34</sup> BRASIL. Ministério das Cidades. <[www.cidades.gov.br](http://www.cidades.gov.br)> Acesso em jun/2013.

Uma das dificuldades dessa centralização é lidar com as desigualdades regionais, já que o programa tem limite de preços e subsídios fixados nacionalmente: “pode-se inferir que o modelo adotado pelo PMCMV tende a promover uma periferização das intervenções habitacionais na cidade. Fenômeno decorrente do fato da oferta de terra urbanizada ser relativamente limitada na maioria dos municípios com maior centralidade e, na ausência de políticas de controle da especulação e cumprimento da função social da propriedade, a tendência é que o preço da terra aumente na proporção em que cresce a demanda. Seja pelo preço ou tamanho dos terrenos disponíveis, o setor empresarial irá inevitavelmente, privilegiar as periferias para a localização dos seus empreendimentos.” (CARDOSO; ARAGÃO, 2011, p. 7)

Apesar do SNHIS não estimular em seu funcionamento o uso dos instrumentos urbanísticos ou incentivar a qualidade do planejamento habitacional, pesquisa do IPEA indicou que o PMCMV tem resultados ainda piores que a Ação de Provisão Habitacional de Interesse Social (Aphis) do sistema nessa área: “os municípios de até 50 mil habitantes que foram selecionados para integrar o programa MCMV são aqueles com as menores presenças de instrumentos de planejamento urbano e de planejamento setorial de habitação (especialmente os previstos no SNHIS, que dispõem sobre planejamento e gestão participativos), frente aos municípios que executaram Aphis.” (BRASIL, 2012)

As modalidades de intervenção pública no campo habitacional são múltiplas, entre elas podemos mencionar: a produção direta de moradias, o financiamento à produção e ao consumo, a regulamentação da indústria da construção e do mercado imobiliário (compra/venda e locação), a atividade de urbanização de novas áreas ou de áreas já ocupadas, a utilização de terras públicas, o aluguel social, a intervenção no mercado fundiário, o controle do mercado de insumos da construção, a tributação imobiliária, a utilização de instrumentos urbanísticos, a normatização do parcelamento, uso e ocupação do solo e da edificação. Algumas dessas políticas são de competência local e acabam tendo espaço limitado diante de políticas de grande visibilidade e com acesso facilitado a transferências de recursos.

De todo modo, pensar o papel dos entes federados exige, além da verificação da adequação da demanda à capacidade e ao campo de atuação do ente responsável, a observação dos resultados obtidos da política habitacional até o momento. Os instrumentos urbanísticos tem utilização limitada, a política habitacional é pouco diversificada e no âmbito federal o estímulo continua sendo monotemático. Refletir sobre as possibilidades na política habitacional, observar as limitações da capacidade administrativa dos entes, pensar em maneiras de estimular a coordenação e a busca por soluções locais, além de repensar o papel dos estados é relevante na construção de uma política habitacional mais efetiva e que tenha como objetivo a produção de moradias dignas, bem localizadas e providas de serviços públicos adequados.

## Referências

AZEVEDO, Sérgio. Desafios da Habitação Popular no Brasil: políticas recentes e tendências, in CARDOSO, Adauto Lucio (coord.) *Coleção Habitare - Habitação Social nas Metrôpoles Brasileiras - Uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX*. Porto Alegre, 2007.

BONDUKI, Nabil. Planos locais de habitação: das origens aos dilemas atuais das regiões metropolitanas, in DENALDI, Rosana. *Planejamento habitacional: notas sobre a precariedade e terra nos planos locais de habitação*. São Paulo: Annablume, 2013.

BRASIL. Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação. *Déficit habitacional no Brasil 2007*. Brasília, 2009a.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, *Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2009b*.

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA. *Comunicados do IPEA nº 146*. O programa Minha Casa Minha Vida em municípios de até 50 mil habitantes: Quadro institucional e prognósticos da provisão habitacional de interesse social, 2012.

CARDOSO, Adauto Lucio; ARAGÃO, Themis Amorim; ARAUJO, Flavia de Sousa. Habitação de Interesse Social: política ou mercado? Reflexo sobre a construção do espaço metropolitanos, *XIV Encontro Nacional da ANPUR*. Rio de Janeiro, maio, 2011.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

SILVA, Renata Gomes da. Aspectos federativos da política habitacional brasileira. <i>Revista Digital de Direito Administrativo</i> , Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 202-207, 2014.
--

## **17 AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS E A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO PERÍODO REPUBLICANO – UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA NORMATIVA**

*Vítor MONTEIRO*

### **Introdução**

A pesquisa examina os limites à autonomia dos entes federados na matéria dos contratos celebrados pela Administração Pública, a partir dos sucessivos diplomas normativos disciplinadores do tema nos diversos regimes constitucionais do período da República brasileira.

### **Indagação que orienta a pesquisa**

Orientam essa pesquisa as seguintes indagações: (i) a liberdade dos entes federados, no manejo autônomo dos contratos celebrados pela Administração Pública, é prática estranha à história jurídica brasileira?; (ii) como foram alterados os sucessivos diplomas normativos infraconstitucionais em matéria de contratação e licitação pública, ao longo do Século XX, agregando o tema dos contratos administrativos sobre a competência legislativa da União Federal?, (iii) houve alteração da estrutura jurídica constitucional, no período, capaz de acompanhar as referidas alterações nos referidos diplomas normativos infraconstitucionais, limitando a autonomia dos Estados-membros e Municípios, em matéria de contratos celebrados pela Administração Pública?

### **Motivo**

A pesquisa insere-se no debate contemporâneo de maior discricionariedade ao agente público na elaboração dos contratos celebrados pela Administração Públicas. Discutindo a matéria sobre a perspectiva da autonomia dos entes federados no Estado brasileiro, investiga-se o âmbito de liberdade das Administrações Públicas de cada esfera federativa, para discricionariamente, no exercício de suas autonomias administrativa e legislativa, particularizar as cláusulas dos contratos por elas celebrados.

### **Método**

Para empreender esta pesquisa optou-se por fazer um estudo de perspectiva normativa, em que os objetos de pesquisa são os textos constitucionais, para delimitar o âmbito da autonomia dos entes federados em cada momento do período republicano brasileiro, e as legislações infraconstitucionais que regularam a matéria dos contratos celebrados pela Administração Pública, notadamente as normas federais reguladoras das contratações e licitações públicas, quais sejam Código de Contabilidade da União (DPL 4.536/1922), Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Anexo do Decreto 15.783/1922), Decreto-lei 200/1967, Decreto-lei 2.300/1986 e Lei Federal nº. 8666/1993, já que a partir delas pode-se

determinar o âmbito de abrangência da autonomia dos Estados-membros e Municípios na matéria. Doutrina e jurisprudência são utilizadas para se definir a forma como eram interpretados os textos normativos em cada época, dimensionando, conquanto interpretar também é fazer direito, o tratamento dado aos contratos celebrados pela Administração Pública nos diversos momentos históricos. Assim, no âmbito da doutrina, fixou-se nos trabalhos de autores contemporâneos à data da edição dos textos normativos, para bem dimensionar a questão à época. Quanto à jurisprudência, selecionaram-se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a constante guarda das decisões de índole federativa durante o período republicano, aplicando os diplomas normativos selecionados.

### **Resultados obtidos**

A pesquisa encontra-se em estágio inicial, não se podendo falar em resultados. Por ora, foram fixados os parâmetros para o desenvolvimento da pesquisa, com a seleção dos textos normativos, doutrina e jurisprudência pertinentes.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

MONTEIRO, Vítor. Autonomia dos entes federados e a regulação dos contratos celebrados pela administração pública no período republicano – uma análise sob a perspectiva normativa. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 208-209, 2014.

## 18 O DIREITO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO NO ÂMBITO MUNICIPAL

*Tatiana Cardoso Teixeira VIANNA e Pablo Viana PACHECO*

### Introdução

De acordo com a doutrina, o Estado é constituído por três elementos: soberania, território e povo. Para Dallari (2010, p. 99-100),

(...) deve-se compreender como povo, o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

Em apertada síntese, o que distingue o conceito de povo do conceito de população são os laços históricos e culturais que estão presentes no primeiro e os unem, enquanto que a segunda se refere ao conceito puramente numérico ou quantitativo.

De acordo com Fiorillo (2009, p. 22):

(...) o bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, a preservação do patrimônio histórico e cultural de um povo é a preservação do próprio povo. Isto é, sem os laços histórico-culturais que unem os indivíduos que o compõe, um povo não existe. Sem os referidos laços, um povo não passa de mera população, ou seja, um grupamento humano sem uma história e uma cultura comum.

O presente trabalho tem por objetivo principal analisar o grau de concretude conferido à proteção do patrimônio histórico nos Planos Diretores dos municípios mineiros. Estrutura-se o texto primeiramente abordando a indagação que orientou a pesquisa e a fundamentação teórica que envolve o tema; em seguida, são apresentados o motivo, o método, os dados coletados e a análise crítica de seus resultados; por fim, são apresentadas as considerações finais sobre o estudo realizado.

### Indagação que orientou a pesquisa

A realização da pesquisa partiu do seguinte problema: qual é o grau de concretude concedido à proteção do patrimônio histórico municipal pelos Planos Diretores Municipais do Estado de Minas Gerais?

A hipótese a ser confirmada foi estabelecida empiricamente pelos autores deste trabalho quando atuaram como avaliadores na rede do Observatório de Políticas Urbanas da PUC Minas<sup>35</sup> em parceria com o Observatório das Metrôpoles, qual seja: a maioria dos Planos

---

<sup>35</sup> Conforme site: [http://www.pucminas.br/proex/hotsite/?hotsite=observatorio\\_de\\_politicas\\_urbanas](http://www.pucminas.br/proex/hotsite/?hotsite=observatorio_de_politicas_urbanas).

Diretores possui redação genérica, podendo ser aplicada a qualquer município, já que há nenhuma ou pouca referência às questões tipicamente locais.

### **Fundamentação teórica**

O patrimônio histórico e artístico nacional foi conceituado pelo Decreto-lei n. 25, de 30/11/1937, como o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

O direito ao patrimônio histórico é um direito fundamental, previsto no art. 216 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)<sup>36</sup>, sendo obrigação do Poder Público (art. 216, § 1º, CRFB/88) e direito do povo a sua proteção. Para tanto, qualquer cidadão pode, por meio de ação popular (art. 5º, LXXIII da CRFB/88), anular qualquer ato lesivo ao patrimônio histórico-cultural. Sua previsão constitucional encontra-se no art. 216, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Além de ser um direito fundamental, e portanto previsto na CRFB/88, o direito ao patrimônio histórico-cultural é um direito humano de terceira geração.

Os direitos humanos são todos aqueles direitos inerentes a todas as pessoas em todos os países do mundo. Na doutrina, existe uma classificação histórica dos direitos humanos, que os distingue em direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração.

Os direitos humanos de primeira geração (dimensão) surgiram, grosso modo, nas revoluções liberais, do final do Século XVIII, e visavam a declarar os direitos ligados ao valor liberdade: direitos civis e políticos. A segunda geração (dimensão) dos direitos humanos surgiu no final do séc. XIX, início do século XX, após a Revolução Industrial, e visavam à instituição dos direitos ligados ao valor igualdade: direitos econômicos, sociais e culturais. Já os direitos humanos de terceira geração surgem após a Segunda Guerra Mundial e estão consubstanciados na Carta das Nações Unidas e na Constituição de 1988, entre outros textos. Os direitos de terceira geração possuem como principal valor a solidariedade, que se materializa, dentre outros, no direito humano à proteção do patrimônio histórico, cultural e ambiental.

A competência para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico é concorrente entre os entes da Federação, nos termos do art. 24, VII, da CRFB/88.

Aos municípios compete promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual, conforme determina o art. 30, IX, da CRFB/88.

---

<sup>36</sup> Segundo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 9397-DF, os direitos e garantias fundamentais não se encontram apenas no Título II da CRFB/88, mas também ao longo de todo o texto constitucional.

No âmbito infraconstitucional, o Estatuto das Cidades, em seu art. 2º, XII, estabelece a proteção, preservação e recuperação do patrimônio histórico como uma das diretrizes da política urbana. Para tanto, prevê a utilização de instrumentos, tais como o direito de preempção e a transferência ou alienação do direito de construir.

Como ensina Medauar (2004, p. 20), “as leis de diretrizes contêm, de regra, objetivos, princípios [...], indicadores para a elaboração de textos normativos daí decorrentes e para as práticas administrativas.”

Como se pode perceber, uma vez fixada a competência constitucional do Município em promover a proteção do patrimônio histórico e cultural, tanto sob o prisma legislativo quanto executivo, e conferidas as diretrizes gerais para o planejamento urbano municipal pelo Estatuto das Cidades, cabe ao Município fixar, em sua legislação, a política pública a ser implantada. Nesse sentido, destaca-se a Lei que institui o Plano Diretor, por se tratar do mais abrangente e participativo instrumento de planejamento urbano municipal.

### **Motivo**

Considerando que a proteção do patrimônio histórico depende de políticas públicas, ou seja, de “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”, para a sua efetivação. E que,

em contextos democráticos em que as instâncias de controle através do parlamento e órgãos auxiliares se fortalecem, e nos quais novos mecanismos de participação e controle social são criados, as noções de um núcleo racional formulador de propostas a serem implementadas dão lugar a mecanismos de deliberação, engenharia social e aprendizagem coletiva. (SILVA; MELLO, 2000)

A legitimidade democrática na formulação, aplicação e controle das políticas públicas aumenta na medida em que o controle social é exercido por meio da participação do cidadão na discussão, implementação e avaliação das ações governamentais. A constituição de fundos municipais de proteção ao patrimônio histórico e de sua gestão por meio de conselhos que garantam a paridade entre governo e sociedade significa que a gestão é compartilhada e que a sociedade, por meio dos representantes nos conselhos, pode identificar a prioridade de investimento nessa área.

Além dos conselhos, é possível controlar os investimentos municipais na preservação do patrimônio histórico por meio da participação no processo de elaboração das leis municipais de planejamento público, pois, de acordo com o art. 44 da Lei n. 10257/2001 (Estatuto das Cidades), no âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal. Cabe ao Legislativo Municipal verificar se houve participação popular nesse processo, como condição legal para a sua aprovação.

Fruto do debate democrático entre várias possibilidades em jogo, as leis, as leis orçamentárias, os programas de governo, as campanhas e as linhas de ação setoriais, os atos normativos e os regulamentos, etc., representam o arcabouço jurídico e financeiro colocado em ação para o funcionamento desse sistema. (FARIA, 2009, p. 157-169)

Se para a doutrina positivista, só há direito, de fato, se houver a possibilidade de exigir o seu cumprimento por meio do poder coercitivo do Estado. Nesse sentido, é de difícil efetivação a diretriz de proteção do patrimônio histórico, estabelecida genericamente pelo Estatuto das Cidades, se os Planos Diretores Municipais não estabelecerem as hipóteses de proteção, seus instrumentos, prazos e metas a serem cumpridos.

Diferente do meio ambiente natural que *é*, o meio ambiente cultural para ser caracterizado necessita que o Poder Público através de procedimento próprio assim o declare. Dessa forma, meio ambiente cultural *deve ser*. Portanto, não basta um prédio ser antigo para se caracterizar como patrimônio histórico. É necessário que a lei assim o diga através do processo de tombamento. (FARIA, 2009, p. 157-169)

Para a efetiva proteção do meio ambiente cultural, não basta as normas gerais estabelecidas no Estatuto das Cidades, tampouco as famigeradas normas genéricas, copiadas incansavelmente pelos legisladores dos municípios mineiros. É fundamental que os Planos Diretores Municipais sejam efetivos, ou seja, estabeleçam as hipóteses de proteção (tais como o tombamento, inventário, registro vigilância e desapropriação), os instrumentos de política urbana, os prazos e as metas a serem cumpridas.

Nesse sentido, o presente estudo destaca-se por verificar se, de fato, as normas referentes ao patrimônio histórico no âmbito dos Planos Diretores dos municípios mineiros possuem grau de efetividade suficiente para garantir a efetiva proteção desse direito fundamental.

## **Método**

O método de pesquisa utilizado foi o indutivo e fora utilizada a técnica de documentação indireta, ou seja, partiu-se da leitura e análise das leis municipais que instituíram o Plano Diretor dos municípios mineiros objeto de pesquisa da Rede de Avaliação e Capacitação para implementação dos Planos Diretores Participativos do Observatório das Metrôpoles<sup>37</sup>, totalizando 41 municípios.<sup>38</sup>

Trata-se de pesquisa qualitativa em que se buscou verificar qual é o grau de concretude das normas estabelecidas nos planos diretores em relação à proteção do patrimônio histórico. Foram avaliados os seguintes quesitos:

---

<sup>37</sup> Conforme site: <http://web.observatoriodasmetrosoles.net/>

<sup>38</sup> São eles: Alfenas, Araçuaí, Barão dos Cocais, Belo Horizonte, Campo Belo, Carangola, Carmo do Parnaíba, Conselheiro Lafaiete, Diamantina, Divinópolis, Guaxupé, Governador Valadares, Ipatinga, Itabira, Itabirito, Jequitinhonha, João Pinheiro, Lagoa Santa, Leopoldina, Machado, Manga, Montes Claros, Miriaé, Nova Lima, Ouro Preto, Patos de Minas, Ponte Nova, Porteirinha, Pouso Alegre, Raul Soares, Ribeirão das Neves, Santa Bárbara, Santa Luzia, Santana do Paraíso, São João Del Rey, São Joaquim das Bicas, Sete Lagoas, Uberaba, Uberlândia, Unaí e Viçosa.

- a) Há o estabelecimento de diretrizes ou objetivos específicos para a proteção do patrimônio histórico municipal?
- b) Foi mencionada a existência de Conselhos Municipais específicos para o patrimônio histórico?
- c) Quais os instrumentos de política urbana previstos que se aplicam à proteção desse tipo de patrimônio?
- d) Foi estabelecida uma zona de proteção específica?
- e) Existem dispositivos que indicam as particularidades locais, tais como indicação de bens, locais e outras formas de proteção?

Os dados coletados foram mensurados e analisados criticamente, conforme se verá na análise dos resultados.

### **Resultados obtidos**

A pesquisa obteve os seguintes resultados:

- a) Vinte municípios estabeleceram diretrizes ou objetivos específicos para a política de proteção do patrimônio histórico.
- b) Sete Planos Diretores fazem menção a conselhos municipais de proteção do patrimônio histórico já constituídos e, em dois Planos Diretores, há a intenção de sua instituição ou reativação.
- c) Vinte e dois municípios estabeleceram algum instrumento de política urbana para a proteção do patrimônio histórico, com maior ocorrência do direito de preempção, da transferência ou alienação do direito de construir, do estudo de impacto de vizinhança e do tombamento, contudo a grande maioria depende de regulamentação por lei específica.
- d) Quinze Planos Diretores estabeleceram ou previram a demarcação de zonas especiais de proteção.
- e) Em apenas treze Planos Diretores ficou estabelecida alguma particularidade local, tal como menção a revitalização ou conservação de locais específicos, realização de obras ou outras ações concretas.

Da análise dos Planos Diretores Municipais e interpretação dos resultados supracitados, verificou-se um elevado grau de abstração de suas normas. Estas, muitas vezes<sup>39</sup>, limitaram-se a estabelecer a proteção do patrimônio histórico em suas diretrizes ou objetivos gerais, sem especificar quais os objetivos específicos, instrumentos ou ações seriam desenvolvidas para alcançar tal objetivo geral.

---

<sup>39</sup> Essa situação foi detectada em dezessete Planos Diretores.

Nenhum dos Planos Diretores analisados estabeleceu um planejamento urbano que preveja prazos, etapas ou metas para o cumprimento de seus objetivos ou diretrizes, poucos tratam apenas de prazos para possíveis revisões.

A obrigatoriedade de elaboração dos Planos Diretores fez com que alguns municípios apenas cumprissem com o prazo legal, sem se preocupar com a efetividade e conteúdo das normas que estavam estabelecendo. Isso fica claro quando se encontra textos exatamente iguais em municípios com características distintas ou até mesmo o nome de um município no texto legislativo de outro.

O destaque para a participação social, por meio da constituição de conselhos que tratem especificamente do patrimônio histórico, foi mínimo. Dos sete municípios que indicam possuir conselhos específicos, em apenas dois Planos Diretores fica claro tratar-se de órgãos de deliberação.

Não foi constatada a integração dos Planos Diretores com outros instrumentos de Planejamento, tais como o Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Orçamento Anual, ou seja, não há indicação de quais recursos serão utilizados para a conservação do patrimônio histórico. Apenas no município de Nova Lima houve destinação dos recursos obtidos com a outorga onerosa do direito de construir para investimentos em recuperação do patrimônio histórico.

A maior ocorrência de normas concretas se deu naqueles municípios considerados históricos, em que a preservação do patrimônio histórico aparece ligada ao turismo como atividade econômica.

### **Considerações finais**

Considerando que a CRFB/88 estabeleceu a preservação do patrimônio histórico como um dever estatal, criando, assim, uma política de Estado que deve ser cumprida independente de interesses político-partidários e programas de governo, com destaque para os municípios. Considerando, ainda, que o Estatuto das Cidades, como texto legislativo federal, estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana, caberia aos municípios concretizar tal política por meio de seus Planos Diretores, prevendo diretrizes concretas, instrumentos efetivos, prazos e metas a serem cumpridos. Contudo, não foi isso que se verificou.

Percebeu-se uma grande incorporação das diretrizes e instrumentos de política urbana, mas com pouca efetividade, limitando-se a reproduzir as normas gerais estabelecidas no Estatuto das Cidades.

A ausência de participação da sociedade civil organizada vai contra os preceitos de gestão societária, estabelecidos pós-Constituição de 1988, dificultando o acompanhamento e fiscalização pelos cidadãos.

Os instrumentos de política urbana previstos nos Planos Diretores que podem ser utilizados para a proteção do patrimônio histórico não são autoaplicáveis, pelo contrário, quase todos tiveram sua utilização condicionada à regulamentação em leis específicas, das quais não se têm notícias de sua elaboração e aprovação. Como a proteção do patrimônio histórico está intimamente ligada a restrições do direito de propriedade, parece claro que sua regulamentação esbarra em interesses particulares. O confronto entre o direito individual à propriedade e o interesse público na regulamentação dos Planos Diretores é um desafio e deve ser enfrentado, mesmo que o tema seja tratado com resistência por alguns gestores. Afinal, a preservação dos laços culturais de um povo merece investimento público e deve estar acima de qualquer interesse individual.

### Referências

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, Júlio Herman. Políticas públicas: o diálogo entre o jurídico e o político. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, n. 35, v. 9, p. 157-169, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Estatuto da Cidade*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Pedro Luiz Barros; MELO, Marcus André Barreto de. O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes na avaliação de programas e projetos. *Núcleo de Estudos de Políticas Públicas (NEPP) da UNICAMP*, Caderno 48, 2000. Disponível em: [www.nepp.unicamp.br/d.php?f=42](http://www.nepp.unicamp.br/d.php?f=42). Acesso em: 20 de julho 2010.

### FICHA CATALOGRÁFICA

VIANNA, Tatiana Cardoso Teixeira; PACHECO, Pablo Vianna. O direito ao patrimônio histórico no âmbito municipal. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 210-216, 2014.

## 19 DESNECESSIDADE DE LEI PARA O USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*Eduardo Fortunato BIM*

### Introdução e indagação que orienta a pesquisa

A necessidade de lei para a instituição da arbitragem no Brasil ainda é matéria polêmica, mormente sobre o que pode ser levado a arbitragem (arbitrabilidade objetiva). Quando se trata de Administração Pública, a vedação a arbitrabilidade objetiva chega mesmo a ser total.

Os principais pontos de controvérsias envolvem a (i) indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública, o que aconteceria com a remessa da disputa à arbitragem, e a (ii) ausência de lei para tanto.

O primeiro aspecto pode ser resumido na assertiva de que a arbitragem seria uma forma de disputa entre privados da qual somente seria possível quando se tratasse de direitos patrimoniais disponíveis, o que não ocorreria com a *res publica*. O segundo se desdobra em vários, passando da necessidade de lei genérica, servindo a lei de arbitragem ou alguma genérica de direito público, até a exigência de lei específica para tanto.

Outro aspecto, que não será aprofundado no presente artigo, é a supervalorização do judiciário como o único meio para se resolver disputas, como se ele tivesse o monopólio de tal função, o que, em uma visão extremada, poderia impedir até mesmo a transação entre as partes. Também não será desenvolvido o argumento de que a arbitragem gera a impossibilidade de acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) (FIGUEIREDO, 2008, p. 116) – que também serviria para rechaçar a arbitragem para os particulares – porque ele já foi expressamente afastado pelo STF na recente SE 5.206 AgR/EP<sup>40</sup> e no antigo AI 52.181/GB (caso Lage).<sup>41</sup>

A presente pesquisa é orientada pela necessidade de se esclarecer se há, e em que medida, necessidade de lei para que seja possível a arbitragem nos contratos administrativos.

### Motivo

---

<sup>40</sup> “[...] 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF” (STF, Pleno, m.v., SE 5.206 AgR/EP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12/12/2001, DJU 30/04/2004, p. 29).

<sup>41</sup> STF, Pleno, v.u., AI 52.181/GB, rel. Min. Bilac Pinto, j. em 14/11/1973, DJU 15/02/1974 (fls. 28-29 do acórdão).

O presente artigo pretende analisar esses dois óbices jurídicos (indisponibilidade do interesse público e ausência de lei) ao uso da arbitragem para a resolução de disputas contratuais da Administração Pública, mormente porque o Tribunal de Contas da União (TCU) tem jurisprudência oscilante sobre a questão, com tendência a negar validade ao uso da arbitragem, trazendo insegurança jurídica ao gestor público e ao contratado do Estado.

### **Método**

O método de pesquisa adotado é o dedutivo e indutivo. Este parte de situação geral para explicar situação particular e assim, chegar à conclusão da afirmativa pretendida.

Parte-se da investigação geral sobre indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade relacionando-os com a arbitragem, citando como suporte jurisprudência do STF e STJ sobre a matéria, para criticar o atual posicionamento do TCU sobre a matéria.

### **Resultados obtidos pela pesquisa**

A indisponibilidade do interesse público não é motivo para negar a validade do uso da arbitragem pela Administração Pública em questões contratuais. O fato de a Lei 9.307/96 dispor, em seu artigo 1º, que as pessoas capazes de contratar podem usar a arbitragem para dirimir litígios relativos a “direitos patrimoniais disponíveis” não impede o seu uso pela Administração Pública, a menos em questões financeiras do contrato administrativo.

Esse entendimento acaba se confundindo com aquele no qual não haveria possibilidade de se transacionar na Administração Pública, alojando no Judiciário toda e qualquer decisão que envolva conflitos relativos à Administração Pública. Nada mais equivocado

O Supremo Tribunal Federal, ainda que partindo do ponto de vista que a indisponibilidade do interesse público seria um empecilho às soluções negociadas, caso elas fossem onerosas, admitiu a sua possibilidade em tese.<sup>42</sup> O TCU, recentemente, admitiu que a Telebrás deve tomar providências para em alguns casos, por “necessidade ou conveniência”, “buscar solução negociada, compartilhada e coletiva” “que minimizem substancialmente os riscos de condenações judiciais em decorrência de decisões não albergadas pelo ordenamento jurídico”.<sup>43</sup>

Ademais, não há disposição de direitos na arbitragem, que é julgamento, os direitos é que já são disponíveis, embora pertencente a todos, a coletividade.<sup>44</sup>

A indisponibilidade do interesse público não gera a reserva de jurisdição. Mesmo bens indisponíveis podem ser transacionados, como o meio ambiente (compromissos de

---

<sup>42</sup> STF, 2ª T., v.u., RE 253.885/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 04/06/2002, DJU 21/06/2002, p. 118.

<sup>43</sup> TCU, 2ª Câmara, Ac. 677/2013, rel. Min. Raimundo Carreiro, j. em 26/02/2013, DOU 01/03/2013, S. 1, p. 181.

<sup>44</sup> Conclui Grau (2000, p. 14-20), “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público [...] sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.”

ajustamento de conduta). Essa indisponibilidade deve ser entendida como vinculação da Administração aos interesses maiores do Estado. A Administração Pública não está abrindo mão do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio. O dever de indenizar, anular os próprios atos, reequilibrar a equação econômico-financeira pode ser efetuada sem ingresso em juízo, não existindo reserva de jurisdição.

Se o conflito pode ser resolvido pelas próprias partes, independentemente do ingresso em juízo (reserva de jurisdição), não faria sentido que não pudesse ser composto mediante juízo arbitral.

A não afronta à indisponibilidade do interesse público nos contratos administrativos pelo uso da arbitragem não significa que todas as matérias sejam passíveis de serem resolvidas por tal meio alternativo de resolução de disputas. Segundo Eros Grau, “ainda que não exista impedimento absoluto a uso da arbitragem pela Administração, é natural que nem toda matéria possa ser resolvida por essa via. [...] só podem ser arbitradas as questões de natureza contratual ou privada.” (GRAU, 2000, p. 15)

O limite do uso da arbitragem pelo Estado é não abrir mão das funções estatais, do aspecto regulatório, enfim dos atos de império.

Recentemente, o TCU (Plenário, Ac. 2573/12, item V.11) decidiu que a minuta de contrato (item 35.1.1 da Minuta de Contrato do Edital 001/2011-BR-101/ES/BA), que pretendia garantir a arbitragem como solução de toda e qualquer controvérsia e/ou disputa entre as partes oriunda ou relacionada ao contrato de concessão, incluiria as *questões econômico-financeiras*.<sup>45</sup> Na visão do TCU, seria indelegável e irrenunciável a resolução das divergências decorrentes do contrato de concessão de serviço público quanto aos aspectos econômico-financeiros por ser ato regulamentar privativo da ANTT,<sup>46</sup> não bilateral, logo indisponível.

A questão se afigura polêmica porque foge do rol de matérias elencadas por parte da doutrina como não sujeitas a arbitragem. Salles (2011, p. 215-216) narra algumas restrições à arbitrabilidade objetiva: (i) mérito do ato administrativo, (ii) vedação ao juízo de equidade, (iii) impossibilidade de escolha da lei aplicável e (iv) intangibilidade da capacidade sancionatória do Estado.

A indisponibilidade de direitos patrimoniais não se confunde com a do interesse público. É com a disposição de direitos patrimoniais que se alcança o interesse público, o patrimônio disponível é o econômico.

---

<sup>45</sup> Tanto é que o item 19.2.2 da minuta contratual impõe ao poder concedente a responsabilidade por “decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão.”

<sup>46</sup> “Art. 24. (...) VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;” (Lei 10.233/01, art. 24, VII).

O principal entrave à instituição da arbitragem entre nós, bem como outros meios alternativos de resolução de disputas, é a visão princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Como esse já foi analisado, aborda-se nesse item a questão da legalidade, embora haja conexões evidentes entre ambos.

Quanto à necessidade de lei para o uso da arbitragem nos contratos administrativos, existem 4 (três) possibilidades hermenêuticas:

- 1) seria necessário previsão caso a caso, mediante lei estabelecendo exatamente o que seria levado a arbitragem e em que caso (v.g., caso Lage);
- 2) leis setoriais autorizariam a arbitragem (v.g., energia elétrica, petróleo, transportes terrestres e aquaviários);
- 3) a lei específica seria uma lei geral autorizando a arbitragem na Administração Pública (v.g., Lei 11.196/05);
- 4) desnecessidade de lei, bastando a existência da arbitragem no ordenamento, como seria o caso da Lei 9.307/96.

Ressalte-se que os entendimentos dos diversos tribunais judiciais e administrativos que se debruçaram sobre a matéria ainda são confusos, não apenas pela diversidade legislativa, como pela variedade de casos, sendo difícil extrair uma tese generalizante.

Todas as possibilidades hermenêuticas são analisadas e se conclui que não há necessidade de lei, bastando previsão genérica do instituto, como ocorre na Lei 9.307/96 ou mesmo pela aplicação subsidiária dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (Lei 8.666/93, art. 54). (DALLARI, 1996, p. 7)

Como visto, os impedimentos para que a Administração Pública usem a arbitragem não existem, uma vez que se trata de matéria contratual, de gestão, pertencente a “autonomia contratual do Estado que, como toda a pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada” (fls. 25-26 e 40 do Caso Lage: STF, AI 52.181/GB<sup>47</sup>).

## Referências

DALLARI, Adilson. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, 2000.

---

<sup>47</sup> STF, Pleno, v.u., AI 52.181/GB, rel. Min. Bilac Pinto, j. em 14/11/1973, DJU 15/02/1974.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

BIM, Eduardo Fortunato. Desnecessidade de lei para o uso da arbitragem pela administração pública nos contratos administrativos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 217-221, 2014.

## 20 REGIME JURÍDICO DOS PORTOS NO BRASIL

*João Paulo Imparato SPÖRL*

### **Introdução**

Os portos são a infraestrutura necessária ao transporte aquaviário de bens e pessoas, cuja importância histórica está relacionada às atividades de comércio estabelecidas entre diferentes regiões do planeta. Ainda que o progresso tecnológico dos últimos séculos tenha permitido o surgimento de outras formas de transporte, como aéreo e o férreo, a via marítima continua a ser meio essencial para exploração econômica e para o comércio entre nações, através da utilização de embarcações e das instalações portuárias. Neste sentido, o estudo sobre este tipo de modal de transporte se faz oportuno na atualidade, uma vez que aflora o debate sobre a necessidade de desenvolvimento de infraestrutura logística como alternativa ao crescimento socioeconômico de nosso país.

Nos últimos vinte anos o setor de portos foi regulamentado pela Lei 8.630/1993, chamada de Lei de Modernização dos Portos, ou de Lei de Portos, Lei nº 8.630/1993. O referido diploma legal trouxe grande inovação ao setor portuário, trazendo a possibilidade de exploração de portos por meio de uma estrutura complexa. Ao mesmo tempo, adequou o regime jurídico portuário ao novo contexto de abertura econômica.

Todavia, ante a necessidade de desenvolver o setor e dirimir diversas conflitos e questões que emergiam da aplicação da lei de portos vigente, foi editado em 5 de junho de 2013 a Lei nº 12.815 que passa a regulamentar o setor portuário revogando a lei anterior. O novo diploma legal promoveu uma profunda mudança no setor, tanto sob à ótica institucional, quanto sob o ponto de vista da regulamentação dos terminais portuário.

Com a extinção das chamadas Companhias Docas, há uma centralização do planejamento e coordenação do setor na Secretaria de Portos (SEP), órgão do executivo ligado à Presidência da República, mas com status ministerial. Dessa forma, busca-se orientar os investimentos nesta área a partir de um planejamento integrado com outros setores da economia, visando desenvolver terminais que atendam as demandas específicas de cada localidade. Através da edição do novo marco regulatório, pretende-se, ainda, destravar os investimentos no setor através de uma nova modelagem para os procedimentos licitatórios de terminais a serem arrendados.

Neste sentido, ante a atualidade e importância das mudanças normativas e regulatórias, fundamental compreender de que maneira as novas regras são capazes de solucionar antigas questões e, ao mesmo tempo, promover o desenvolvimento do setor portuário.

### **Motivo e indagação que orienta a pesquisa**

O presente trabalho visa realizar uma análise do regime jurídico dos portos marítimos a partir do novo marco normativo, visando estabelecer um paralelo com a legislação anterior

para, em seguida, identificar de que maneira a nova estrutura institucional e normativa é capaz de promover o desenvolvimento do setor portuário.

### **Resultados obtidos**

Apesar da brevidade com que a lei foi editada, muitas mudanças já podem ser notadas. Sob o ponto de vista institucional, a centralização do planejamento do setor na SEP já traz resultados positivos, uma vez que as novas rodadas de licitação de terminais prometem atrair investimentos no setor.

Ao mesmo tempo, quanto a regulamentação dos terminais privados, dirimiu-se questionamentos, principalmente quanto às questões de movimentação de carga até então presentes com a legislação anterior, trazendo maior segurança jurídica para o desenvolvimento do setor.

### FICHA CATALOGRÁFICA

SPÖRL, João Paulo Imparato. Regime jurídico dos portos no Brasil. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 222-223, 2014.

## **21 OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS E CONCESSÕES URBANÍSTICAS**

*Gabriel Abdallah MUNDIM*

A apresentação a ser realizada no 3º Seminário de Pesquisa de Direito Administrativo tem como objetivo explorar determinados aspectos das chamadas “operações urbanas consorciadas”, instituto introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 32 da *Lei n 10.257, de 10 de julho de 2001* (Estatuto da Cidade).

Trata-se de tema integrante da dissertação de mestrado ora em elaboração, que tem como objeto de análise a figura da concessão urbanística, instrumento criado pelo Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 13.430, de 12 de setembro de 2002) e posteriormente detalhado pela Lei nº 14.917, de 7 de maio de 2009.

No evento, pretende-se discorrer, em primeiro lugar, a respeito do conceito legal de operações urbanas consorciadas (e sua insuficiência para fins diferenciá-las de outros institutos), qual seja: “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental” (artigo 32, § 1º, do Estatuto da Cidade).

Em seguida, trataremos do contexto em que se insere a figura da operação urbana consorciada e que, em última instância, justificou sua criação, um contexto marcado, sobretudo, por uma baixíssima capacidade de investimento, gestão e controle por parte do Estado e, concomitantemente, uma intensificação da condição de caos, concentração e desigualdade urbana no Brasil.

A partir de tal contextualização, passaremos a delinear as principais características das operações urbanas consorciadas, bem como sua função, que, de acordo com o dispositivo legal já mencionado seria alcançar “transformações urbanísticas estruturais”, “melhorias sociais” e “valorização ambiental”. A este respeito, a principal questão colocada pela doutrina é: para a realização de uma operação urbana consorciada, é necessário que todos esses objetivos sejam alcançados cumulativamente?

Ato contínuo, discorreremos brevemente sobre as principais questões de cunho operacional no desenvolvimento de uma operação urbana consorciada, notadamente: (i) a competência municipal para a instituição de operação urbana consorciada; (ii) necessidade de lei autorizativa e o conteúdo mínimo exigido pelo Estatuto da Cidade para tal ato normativo; (iii) a necessidade de estudos prévios de impacto ambiental e de vizinhança; e, por fim (iv) a possibilidade de instituição de contrapartidas e os mecanismos para sua operacionalização.

Ao tratar dos pontos acima, buscaremos, a todo o momento, trazer para discussão os principais exemplos de operações urbanas consorciadas já realizadas ou em realização no Brasil (Operações Faria Lima e Água Espreada em São Paulo e Porto Maravilha no Rio de Janeiro), para que, com isso, sejam melhor vislumbradas e compreendidas as problemáticas de tal instituto.

Por fim, trataremos dos possíveis mecanismos jurídicos para implementação e gestão de uma operação urbana consorciada, que é exatamente o ponto onde se insere a figura da concessão urbanística (ou as parcerias público-privadas), figura criada justamente para propiciar grandes projetos de revitalização urbana e que possui grande sinergia com o modelo da operação urbana consorciada, como será exposto.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

MUNDIM, Gabriel Abdallah. Operações urbanas consorciadas e concessões urbanísticas. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 224-225, 2014.

## **22 A DISCRIMINAÇÃO NA COBRANÇA DE TARIFAS DE ENERGIA E TELEFONIA COMO ESTRATÉGIA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INCLUSIVA**

*Natália de Aquino CESÁRIO*

### **Introdução**

Pretende-se analisar as manifestações do princípio da igualdade no direito administrativo, com especial enfoque em dois instrumentos jurídicos, a saber: a Tarifa Social de Energia Elétrica e o denominado Telefone Social. Busca-se, pois, ressaltar as medidas de discriminação como estratégias inclusivas em dois clássicos serviços públicos de natureza econômica.

A tarifa social de energia elétrica esta prevista na Lei nº 12.212/2010 e é tida como um desconto na conta de luz destinado às famílias que possuem renda familiar mensal per capita menor ou igual à metade do salário mínimo nacional e que estejam inscritas no Cadastro Único para programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico ou que tenham entre os moradores da casa alguém que receba o benefício de prestação continuada da assistência social.

O Projeto de Lei nº 6.677/06 institui o telefone social, destinado às famílias de baixa renda, alterando dispositivos da LGT para admitir a adoção de critérios diferenciados fundados na condição socioeconômica do usuário, garantindo o acesso aos serviços de telecomunicações e reduzindo as desigualdades sociais. Dentre as justificativas apresentadas esta o interesse público em tornar a telefonia fixa mais acessível e, uma das maneiras encontradas para se conseguir esse objetivo, seria reduzir os custos da prestação do serviço. Essa finalidade seria a efetiva inclusão social das camadas da população com escassos recursos econômicos.

Com o enfoque em outro diploma legal mais recente, qual seja, o Decreto nº 7.512 de 30 de junho de 2011, e a posterior Resolução nº 586 de 2012 da ANATEL que trata do chamado “Telefone Popular” que aprova o Regulamento do Acesso Individual Classe Especial – AICE (mais conhecido como Telefone Popular), do Serviços Telefônico Comutado destinado ao uso do público em geral – STFC.

Através do AICE (mais conhecido como telefone popular) as famílias incluídas no CadÚnico podem ter acesso ao serviço de telefonia fixa em condições especiais. Sua assinatura mensal possui uma tarifa no valor entre R\$ 12,62 e R\$ 14,80 com impostos, valor que dependerá do estado que a família reside. O telefone popular dá direito a uma franquia mensal de 90 minutos para realizar chamadas locais para outros telefones fixos durante o mês. Para realizar ligações locais acima da franquia de 90 minutos, chamadas para telefones celulares, chamadas de longa distância nacional e internacional é necessário inserir créditos ao telefone popular.

É praticamente consenso doutrinário que há uma proibição no ordenamento jurídico brasileiro das “diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça” (MORAES, 2008, p. 36). As leis, ao que tudo indica, não podem estabelecer discriminações infundadas. É necessário um estudo das condições sociais, estabelecendo um fator discriminatório que possa ter por finalidade o alcance da isonomia de tratamento para todos os legislados.

A ordem jurídica vigente pretende demonstrar a impossibilidade de desequiparações que não tenham embasamento suficiente e sejam fortuitas, ou seja, para que ocorram desigualdades no sistema normativo amparadas no princípio da isonomia/igualdade, torna-se necessária a justificação plausível. Dessa forma, serão vedadas as especificações arbitrárias que possam trazer benefício ou prejuízo para o legislado (MELLO, 1999, p. 18).

Em síntese, trata-se de trabalho que se insere na linha de pesquisa sobre direito administrativo inclusivo já desenvolvido há alguns anos na Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto.

Dentro dessa linha, a pesquisa visará especificamente colaborar para a compreensão de desequiparações legislativas que permitam à população de baixa renda o acesso aos serviços públicos econômicos como forma de o Estado, em última instância, cumprir seu dever de garantir condições mínimas de bem-estar a todos os brasileiros nos termos do art. 3º da Constituição da República. Com isso, a pesquisa a ser realizada deverá colaborar com estudos na área de inclusão socioeconômica por meio de instrumentos de direito administrativo e, simultaneamente, contribuir para o aprofundamento dos debates a respeito do princípio da igualdade nos serviços públicos.

### **Indagação que orienta a pesquisa**

Os serviços públicos devem ser aptos a atender aos direitos fundamentais e essencialmente o princípio isonômico. Marques Neto (2006, p. 76) concorda com esse ponto, relatando que “ao determinar que compete à União prestar diretamente ou por delegação uma dada atividade, a Constituição impõe ao poder público o poder-dever de assegurar a toda gente o acesso e a fruição de uma dada atividade”, exemplificando o serviço público como tal atividade, como é o caso do artigo 21, XI da CF para os serviços de telecomunicações<sup>48</sup>. De fato, a acessibilidade dos serviços públicos deve ser algo objetivado pelo poder público, tendo como embasamento o princípio da universalização e da continuidade (MARQUES NETO, 2006, p. 77) para alcançar o princípio da igualdade.

Essa igualdade formal não é, porém, absoluta. Isso, porque a Lei de concessões e permissões de serviços públicos (Lei nº 8.987, de 13-2-95) prevê a possibilidade de tarifas diferenciadas,

---

<sup>48</sup> Artigo 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95).

abrindo espaço para políticas discriminatórias. Realmente, o artigo 13 da citada lei menciona tais tarifas, in verbis: “As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”. Observe-se, porém, que a discriminação prevista nesse dispositivo ocorreria por “características técnicas” e “dos custos específicos” do serviço para cada tipo de usuário. Nessa linha, uma primeira questão relevante que se pretende abordar na pesquisa diz respeito aos limites interpretativos do art. 13 e seu papel na sustentação de políticas discriminatórias de natureza socioeconômica quanto à prestação de serviços públicos.

Talvez exatamente pelo caráter restritivo do art. 13 algumas leis recentes se propõem a abordar o assunto de outra forma, valorizando a discriminação como estratégia inclusiva dentro da lógica maior da Administração Pública inclusiva. Quando se fala de serviço público de natureza econômica, exemplos disso se vislumbram essencialmente na Lei 12.212/2012, que dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica, no Projeto de Lei 6677/06 (este é um Projeto de Lei que advém de uma proposta do Poder Executivo para alterar a Lei Geral de Telecomunicações-LGT - Lei n. 9.472/97) que institui o denominado Telefone Social e no Decreto nº 7.512 de 30 de junho de 2011, e a posterior Resolução nº 586 de 2012 da ANATEL que trata do chamado “Telefone Popular” que aprova o Regulamento do Acesso Individual Classe Especial – AICE (mais conhecido como Telefone Popular), do Serviços Telefônico Comutado destinado ao uso do público em geral – STFC.

Por todo o exposto, várias questões devem ser respondidas ao longo da pesquisa. Dentre elas:

- A utilização de tarifas sociais permitem a universalização do serviço público?
- O acesso ao serviço público está de acordo com o conceito de *serviço adequado* da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (que institui que deverá haver modicidade tarifária<sup>49</sup>)?
- Há eficácia e utilidade em relação aos consumidores de baixa renda aos planos diferenciados que lhes são oferecidos?
- Pode o Estado concretizar o art. 3º da Constituição Federal e superar desigualdades socioeconômicas?
- Em que medida a Administração Pública desempenha um papel relevante nesse setor?

## Motivo

Essa investigação se mostra extremamente oportuna, pois o princípio da igualdade ainda é pouco abordado pela doutrina especializada no direito administrativo. Ocorre, porém, que a busca de estratégias para o desenvolvimento brasileiro e a acentuada desigualdade

---

<sup>49</sup> Art.6 § 1º da Lei nº 8.987/1995: Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

socioeconômica que marca a sociedade exige que esse princípio seja destacado, garantido e reinventado pelo poder público de modo genérico. A pesquisa justifica-se, ainda, porque são escassas as obras científicas a tratar da discriminação positiva no âmbito dos serviços públicos econômicos.

A relevância também se dá devido a não compreensão apropriada das desigualdades legislativas que permitam à população de baixa renda o acesso aos serviços públicos. Os estudos sobre esse assunto não estão aperfeiçoados, o que se comprova devido à falta de debates e da conscientização da população sobre as discriminações tarifárias que visam à igualdade de acesso aos serviços públicos.

Com a desigualdade socioeconômica verificada em nosso país, as discriminações tarifárias podem ser um meio de atingir a universalização dos serviços públicos, assim como a igualdade ao acesso destes. Sendo assim, também se justifica pelo anseio da sociedade em atingir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja: reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Dessa forma, esse estudo é importante para o desenvolvimento da linha de pesquisa do direito administrativo inclusivo, tendo como foco dois serviços públicos em pauta atualmente, mas pouco abordados pela doutrina e legislação.

### **Método**

a) Dedutivo: a partir da análise dos princípios e regras que abordem os serviços públicos de energia e telefonia elaborar sua correlação com a finalidade de inclusão social. Serão analisadas fontes legislativas no âmbito nacional e internacional no que se refere ao direito administrativo inclusivo, bem como fontes doutrinárias que tratem deste tema.

b) Indutivo: levantamento das principais posições existentes na doutrina de jurisprudência (nacional e internacional) acerca do tema, com a finalidade de estabelecer o desenvolvimento e o entendimento existentes na atualidade e seu respectivo alcance.

c) Especulativo, comparativo e lógico, que serão utilizados com o avanço da pesquisa para se realizar uma comparação nacional e estrangeira.

Quanto às fontes, a pesquisa priorizará a legislação que trate do tema dos serviços públicos de energia e telefonia, bem como normas gerais acerca da prestação de serviços públicos, principalmente os de caráter econômico. Ademais, no âmbito doutrinário, a pesquisa valorizará artigos e livros acerca de serviços públicos e de princípios de direito administrativo. A análise jurisprudencial será realizada apenas subsidiariamente, considerando, sobretudo, julgados dos Tribunais Superiores brasileiros.

### **Referências**

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. As Políticas de Universalização, Legalidade e Isonomia: O Caso “Telefone Social”. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 4, n. 14, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo, Atlas, 2008.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

CESÁRIO, Natália de Aquino. A discriminação na cobrança de tarifas de energia e telefonia como estratégia de administração pública inclusiva. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 226-230, 2014.

## **23 A CONCESSÃO DE EFEITO POSITIVO AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO DO PODER PÚBLICO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO: POLÊMICA E IMPLICAÇÕES**

*Lígia Covre da SILVA*

### **O trabalho no contexto em que se inseri**

Constitui objeto desta pesquisa a discussão sobre os possíveis benefícios e prejuízos de se introduzir uma norma geral na Lei de Processo Administrativo (9.784/99) que discipline os efeitos do silêncio administrativo, mais especificadamente, a autorização fictícia, tendo como eixo norteador as seguintes perguntas e discussões: a) como são disciplinados os efeitos jurídicos do silêncio administrativos em países como Alemanha, Espanha e Argentina c) quais vantagens seriam percebidas se houvesse a concessão de efeito positivo ao silêncio do Poder Público no processo administrativo? e d) quais as críticas e implicações eventualmente negativas de se reconhecer o efeito positivo do silêncio como regra geral.

A teoria do silêncio é estudada nas mais diversas áreas e disciplinas do direito, sendo que seu valor jurídico varia conforme o ângulo em que é abordado. Afinal, o silêncio é capaz de exprimir vontade, seja de consentimento ou rejeição, gerando efeitos jurídicos. No campo do direito privado, a não manifestação dessa vontade representa, na maioria das vezes, um assentimento tácito.

No âmbito do direito público, especificamente, no direito administrativo, a situação torna-se mais complexa, uma vez que este se encontra adstrito a princípios como: legalidade estrita; supremacia do interesse público; publicidade; motivação; e, outros que dificultam as hipóteses de julgamento tácito.

Malgrado o exposto, o silêncio administrativo produz efeitos jurídicos a serem cuidadosamente disciplinados, principalmente no âmbito da administração prestadora, ou seja, nos casos em que o particular espera do poder público o deferimento ou indeferimento de um ato que lhe seja vantajoso, como a licença para construir, prestar serviço e a análise de um ato de concentração econômica.

No que diz respeito aos instrumentos legais que regulam o tema do silêncio administrativo, tem-se que inexistente no ordenamento jurídico pátrio uma norma geral que abarque o tema e seus efeitos. O que se tem são dispositivos legais esparsos que determinam deveres, prazos e responsabilidade pela ação retardada ou pela omissão estatal. Sobre os efeitos deste silêncio são poucos os diplomas que determinam regras específicas sobre o assunto.

Apesar do exposto, será que a criação de uma norma geral sobre autorização fictícia de fato colaboraria para a celeridade e eficiência dos órgãos administrativos, ou, pelo contrário, estimularia indeferimentos de pedidos, em razão dos efeitos constitutivos do instituto? Haveria realmente segurança jurídica com o instituto, tendo em vista o princípio da

autotutela da Administração Pública? O contraditório no processo administrativo seria o mesmo ou teríamos sua mitigação por força da necessidade de se expedirem conclusões urgentes?

É por essas e outras indagações que esta pesquisa se faz necessária. No âmbito estritamente acadêmico, ela oportuniza a relação dos conhecimentos vinculados ao Direito Administrativo, com as situações práticas vivenciadas nas relações jurídico-administrativas, uma vez que os resultados poderão levar a conclusões posteriormente empregadas de forma concreta. Em relação à ciência jurídica, ela poderá contribuir para o reconhecimento ou não de um novo instrumento jurídico capaz de solucionar a tão indesejável inércia Estatal diante de pleitos a ela dirigida.

Por fim, acredita-se também que este estudo possa acrescentar uma compreensão estrutural e abrangente de um assunto pouco discutido pela doutrina nacional.

### **Objetivos**

O objetivo geral desta pesquisa consiste em analisar a pertinência da abordagem do efeito positivo do silêncio administrativo e da introdução de uma norma geral sobre a autorização fictícia. Os objetivos específicos são mapear os instrumentos normativos usados pela Alemanha, Perú (vale destacar que no projeto inicial, tencionava-se estudar o instituto Espanhol, porém, por considerações feitas por um dos ouvintes do IIISPDA, a Espanha cede espaço ao Perú) e Argentina no tratamento da autorização fictícia no âmbito administrativo; levantar as críticas doutrinárias feitas ao instituto naqueles países; avaliar as situações em que se pode ser produzido o ato administrativo positivo fictício; a identificar as hipóteses legais vigentes no Brasil que discipline a autorização fictícia ou efeitos fictícios; estudar quais as possíveis vantagens de se introduzir uma norma geral sobre autorização fictícia na LPA; e examinar as críticas e desvantagens a esta solução, sobretudo com base no exemplo comunitário europeu.

### **Metodologia**

Para responder a pergunta proposta por este projeto, tenciona-se utilizar métodos específicos para cada objetivo. Nesse sentido, para realizar o mapeamento do tratamento do silêncio nos países acima citado, far-se-á uma análise legislativa, utilizando-se do método descritivo e do direito comparado. Para identificar as hipóteses legais sobre a autorização fictícia vigentes no Brasil, também será feita uma análise legislativa, valendo-se do método descritivo.

A análise da doutrina nacional que trate sobre o problema do silêncio administrativo será feita por meio do método indutivo, ao passo que as discussões e das vantagens e desvantagens serão realizadas como base no método especulativo e comparativo. Por fim, para se obter uma conclusão, as possíveis vantagens e prejuízos serão opostos dialeticamente.

Isso tudo por meio de estudo da bibliografia do tema, incluindo consulta de manuais, artigos de periódicos jurídicos, monografias, revistas digitais, legislações nacionais e internacionais, diretiva europeia, e material obtido junto ao site do IBICT (Instituto de Informação em Ciência e Tecnologia).

### **Atual estágio da pesquisa**

Com relação ao estágio em que esta pesquisa se encontra, tem-se que, no presente momento, não há nenhum resultado concreto a ser apresentado, tendo em vista que a provável implementação da bolsa PIBIC, concedida pela instituição de pesquisa CNPq ocorrerá em agosto de 2013.

A pesquisa ainda encontra-se no estágio de levantamento bibliográfico sobre o assunto. Somente a partir dos fichamentos é que será possível apontar uma tendência mais concreta.

Entretanto, a partir de leituras realizadas para a elaboração do projeto, pode-se adiantar que a Alemanha já prevê em sua lei de processo administrativo, conhecida como *VwVfG*, dispositivos que regulamentam a autorização fictícia (*Genehmigungsfiktion*). O Perú, por seu lado, possui uma lei específica sobre os efeitos do silêncio administrativo, demonstrando a importância de se regular o mutismo Estatal. Ambos exemplos servirão de norte para o objetivo principal desta pesquisa.

### FICHA CATALOGRÁFICA

SILVA, Lúgia Covre da. A concessão de efeito positivo ao silêncio administrativo do poder público no processo administrativo: polêmica e implicações. <i>Revista Digital de Direito Administrativo</i> , Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 231-233, 2014.
--

## **24 A IMPROPRIEDADE DO RITO PROCEDIMENTAL DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO**

*Stella Moura MENDES*

A Administração Pública, para bem executar as atividades que lhe são incumbidas, utiliza-se de elementos da sua estrutura funcional na sua organização interna, tais como a hierarquia e a disciplina.

O corpo funcional da Administração Pública exerce função de preposto do Estado, vez que este apenas se faz presente por meio daquele corpo. Por manifestar a vontade estatal, suas atitudes acabam sendo imputadas ao próprio Estado e, por isso, devem ser estabelecidas regras de comportamento, deveres, proibições e, quando constatada alguma irregularidade praticada, a aplicação de sanções.

Para se configurar uma infração disciplinar e, conseqüentemente, aplicar sanções, é necessário que seja observado todo o procedimento previsto no conjunto de leis que diplomam sobre o assunto, além de levar em consideração todos os princípios da Administração Pública e demais princípios abarcados pela Constituição pátria. Dessa forma, o Direito Administrativo Disciplinar possui uma estreita relação com o Direito Constitucional, devendo todo o processo administrativo estar em consonância com as determinações da Carta Magna.

Em resumo, observa-se que para um bom funcionamento da Administração, ao apurar as infrações funcionais e aplicar penalidades, pautando-se no respeito e proteção das garantias constitucionais do devido processo legal e ampla defesa, é de suma importância que o procedimento administrativo disciplinar seja obedecido e que este, acima de tudo, esteja em consonância com os princípios da Constituição da República.

### **Indagação**

A indagação lançada, e que será o norte das pesquisas, é se o rito do procedimento administrativo disciplinar adotado na Lei Federal 8.112/1990 é compatível com o modelo de processo administrativo contido na Constituição Federal de 1988.

### **Motivo**

O presente projeto teve como seu marco inicial o contato com os processos administrativos disciplinares no âmbito da Faculdade Federal de Uberlândia. Na medida em que os processos administrativos disciplinares passam a atender estritamente à Lei Federal que diploma sobre tal modalidade de processo administrativo (Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1.999), também parecem se distanciar do modelo assegurado pela nossa Carta Magna, chegando a ser preocupante o fato de tal constatação não ter o campo de discussão que merecia.

Com o fito de comprovar tal assertiva, asseverando a supremacia do modelo constitucional de processo administrativo, esse trabalho se propõe a superar tal questionamento, colocando a Constituição Federal no patamar de respeito máximo, buscando a proteção dos servidores públicos envolvidos nos processos administrativos disciplinares.

Ato contínuo, insta salientar que o objetivo geral do presente feito é demonstrar a impropriedade do processo administrativo disciplinar face ao modelo constitucional de processo.

Por sua vez, seus objetivos específicos são: a análise da evolução histórica do processo administrativo disciplinar; a análise do modelo constitucional de processo administrativo e a constatação da impropriedade do processo administrativo disciplinar contido na Lei 8.112/90.

### **Método**

Para elaboração clara e lógica de tal estudo, faz-se necessário a abordagem dedutiva. E para que se chegue a qualquer conclusão, torna-se imprescindível a pesquisa bibliográfica. Como tal proposição ainda não é de veras discutida, a leitura dos mais diversos doutrinadores fará a base para o apontamento final do presente trabalho.

A pesquisa será construída a partir da evolução histórica do processo administrativo disciplinar no país. Na sequência, será analisado o modelo constitucional de processo administrativo. Finalmente, para concluir sobre a impropriedade do procedimento, serão utilizadas doutrinas, as obras de José Armando Costa, periódicos e jurisprudência.

### **Resultados**

Seguindo este plano de trabalho, os resultados obtidos somente serão colhidos no início do ano de 2014, visto que o início das pesquisas se dará com leituras e análise da evolução histórica. Porém, desde já se lança a hipótese, que será confirmada ou desconstruída ao final, que o rito procedimental disciplinar administrativo é impróprio frente à Constituição Federal.

### FICHA CATALOGRÁFICA

MENDES, Stella Moura. A impropriedade do rito procedimental disciplinar administrativo. <i>Revista Digital de Direito Administrativo</i> , Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 234-235, 2014.
--

## **25 O REGIME JURÍDICO DOS BENS DAS EMPRESAS ESTATAIS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Giovanna Montellato Storace ROTA*

### **Introdução**

As empresas estatais são empresas controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública, criadas especialmente para a prestação de serviços públicos ou exploração de atividades econômicas, compondo a Administração Indireta. Existem dois tipos de empresas estatais: as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Como define o Decreto-lei nº 200/1967, as empresas públicas são aquelas criadas com patrimônio único e exclusivo das entidades políticas a que se vinculam, já as sociedades de economia mista são aquelas cujas ações com direito a voto pertencem, em sua maioria, ao ente estatal ou de entidade de sua administração indireta. Não obstante o DL nº 200/1967 faça referência à criação dessas empresas apenas para a exploração de atividade econômica, existem diversas empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, o que é aceito pelo fato de que à Administração Pública é facultado, pela Constituição Federal, escolher o modo de prestação desses serviços.

A partir dessas colocações surgem indagações sobre qual o regime jurídico aplicado às empresas estatais, vez que, em decorrência da própria definição do DL nº 200/1967, são pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta, sobre as quais, contudo, incidem normas de direito público, em razão do art. 37, da Constituição Federal de 1988. No caso das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, a definição do regime jurídico aplicável se torna ainda mais complexa, em razão da previsão constitucional de sujeição ao regime das empresas privadas no que tange aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II).

Tendo em vista a complexidade do tema, pretendo, nessa pesquisa, debruçar-me sobre um aspecto específico do regime jurídico das empresas estatais, qual seja, o regime jurídico aplicável aos seus bens e suas respectivas consequências. A discussão acerca das normas aplicáveis aos bens das empresas estatais é especialmente problemática, pois, além das discussões acerca do próprio regime jurídico dessas empresas, ainda há o fator de que os seus bens derivam (no todo, no caso das empresas públicas, ou em parte, no caso das sociedades de economia mista) do patrimônio público, o que levaria a classificá-los como bens públicos.

Ocorre que, os bens públicos submetem-se a um regime jurídico especial, marcado pelas características da inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, impossibilidade de oneração e imunidade tributária recíproca, o que se justifica pelo fato de que esses bens se prestam a atender ao interesse geral, devendo receber uma proteção quanto aos particulares e aos próprios agentes públicos. A inalienabilidade consiste na impossibilidade

de disposição do bem pelo seu titular e incide sobre os bens públicos de uso comum do povo ou de uso especial, ou seja, aqueles afetados à prestação de um serviço público, mas não incide sobre os bens públicos dominicais, ainda que, para a alienação desses, seja exigida a observância de procedimentos legais específicos. A impenhorabilidade consiste na impossibilidade do bem de sofrer penhora, ensejando que o seu titular adote o regime de precatórios para o pagamento de débitos devidos em razão de decisão judicial, já a impossibilidade de oneração impede que o bem seja objeto de direito real de garantia. A imprescritibilidade diz respeito ao fato de que os bens públicos não podem ser apropriados por terceiros em razão do decurso de tempo, ou seja, que não estão sujeitos ao usucapião. A imunidade tributária recíproca, por sua vez, consiste na vedação constitucional às entidades políticas de instituir tributos sobre as demais, estendendo-se tal proibição aos seus patrimônios.

Desse modo, pretendo investigar como o Supremo Tribunal Federal entende a aplicabilidade de cada uma dessas características próprias do regime jurídico dos bens públicos aos bens das empresas estatais, vez que diversas interpretações quanto ao regime jurídico aplicável aos bens das empresas estatais podem ser formadas a partir dos dispositivos normativos que se relacionam com a matéria, em especial o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, o art. 98 e art. 99, *caput*, III, e parágrafo único, do Código Civil e o art. 5º, *caput*, II e III, do Decreto Lei nº 200/1967.

Nesse sentido, Marques Neto (2009, p. 161) coloca que “os seus bens [das empresas estatais] não seriam, à luz do critério subjetivo constante do artigo 98 do CCB [Código Civil Brasileiro], bens públicos. Porém, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm construindo ao longo do tempo diversos argumentos para considerar os bens de empresas estatais, ou parte deles, como bens públicos (*v.g.*, submetidos total ou parcialmente a um regime de direito público), no mais das vezes a partir de um critério funcionalista”. Como se pode observar, portanto, a despeito das classificações dos bens das empresas estatais como públicos ou privados, há, por vezes, claudicância na incidência de determinados aspectos do regime jurídico dos bens públicos sobre eles, que não acompanham a classificação atribuída aos bens das empresas estatais, justificando o empreendimento desta pesquisa.

### **Indagação que orienta a pesquisa**

O STF chega a afirmar que os bens das empresas estatais são públicos ou privados? É suficiente essa classificação dos bens das empresas estatais para a aplicação das consequências de inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, impossibilidade de oneração e imunidade tributária?

Como o Supremo Tribunal Federal aplica cada uma das consequências do regime jurídico dos bens públicos aos bens das empresas estatais? Quais são os fundamentos que justificam a aplicação ou não de cada uma dessas consequências?

### **Motivo**

Como expus, grande parte da discussão gira entorno da interpretação de dispositivos constitucionais, assim, faz-se necessária uma análise de como o Supremo Tribunal Federal constrói e modula o regime jurídico aplicável aos bens das empresas estatais, identificando tendências e variações jurisprudenciais capazes, inclusive, de nortear a prática das empresas estatais no tratamento jurídico que devem dar aos seus bens.

### **Método**

Essa pesquisa é elaborada para a Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, tendo foco na jurisprudência constitucional. Desse modo, a metodologia consiste na análise de decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal. A seleção das decisões foi feita no *site* do STF, na Pesquisa de Jurisprudência, pela chave de busca “(empresa adj2 estatal ou empresa adj2 pública ou sociedade adj2 economia adj2 mista) e bem”. A chave de busca resultou em um total de 137 acórdãos, 7 questões de ordem e duas repercussões gerais. Desse total foram eliminados aqueles acórdãos nos quais a palavra “bem” foi usada na ementa ou na indexação do acórdão apenas como advérbio e não como substantivo, que é o sentido desejado. Também foram descartados do universo de pesquisa acórdãos por motivo de impertinência material com a proposta do trabalho, ainda que a palavra “bem” tenha sido usada como substantivo. O universo final de pesquisa contém um total de 63 decisões. A análise das decisões selecionadas está sendo realizada a partir da sua leitura e fichamento, com base em modelo de ficha de leitura pertinente para que se busquem respostas às indagações que orientam a pesquisa. As decisões foram divididas em grupos de acordo com o problema de cada caso e com a consequência do regime jurídico dos bens públicos discutida. Isso foi feito para identificar melhor os fundamentos usados nas decisões sobre cada uma das consequências apontadas. Dentro de cada um desses grupos a leitura está sendo realizada de maneira cronológica, para facilitar a identificação da formação e mudanças de entendimento, além do modo de uso de precedentes.

### **Resultados obtidos**

A pesquisa encontra-se em desenvolvimento, de modo que ainda não foram obtidos os resultados finais. Até o momento, os resultados parciais da pesquisa indicam que não há, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma relação estrita entre a natureza jurídica dos bens das empresas estatais e o regime jurídico a eles aplicável. Isso ocorre vez que, na maioria dos casos analisados até o momento, os Ministros não se preocupam em definir a natureza jurídica desses bens para aplicar-lhes ou não o regime jurídico dos bens públicos. Outro resultado parcial a ser apontado é o fato de que há uma tendência à aplicação das consequências do regime jurídico dos bens públicos aos bens das empresas estatais quando verificada a prestação, por tais empresas, de serviços públicos, o que justificaria, por razões teleológicas, a incidência desse regime jurídico.

### **Referências**

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica – o regime das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

ROTA, Giovanna Montellato Storace. O regime jurídico dos bens das empresas estatais: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 236-239, 2014.

## **26 AS ESPÉCIES DE CONCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO E SUA ADEQUAÇÃO PARA VIABILIZAR PROJETOS DE INFRAESTRUTURA**

*Gustavo Gil GASIOLA*

### **Introdução**

A proposta da pesquisa consiste em analisar as espécies de concessão de serviços públicos previstas no direito administrativo brasileiro hodierno (a saber: concessão simples, parceria público-privada administrativa e parceria público-privada patrocinada) no intuito de identificar, a partir desta análise, as possíveis vantagens e desvantagens de cada espécie para desenvolver e regular as grandes infraestruturas públicas.

Baseada nesse objetivo inicial, a pesquisa se propôs a estruturar um quadro geral das espécies de concessão, sobretudo mediante pesquisa teórica (doutrinária e legal). A partir deste quadro, pretendeu-se identificar o que realmente difere as espécies de concessão examinadas, criando-se a base para o aprofundamento do debate sobre o uso desse instrumento para viabilizar projetos de infraestrutura pública.

Após a conclusão da pesquisa teórica, pretendeu-se integrar à pesquisa reflexões sobre a adequação das modalidades de concessão aos projetos de infraestrutura que o Brasil necessita. Basicamente, a proposta consiste em examinar os problemas que tais projetos geram e identificar as ferramentas que as espécies de concessão oferecem para resolvê-los. Em última instância, isso implicou em uma comparação das modalidades de concessão que teve como resultado final conclusões acerca da adequação ou da inadequação de cada modalidade para superar certos problemas que projetos de infraestrutura apresentam.

### **Indagação**

A principal indagação que norteou a pesquisa foi: “quais são as diferenças entre cada espécie de concessão no direito brasileiro e de que forma estas diferenças afetam o desenvolvimento da infraestrutura pública?”

Desta, decorreram, segundo o corte metodológico, questões mais específicas, nomeadamente sobre as diferenças quanto aos objetos possíveis de cada contrato, das posições jurídicas do concedente e do concessionário, da divisão de riscos e a prestação de garantias, e a forma de remuneração – sempre as relacionando com o problema das infraestruturas públicas.

### **Motivo**

Nas últimas duas décadas, no Brasil, cresce o interesse do Estado brasileiro pelos contratos de concessão, em grande parte devido à necessidade de se investir em projetos destinados ao desenvolvimento nacional. Esse interesse revela-se tanto pelo crescente número de leis a disciplinar o assunto (Lei Geral de Concessões, Lei de Parcerias Público-Privadas, Lei de

Licitações e Contratos Administrativos, Lei de Concessão de Portos, leis setoriais, etc.), quanto pelo uso crescente das concessões de serviços, de obra e de bens públicos pela Administração Pública.

E a concessão sempre teve um papel relevante na dança do pêndulo serviço público e empresa privada nas infraestruturas. Não dispendo o Estado de condições para investir, esse contrato teve seu germe no final do século XIX, como forma de amortizar e remunerar o capital privado investido nas obras públicas. A despeito de altas e baixas no uso do instituto da concessão no decorrer de crises e conjunturas políticas diversas, hodiernamente, essa forma de parceria entre os interesses públicos com os interesses privados vem sendo exaltada pelo governo.

A “redescoberta” do instituto, no entanto, não pode ser vista como a volta do mesmo utilizado no século XIX e começo do XX, como assevera Marçal Justen Filho, sem as modificações que a constitucionalização e a democratização do Estado e do direito brasileiro trouxeram. A concessão tem hoje, também, um escopo regulatório, ao alinhar os interesses do Estado, do concessionário e da sociedade, no sentido de uma prestação adequada e satisfatória de um serviço público, ou na ampliação e construção de bens essenciais ao exercício de direitos fundamentais básicos.

Justifica-se a presente pesquisa, portanto, pela necessidade em se compreender a concessão e suas diversas espécies no direito brasileiro e de que forma elas podem tornar mais eficiente o desenvolvimento e a regulação das infraestruturas públicas.

### **Método**

O tema da presente pesquisa é muito abrangente e, para cumprir os seus objetivos, foram necessários recortes metodológicos. Dessa forma, Houve maior controle do objeto analisado e foi possível chegar a conclusões mais claras.

A pesquisa teórica das três espécies de concessão exigiu a escolha de cinco pontos, os quais foram analisados em cada espécie e depois comparados. Assim, a seleção dos aspectos mais importantes (principalmente relacionados às infraestruturas públicas) deixou o estudo teórico mais restrito, dando maior visibilidade às diferenças e semelhanças entre as formas de concessão e favorecendo o controle da pesquisa. Foram, então, escolhidos os seguintes pontos de estudo, com seus consequentes desdobramentos:

- Objeto;
- Papel do poder concedente;
- Papel do concessionário;
- Remuneração;
- Riscos e garantias.

A análise dos objetos das concessões teve por objetivo delimitar os serviços que cada espécie concessória comporta. A depender das características do serviço atrelado à infraestrutura que se pretende implementar, a Administração Pública (i) não poderá utilizar a concessão, pela incompatibilidade de todas as espécies; (ii) deverá escolher certa espécie de concessão, quando o serviço é objeto apenas de uma espécie; ou (iii) poderá escolher dentre as três espécies, caso em que o serviço é objeto comum das espécies.

Quanto ao papel do poder concedente, o objetivo foi identificar a situação jurídica da Administração Pública quando deseja firmar uma concessão com o parceiro privado e após realizar o contrato. Foi dada uma especial atenção à motivação de escolha de uma espécie em detrimento da outra, as finalidades que ele deve buscar e seu comportamento face ao contrato.

O papel do concessionário, de forma análoga ao anterior, se pautou na descrição da situação jurídica do parceiro privado ao contratar com a Administração Pública, com atenção a seus encargos durante o contrato.

A questão da remuneração teve especial importância no trabalho. Como um dos principais argumentos estatais para as PPPs é a sua incapacidade orçamentária, esse ponto identificou as possibilidades que cada espécie apresenta para estruturar a remuneração do parceiro privado.

Os riscos e as garantias, por fim, diferenciou os regimes de divisão de riscos e o regime de garantias da concessão comum e das parcerias público-privadas.

Após analisar os cinco pontos de cada espécie separadamente, foi possível proceder à análise comparativa, na qual foram ressaltadas as semelhanças e as diferenças entre as espécies.

Por fim, passou-se à temática das infraestruturas, sendo traçados alguns pontos sobre seu conceito, sua importância e sua problemática, para, enfim, relacioná-las com o instituto da concessão.

### **Resultados Obtidos**

Ao que se refere especificadamente ao objeto dos contratos, a concessão comum e a concessão patrocinada são idênticas, tendo como objeto um serviço público específico e divisível. Já a concessão administrativa tem um campo de possibilidades mais amplo, podendo abranger outros serviços.

As infraestruturas tem a necessidade, quase geral, de investimentos em larga escala. Combinado a isso, têm-se a limitação do investimento público. Dessa forma, a concessão se mostra como alternativa para a necessidade de vultosos investimentos iniciais, pois, em qualquer uma das espécies concessórias, quanto houver construção, ampliação ou manutenção de infraestrutura pública, o concessionário deverá realizar o investimento antes

de receber sua remuneração – seja pela característica da tarifa (que corresponde à fruição do usuário), seja pela imposição legal, no caso de contraprestação pública (art. 7º da Lei nº 11.079/04).

Ao restringir a análise com relação às parcerias público-privadas (em sentido estrito), observa-se que elas são lembradas como ferramentas de concretização das grandes obras de infraestrutura que não eram possibilitadas pela concessão comum. No contexto da União Europeia, as parcerias público-privadas também são identificadas como instrumentos inclinados, naturalmente, a desenvolver a infraestrutura pública.

Existem sinais na Lei n. 11.079/04 que poderiam provar sua afinidade à infraestrutura. A imposição de um valor mínimo do contrato (20 milhões de reais, art. 2º, §4º, I) pressupõe que o serviço exige grandes investimentos (em infraestrutura) para ser disponibilizados. Também, o mínimo de 5 anos do contrato (art. 2º, §4º, II) se relaciona com a ideia de que a amortização dos investimentos será feita a longo prazo, tal como necessitam os investimentos em infraestrutura.

As mudanças de demanda, devido a alterações demográficas, é um fator de risco nos setores de infraestrutura, seja em concessões, seja em atuação direta da Administração Pública. Nas concessões, nem sempre esse risco poderá ser alocado ao concessionário. Tratando-se de concessão comum, a aplicação da teoria das áleas importa em verificar a fonte desta alteração da demanda. Isso porque, da mesma forma que a alteração demográfica pode ocorrer por fatores alheios às partes (emigrações causadas por crises econômicas, por exemplo), ela pode ocorrer por conta da Administração Pública (um planejamento urbano, por exemplo, que diminua a demanda pela infraestrutura concessionada). Por conta da divisão objetiva dos riscos, as alterações de demanda poderão ter seus efeitos suportados de maneira diversa nas PPPs. O risco deve ser suportado, conforme as regras de administração de riscos, pela parte mais capacitada em geri-lo, não havendo a divisão rígida, e, por vezes confusa, da teoria das áleas.

É com relação à remuneração que encontra-se as maiores diferenças. Na concessão comum, ela será composta, principalmente, de tarifa cobrada dos utentes do serviço (existindo a possibilidade de subsídios); na concessão patrocinada a remuneração será composta pela tarifa cobrada dos utentes e pela contraprestação pecuniária do poder concedente; e na concessão administrativa a remuneração será paga pela própria Administração, que estará no papel de usuária.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

GASIOLA, Gustavo Gil. As espécies de concessão no direito brasileiro e sua adequação para viabilizar projetos de infraestrutura. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 240-243, 2014.

## **27 AVALIAÇÃO DE IMPACTO DAS NORMAS REFERENTES AOS TÍTULOS JURÍDICOS FEDERAIS DE CONCESSÃO AO TERCEIRO SETOR**

*Rafael Eldemann de Oliveira BAPTISTA*

### **Resumo do plano inicial do projeto**

O projeto visa inicialmente desenvolver um estudo de impacto legislativo dos quatro títulos jurídicos federais da legislação brasileira<sup>50</sup>. Esses institutos aparecem no contexto do que se pode chamar de Terceiro Setor já com a lei 91 de 1935. A partir daí o modelo vai se desenvolvendo por caminhos tortuosos até a situação atual. Estes institutos estão historicamente relacionados com a concessão de auxílios e subvenções governamentais, bem como incentivos tributários, para entidades sem fins lucrativos (AZEVEDO, 2005; FERRAREZI, 2001; ZAPE, 2008). Constituem-se, portanto, em mecanismos importantes no que concerne a regulação da concessão de dinheiro público à iniciativa privada que não visa lucros.

Para análise do objeto, decidiu-se pelo método da avaliação de impacto legislativo. Assim, construiu-se um modelo com base em Salinas (2008), Caupers (2003), Mader (2006) e Morais (2002). Em linhas gerais, de acordo com o modelo, o objetivo do projeto é levantar material bibliográfico e empírico com vistas a responder três questões centrais: (a) quais os objetivos que motivaram a edição dessas normas? (b) como se dá a estrutura jurídica<sup>51</sup> desses institutos no direito brasileiro? (c) quais os efeitos desses institutos na sociedade, tenham sido eles previstos ou não pelo legislador?

Assim, através da correlação entre estes três conjuntos de dados, determinaríamos o quão bem ou mal sucedida fora a implantação dessas normas. Quais efeitos a norma produziu, e se estes foram aqueles desejados quando de sua elaboração. Nos primeiros seis meses de pesquisa, efetuamos o levantamento bibliográfico, e nos seis meses subsequentes, os levantamentos empíricos. Como já posto acima, a pesquisa se encontra hoje em sua fase final, de revisão e publicação. Desta forma, já foram efetuados os levantamentos necessários e os dados já foram processados.

### **Escopo e método da avaliação de impacto legislativo**

O método utilizado é o da avaliação legislativa, que trata de correlacionar um conjunto de instrumentos normativos com os efeitos que eles provocam na realidade social em que se inserem (SALINAS, 2008).

---

<sup>50</sup> Nesse sentido têm-se as leis: Utilidade Pública Federal (UPF) – Lei 91/1935 –, Organização Social (OS) – Lei 9.637/1998 –, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) – Lei 9.790/1999 – e Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) – Lei 12.101/2009.

<sup>51</sup> Por “estrutura jurídica” faço referência ao conjunto de normas jurídicas que compõe os institutos, tal como vêm sendo tendencialmente interpretadas pela doutrina e jurisprudência.

Trata-se de buscar uma descrição completa dos efeitos que uma determinada normatização produz, tenham sido estes previstos, ou não, pelo legislador – cabendo esclarecer que nos referimos a “legislador” como sendo, *latu sensu*, o órgão responsável pela emanção de normas<sup>52</sup>.

Esse método é capaz de esclarecer não só os resultados provenientes de uma determinada normatização, como também contribuir com a aplicação prática destas normas (SALINAS, 2008, p. 16). Isto acontece, pois o conhecimento mais aprofundado do operador do direito, acerca da realidade de aplicação da norma com a qual trabalha, faz com que ele possa se locomover com mais segurança e lucidez nesse meio.

Para a aplicação deste modelo, é de fundamental importância a compreensão dos problemas que a lei pretende solucionar; quais seus objetivos, para que a partir disso se possa estabelecer quais efeitos estão de acordo com as intenções do legislador, e quais não estão.

Uma das questões referentes à técnica da avaliação legislativa, é a de verificar sistematicamente a compatibilidade entre os objetivos e o texto da espécie normativa primária produzida. E, também, entre o texto dessa espécie primária e o conteúdo dos atos normativos infra legais que dizem respeito a ela (SALINAS, 2008, p. 18). Esta faceta do método se mostra especialmente relevante para análise das normas selecionadas, uma vez que seu conjunto é composto tanto por espécies normativas primárias, quanto por atos normativos do Executivo.

A avaliação legislativa pode ser classificada em *formal* ou *material*, bem como em *prospectiva* ou *retrospectiva*. A *formal* trata da comunicação legislativa, em seus diversos aspectos. Na *material*, busca-se abordar o conteúdo da legislação, e como se dá a correlação entre os instrumentos normativos empregados, os objetivos do legislador, e a realidade de aplicação destas normas. A distinção entre *prospectiva* e *retrospectiva*, por sua vez, faz referência ao momento em que se realiza a avaliação, se antes ou depois da entrada em vigor da norma (SALINAS, 2008, p. 27-28, 49). Assim, na *prospectiva*, avalia-se aquilo que *poderia decorrer*, caso a norma fosse promulgada, ao passo que na avaliação *retrospectiva*, procura-se estabelecer o que *decorreu* de normatizações já promulgadas.

Com o presente trabalho, buscaremos desenvolver a *avaliação legislativa retrospectiva e material*, ou, dito de outra forma, *avaliação retrospectiva de impacto legislativo*, das normas analisadas.

---

<sup>52</sup> Seguindo o passo de outros autores, utilizaremos indiscriminadamente o termo *legislação* para nos referirmos tanto às espécies normativas primárias, quanto às espécies inferiores. Faremos, todavia, as devidas distinções quando necessário. Isto devido à natureza das normas que serão objeto de avaliação neste trabalho. São normas de Direito Administrativo, que estão sujeitas a múltiplos regulamentos infralegais, de tal forma que a maior parte do objeto da pesquisa se constitui em decretos, instruções normativas, portarias etc. Assim, não seria possível deixar de lado todo esse universo.

A ideia central do trabalho será verificar em que medida a norma produziu os efeitos pretendidos, se os seus objetivos foram total ou parcialmente atingidos, se houve resultados não previstos pelo legislador e, caso estes resultados não previstos se mostrem existentes, quais são as causas destes resultados.

Para tanto, nos valeremos de métodos típicos da investigação jurídica, como a pesquisa bibliográfica e documental, e também de técnicas mais comumente utilizadas em outras ciências sociais, quais sejam, a pesquisa de campo através de entrevistas e da coleta de dados quantitativos e qualitativos presentes em outros estudos etc.

### **Resultados parciais obtidos**

O levantamento realizado permite determinar algumas diretrizes bem marcantes com relação aos impactos dessas normas na sociedade. Os quatro institutos analisados, apesar de similares em sua estrutura jurídica – são utilizados para distinguir entidades aptas das inaptas ao recebimento de determinados benefícios estatais –, são decorrência de três movimentos políticos muito distintos um do outro.

Numa primeira corrente, está o UPF em conjunto com o CEBAS. O modelo atual é resultado de um movimento que se inicia ainda no início do século XX pela concessão política e discricionária de títulos honoríficos. O modelo consagrado na Lei 91/1935, não seria mais do que a consolidação desse interesse em gratificar organizações parceiras dos políticos, sem, contudo, onerar o Estado. Esta situação teria mudado quando o UPF se tornou pré-requisito para a obtenção do CEBAS<sup>53</sup> e os consequentes benefícios tributários, a partir da Lei 3.577/59. A partir de então, a UPF, que fora criada para ser lacônica e de concessão discricionária, passa a tutelar interesses econômicos na aquisição daqueles benefícios. Tanto que é esta “introjeção” no instituto que marca o início dos problemas que até hoje se observa: penetração de interesses políticos na concessão dos benefícios<sup>54</sup>, perda de legitimidade perante a sociedade, etc.

A situação parece, apesar de tudo, ganhar um novo rumo com a edição da Lei 12.101/2009. Com ela o CEBAS ganha uma nova roupagem, se descolando finalmente do UPF. São muito escassos os dados objetivos relativos aos impactos dessa nova legislação encontrados durante a pesquisa. Diante disso decidiu-se recortar historicamente a análise a ser feita, tendo por marco final a edição da lei 12.101/2009<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Inicialmente, a denominação do instituto era Certificado de Fins Filantrópicos – CFF. A denominação Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS – passa a substituir aquela primeira a partir da LOAS – Lei 8.742/93, que passa a utilizar a denominação conforme à CF/88. Para facilitar, irei sempre me valer do termo CEBAS para fazer referência ao instituto.

<sup>54</sup> Vide escândalo dos Anões do Orçamento, no início da década de 1990, em que todo um braço do esquema se estruturava ao redor do Conselho Nacional de Assistência Social, então o órgão responsável pela concessão do CEBAS.

<sup>55</sup> De toda forma, uma leitura perfunctória de seu conteúdo dá a entender ser ela, em muitos pontos, consistente e objetiva. Isso apesar de um dos entrevistados, representante de uma grande rede de entidades

O caso das OS – lei 9.637/1998 – já é bem diverso. Tratou-se de uma política de estado do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, encabeçada pelo seu Ministro da Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira. O objetivo era instituir o Programa Nacional de Publicização – PNP, visando flexibilizar a prestação de serviços públicos através do ingresso do terceiro setor num modelo “semi-estatal”. As lacunas da lei 9.637, em conjugação com outros mecanismos explícitos, dentre os quais o afastamento de licitação, a exigência de participação de representantes do Estado no conselho gestor e a onerosidade do modelo para a entidade que absorvesse o serviço, teriam causado o fracasso do instituto em nível federal. Hoje, poucas são as entidades qualificadas. Os dados que tivemos acesso até o momento nos dizem um total de 6 (DIAS, 2008, p. 192). Ademais, o modelo vem tendo sua constitucionalidade questionada, e a tendência, ao que tudo indica, é que não receberá maiores desenvolvimentos. Há, contudo, notícias de sucesso de modelo similar, a nível estadual. Em São Paulo o modelo das OS tem sido utilizado com relativo êxito na melhoria dos serviços de saúde, como indica Keinert (2003), e essa situação poderia trazer indicativos mais precisos sobre as causas do aparente fracasso do modelo federal.

Uma ainda terceira corrente política teria originado a lei 9.790/1999, instituindo o modelo das OSCIP's. O impulso legislativo teria se iniciado com um processo de interlocução política promovido pelo Conselho da Comunidade Solidária - CCS, e teria envolvido membros do governo, entidades do Terceiro Setor e outros atores interessados, num profundo debate. O resultado teria sido a instituição de uma força tarefa com o objetivo de solucionar os problemas jurídicos por que passava o Terceiro Setor. Após votação no congresso, o projeto aprovado seria mais vazio do que a proposta enviada originalmente pelo CCS. E esse esvaziamento seria o responsável por várias das críticas que vem sofrendo o modelo. Dentre elas, as principais dizem respeito à baixa gama de benefícios quando comparada aos custos de manutenção do título e à possibilidade de se qualificar entidades que existem apenas em estatuto.

O modelo, ao que indicam nossos resultados, todavia, tem a vantagem de apresentar o conteúdo mais consistente e objetivo dentre os quatro institutos que temos analisado. Ademais, OSCIP é, dentre eles, o modelo que proporciona, para a entidade qualificada, o maior ganho em transparência em relação ao público em geral.

## Referências

AZEVEDO, Damião Alves de. O título de Utilidade Pública Federal e sua vinculação à isenção da cota previdenciária patronal, *Revista de Previdência Social*, n. 290, 2005.

CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodologia da Legislação. *Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 35, 2003.

---

do Terceiro Setor – Rede GIFE –, alegar não estar satisfeito com o modelo implantado. Alega-o que a divisão das competências na nova lei não é perfeita, havendo forte sobreposição quando se analisa a realidade das entidades. Isto estaria trazendo forte insegurança jurídica na concessão do CEBAS.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado - legitimidade e regulação - por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAREZI, Elisabete Roseli. *O novo marco legal do Terceiro Setor no Brasil*, 2001. Disponível em <<http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/ferrarezi.pdf>>, acesso em 08.12.2011.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. *Gestão estratégica de políticas públicas de saúde pelos governos subnacionais - Estudo sobre o processo de parceria na gestão de serviços hospitalares dentre a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo e Organizações Sociais no contexto da reforma do Estado*. Relatório de Pesquisa n. 11/2003 EAESP/FGV/NPP, disponível em <<http://hdl.handle.net/10438/2910>>, acesso em 08.12.2011.

MADER, Luzius. Avaliação prospectiva e avaliação de impacto legislativo: tornam as leis melhores?. *Cadernos de ciência da legislação*, 2006.

MORAIS, Carlos da Costa. Sistema de avaliação do impacto das normas jurídicas. *Cadernos de Ciência da Legislação*, v. 32, 2002.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Avaliação legislativa no Brasil - Um estudo de caso sobre as normas de controle das Transferências Voluntárias de recursos públicos para entidades do Terceiro Setor*, FDUSP, São Paulo, 2008, disponível em <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/publico/Dissertacao\\_Natasha\\_VF\\_2.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/publico/Dissertacao_Natasha_VF_2.pdf)>, acesso em 08.12.2011.

ZAPE, Katiani Lucia. Títulos jurídicos concedidos pela administração pública às organizações do Terceiro Setor, *II Seminário Políticas Sociais e Cidadania - Universidade Católica do Salvador*, Salvador, 2008, disponível em <<http://www.care.org.br/wp-content/uploads/2010/07/Titulos-Juridicos.pdf>>, acesso em 29.12.2011.

#### FICHA CATALOGRÁFICA

BAPTISTA, Rafael Eldemann de Oliveira. Avaliação de impacto das normas referentes aos títulos jurídicos federais de concessão ao terceiro setor. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 244-248, 2014.

## **28 CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

*Cláudia Cristina PEREIRA*

### **Introdução**

O estudo que está sendo proposto apresenta-se na estrutura de artigo científico e baseia-se numa abordagem qualitativa, de modo técnico científico, através de pesquisa bibliográfica, teórica, com levantamento de comentários de juristas, jurisprudência, iniciada, por intermédio de análises processuais e doutrinas. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, pois se inicia pela percepção dos especialistas em relação à inexigibilidade de licitação quando da prestação de serviços jurídicos e oposições sobre o assunto.

A licitação é um elemento norteador da Administração Pública, em que o administrador público se vê impossibilitado de realizar contratações de contorno arbitrário, perfazendo somente o interesse comum e não o interesse da sociedade.

As matérias relacionadas tanto à obrigatoriedade quanto a ressalva em licitar, se encontram fundamentadas na Lei Federal n 8666 de 21 de junho de 1993. A referida Lei elenca as situações de caráter obrigacional bem como alude às permissões quanto à inexigibilidade.

A mera análise de observância realizada pelo administrador público quanto à obrigatoriedade bem como quanto a inexigibilidade de licitar, não deve ser realizada de maneira alheia, mas sim inteirada à observância dos princípios basilares da Administração Pública, os quais devem ser ressaltados em todo e qualquer ato realizado pelo administrador. Com relação aos princípios por ora mencionados, os mesmos serão fonte de breves considerações no decorrer deste trabalho.

Licitar por licitar não enseja cumprimento de exigência, haja vista que ocorrem flagrantes abusos nos procedimentos em questão. O administrador gasta do erário público para confeccionar o edital de convocação, mas infelizmente tal ferramenta acaba por se tornar obsoleta, uma vez que o futuro contratado já é pré-determinado antes sequer de se iniciar a disputa.

Os flagrantes abusos como o acima mencionado, ocorrem com frequência na Administração Pública, e principalmente quando a contratação é sobre a prestação de serviços jurídicos, na espécie serviços advocatícios, nos deparamos não só com abusos, mas também com contradições, que por vezes, servem de justificativa para a prática de um ato errôneo, que traz consequências desastrosas, principalmente no diz respeito à igualdade de competição entre os participantes.

Não basta apenas a observância aos princípios como já fora mencionado, mas também há de se atentar para o objeto a ser contratado, analisando-o quanto as suas especificidades, e, a sua finalidade. Para tanto, o trabalho em tela irá apresentar em linhas gerais, as

irregularidades que ocorrem nos procedimentos licitatórios, direcionando principalmente para a contratação de serviços jurídicos, objetivando o esclarecimento de irregularidades e apontando possíveis soluções para o problema.

Aliás, o problema em tela é de suma importância, uma vez que os interesses defendidos pelo profissional contratado são interesses de toda a sociedade, e não de particulares, que veem seus conflitos solucionados por profissionais de sua inteira confiança. Vale ressaltar, que os interesses que serão defendidos pelo prestador de serviços, são interesses coletivos, daí dada a importância em se contratar um profissional idôneo e competente para lidar com conflitos na esfera administrativa.

O surgimento do Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos foi de relevante significado para toda a Administração Pública, uma vez que até então as normas que regulamentavam tal instituto eram consideradas suficientes, mas com o crescente avanço das contratações, já não mais cabiam normas que proporcionavam margem a várias interpretações, fruto de lacunas que pairavam sobre as legislações da época.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal no ano de 1988 em seu artigo 37, inciso XXI, a licitação surge como ferramenta de uso obrigatório pela Administração Pública, *in verbis*:

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

Mesmo presente no texto constitucional, a licitação ainda carecia de norma específica que a regulamentasse de maneira esclarecedora, até pelo fato de que como apresentado no inciso mencionado, é através de legislação específica que as normas permissivas a não obrigatoriedade de licitar constarão. Por este fato, no ano de 1993, em 21 de junho, fora publicada a Lei de Licitações, que regulamentou o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, bem como revogou dispositivos anteriores, que regulamentavam a mesma matéria.

A Lei n 8666/93 em seu artigo 3º, elencou quais princípios a Administração Pública deve observar, seguindo *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

De acordo com o entendimento doutrinário, não são apenas os princípios específicos que devem nortear a licitação, mas também os princípios constitucionais, como a exemplo, os

presentes no art. 37 caput da Constituição Federal, sendo eles da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Os princípios também representam grande avanço histórico, que como já fora mencionado, fundamentam e disciplinam os atos da Administração Pública, formando assim (GASPARINI, 2010, p. 60) “um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade”.

Desta forma, a licitação será válida, quando atender a todos os requisitos exigidos pela Carta Magna e pela legislação infraconstitucional específica.

### **Da contratação direta sem licitação**

A Constituição Federal traz em seu artigo 37, inciso XXI, a exceção quanto à obrigatoriedade em se licitar, de forma que “ressalvados os casos especificados na legislação [...]”, haverá permissão para uma contratação direta por parte da Administração Pública.

A Lei n 8666/93, traz estas ressalvas, nos artigos 17, 24 e 25, se tratando de licitação dispensada, dispensável e inexigível, respectivamente.

### **Da licitação dispensada**

Licitação dispensada é

(...) é a ocorrência na realidade da hipótese legal em que a Administração está liberada de licitar por expressa determinação dessa lei. Em tais situações, não cabe à Administração Pública qualquer ato, medida ou procedimento para liberar-se da licitação, pois essa lei já determina sua dispensa. (GASPARINI, 2010, p. 560)

Ela esta presente no artigo 17 da Lei 8666/93, incisos de I a III, em que se refere a alguns casos específicos de alienação de bens públicos. Destarte, cabe ao administrador apenas dar cumprimento à determinação expressa na lei, sem poder utilizar de nenhuma outra faculdade.

### **Da dispensa de licitação**

A dispensa de licitação é verificada quando da faculdade que o administrador tem em se utilizar ou não de procedimento licitatório para contratar. Corroborando neste entendimento temos que “em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida” (MELLO, 2009, p. 536).

### **Da inexigibilidade de licitação**

Prevista no artigo 25 da Lei n 8666/93, a licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição. Ratificando o entendimento do artigo mencionado, ocorrerá inexigibilidade de procedimento licitatório “quando há impossibilidade jurídica de competição entre os

contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração Pública” (MEIRELLES, 2012, p. 306).

Vale ressaltar, que com relação à inexigibilidade de licitação, temos no artigo 25, três incisos, compondo um rol apenas exemplificativo, em que o primeiro inciso trata de fornecedor exclusivo, o segundo da contratação direta de serviços técnicos especializados e o terceiro, de atividades artísticas.

Com relação ao primeiro inciso, a contratação deve levar em conta que o objeto do contrato é fornecido e ou produzido somente por determinada pessoa ou produtor, neste caso haverá a inviabilidade de competição. Ressalvando que fica vedada a preferência por determinada marca, que no caso não irá configurar a inexigibilidade de competição.

O segundo inciso trata da contratação direta de serviços técnicos especializados

(...) no consenso doutrinário, são os prestadores por quem, além da habilitação técnica e profissional - exigida para os serviços técnicos profissionais em geral -, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. (MEIRELLES, 2012, p. 308)

Encerrando, temos o terceiro inciso, que trata de atividades artísticas, pois na “verdade, a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação”. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 250)

Desta forma, a Administração poderá contratar diretamente com o profissional que ora fora escolhido.

### **Da contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação**

Antes de adentrarmos no exame da contratação direta de serviços advocatícios, vale ressaltar que todas as ponderações que foram feitas até o presente momento, permitiram salientar quais as principais diferenças entre os institutos da licitação dispensada, da dispensa de licitação e da inexigibilidade de licitação, haja vista que muitos ainda confundem tais institutos.

Como fora observado, a regra contida no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, é a de que o procedimento licitatório tem caráter de obrigatoriedade, havendo exceções, as quais já foram comentadas, quanto à realização do procedimento licitatório, que por sua vez se encontram na Lei Federal 8666/93, em seu artigo 25, incisos de I a III.

Uma destas contratações diretas é a que diz respeito à prestação de serviços advocatícios, mencionada no artigo 13 da Lei supracitada, artigo referenciado pelo artigo 25, em que não de serem analisadas algumas características a mais para a contratação do prestador de serviço advocatício, que irá defender ou patrocinar as causas em que a Administração Pública tiver interesse.

Critérios estes, que farão com que a licitação não se torne obrigatória, sendo a singularidade do interesse ou da causa a ser defendida ou patrocinada e a notória especialização do profissional a ser contratado. Mas o fato é que por muitas vezes a Administração, na figura de seu representante, o administrador público, acaba por realizar uma contratação em que prevalece o critério do subjetivismo, contratando o profissional da área sem a devida observância à legalidade, que diz respeito ao certame ou mesmo aos critérios relacionados na lei infraconstitucional.

Desta forma, ficamos diante da seguinte indagação: a contratação para prestação de serviços advocatícios deve ocorrer na forma de contratação direta, que é a exceção permitida em lei, desde que observados os requisitos previstos no artigo 25 da Lei 8666/93, ou por certame licitatório, de acordo com o entendimento dos Tribunais, e principalmente entendimento do Tribunal de Contas da União?

Um posicionamento assentado sobre esta questão se verifica:

Não obstante, é mister consignar que a contratação direta no caso em pauta deve ser vista como exceção ao princípio licitatório, e exceção bem delineada. Lamentavelmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, frequentemente, provocando graves prejuízos à Administração. Desse modo, cabe aos Tribunais de Contas atuar com rigor na verificação desses casos de inexigibilidade de licitação em virtude da notória especialização do contratado, bem como ao Judiciário invalidar tais contratos e encaminhar ao Ministério Público representação no sentido de ser promovida a responsabilização penal e administrativa dos servidores responsáveis por essa espécie de improbidade ou incompetência (CARVALHO FILHO, 2011, p. 251).

### **Da caracterização como serviço singular e/ou notória especialização**

A prestação de serviços advocatícios é uma das exceções ao artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, haja vista estar presente no artigo 13 da Lei 8666/93, caracterizado como serviço técnico profissional especializado, o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

[...]

Mas para que a Administração Pública possa efetuar a contratação direta, os requisitos de serviço singular e notória especialização devem sempre ser observados.

Porém em muitas das contratações diretas realizadas pela Administração Pública, não há a observância de tais requisitos, o que acarretaria, por conseguinte a realização de licitação.

Não são quaisquer serviços que podem ser contratados diretamente, mas sim os serviços técnicos e especializados. O serviço é técnico quando sua execução depende de habilitação específica. (grifo do autor) (CARVALHO FILHO, 2011, p. 251)

Ainda com relação aos critérios que devam ser observados, identifica-se que

(...) para configurar-se a hipótese de “inexigibilidade” não basta que esteja perante um dos serviços arrolados no artigo 13. É preciso, além disto, que tendo natureza singular, a singularidade nele reconhecível seja necessária para o bom atendimento do interesse administrativo posto em causa. Donde, é preciso que se desempenhodemande de uma qualificação incomum. (grifo do autor) (MELLO, 2009, p. 546)

Há entendimento de que para a contratação direta de serviços advocatícios não basta apenas que eles estejam mencionados no artigo 13, inciso V da Lei 8666/93, mas que comunguem dos requisitos indispensáveis:

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. (grifo do autor). (DI PIETRO, 2009, p. 401)

Na legislação específica, Lei n 8666/93, em seus artigos 13, inciso V e artigo 25, inciso II, os serviços advocatícios são caracterizados como “serviços técnicos profissionais especializados”. Deste modo, percebemos que na legislação em tela, especialmente nos mencionados dispositivos, os serviços advocatícios podem ser daqueles arrolados pela lei como “serviços técnicos especializados”.

Posicionamentos são frequentes com relação à necessidade de se estarem presentes, para a inexigibilidade de licitação, além dos serviços mencionados no artigo 13 da Lei 8666/93, a natureza singular do objeto:

A contratação de serviços técnicos profissionais especializados somente será legítima se se tratar de um dos listados no art. 13, e, ainda assim, se de *natureza singular*, conforme exigido pelo inciso examinado. Por *natureza singular* do serviço há de se entender aquele que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação. Desse modo, uma defesa junto ao Supremo Tribunal Federal pode ter natureza singular, que o ingresso em juízo com um pedido de execução fiscal certamente não tem. Nessa linha, o Tribunal de Contas da União entendeu tratar-se de serviço de tal natureza o prestado pelo Escritório Sérgio Bermudes Advogados, contratado para tomar as medidas judiciais cabíveis contra a condenação sofrida pela Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, condenada a pagar US\$ 100 milhões à Sevenge S.A., ao asseverar: “A causa assumiu proporções e características excepcionais, capazes de justificar, em caráter igualmente excepcional, diante do fato consumado, a contratação de um grande escritório particular de advocacia, especializado no tipo de litígio” (DOU, 15 ago.. 1994, p. 12310). Assim, não basta que seja serviço constante da lista; deve constar da lista e ter natureza singular. Fora disso, a licitação é necessária, ainda que o profissional seja de notória especialização. (grifo do autor) (GASPARINI, 2010, p. 606).

Outro entendimento acerca do mesmo entendimento é verificado quando da necessidade de se estarem presentes os elementos legais para que só desta maneira, o administrador se verá desobrigado a licitar:

[...] A lei acolheu, assim, as teses correntes na doutrina no sentido de que a notória especialização traz, em seu bojo, uma singularidade subjetiva e de que o “caso da notória especialização diz respeito a *trabalho marcado por características individualizadoras*”.

Havendo impossibilidade jurídica de competição e não sendo o serviço de natureza singular, de modo a permitir a execução por mais de um profissional, em respeito ao princípio da igualdade, o administrador deve proceder à pré-qualificação dos interessados (art.114) e implantar sistemática objetiva e imparcial na distribuição dos serviços. (grifo do autor) (MEIRELLES, 2012, p. 309).

Uma análise mais detida com relação a ordem em que os requisitos legais devem ser observados, não sendo portanto, apenas a presença de tais requisitos, mas sim a ordem de análise para que só então fique individualizado o objeto e possa desta forma encontrar o melhor profissional que se adequará àquele serviço.

É imperioso, contudo, que o serviço a ser contratado apresente uma singularidade que inviabilize a competição entre os diversos profissionais técnicos e especializados.

A singularidade, como textualmente estabelece a lei, é do objeto do contrato, é o serviço pretendido pela Administração que é singular, e não o executor do serviço. Aliás, todo profissional é singular, posto que esse atributo é próprio da natureza humana.

Singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador. A singularidade não esta ligada a noção de preço, de dimensões, de localidade, de cor ou forma. [...]

Somente depois de definir o objeto que pretende contratar é que a Administração Pública deverá buscar o profissional para executá-lo. Nunca, em hipótese nenhuma, procede-se de forma inversa. Aqui, a ordem dos fatores altera a equação, pois quando se parte da definição do profissional, certamente se agregam ao objeto características que individualizam o executor do serviço.

A singularidade do objeto pretendido pela Administração é o ponto fundamental da questão, mas boa parte da doutrina pátria, *data vênia*, não tem dado enlevo ao termo, ou quando o faz acaba por associá-lo ao profissional, deixando de identificar o serviço. (grifo do autor) (FERNANDES, 2012).

Como todo e qualquer tema levantado na área jurídica não é pacificado, ou seja, existem posicionamentos divergentes a seu respeito, o tema do trabalho em tela não poderia ser diferente.

Alguns doutrinadores não concordam com a exigibilidade de se licitar um serviço que visa como futuro contratado um advogado, haja vista acreditarem que a profissão de advogado não é compatível com a competição. Acerca desta informação, tem-se como fundamento jurídico o próprio Estatuto da Advocacia e Código de Ética dos Advogados.

Posicionamento contrário, ou melhor divergência doutrinária, acaba por se fazer presente em todas as áreas do Direito, e em análise ao trabalho em tela, existem opiniões, as quais sustentam ser a advocacia uma atividade incompatível com a disputa, haja vista que é defeso ao advogado levantar quais foram as causas anteriores em que atuou e qual o seu desempenho profissional nas demandas em que atuou. De acordo com tal posicionamento, o certame afronta o Código de Ética da OAB bem como o Estatuto da Advocacia e da OAB.

Enquanto o art. 30, inc. II, da Lei 8.666/93, estatui, como um dos requisitos de habilitação técnica a indicação das instalações materiais da empresa licitante, o art.

31, §1º, do Código de Ética do Advogado veda, nos anúncios do advogado, menções ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional, por constituírem captação de clientela. Constitui requisito de habilitação técnica dos mais importantes, na Lei 8.666/93, a comprovação, por meio de atestados idôneos de órgãos públicos e privados, do desempenho anterior do licitante em atividades semelhantes àquela objetivada na licitação (art. 30, §3º). O Código de Ética veda, nos arts. 29, §4º e 33, IV, a divulgação de listagem de clientes e patrocínio de demandas anteriores, considerados como captação de clientela. (BORGES, 1996, p. 135)

A postura em pauta deve ser analisada em consonância com os artigos da Lei retro mencionada. Vale ressaltar que segundo disposto no artigo 30, inciso II, “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidade e prazos com o objetivo da licitação, (...)” se trata, como diz o próprio caput do referido artigo, a documentação relativa a qualificação técnica.

Sob este ponto de vista, não há a captação de clientela e tão pouco o advogado que se submete ao procedimento licitatório estará angariando causas, pois a documentação será dirigida à Administração Pública, e esta na figura de seus prepostos, analisará o profissional em conformidade com o objeto, esperando que o mesmo possua qualificação e suporte profissional inerente ao objeto do futuro contrato. O que não pode ser esquecido em momento algum, é que o interesse e cuidado em se contratar o advogado de maior expertise no tema, não será objeto de satisfação particular do administrador, mas sim o que se pretende alcançar com tal contratação é o melhor interesse social.

Desta forma, se torna claro que a Administração Pública deve contratar, diretamente ou através de licitação, aquele profissional que atenda ao melhor interesse social, e como já fora mencionado, haverá o critério de subjetividade, pois o critério do menor preço, muitas das vezes, ao invés de solucionar o problema, acaba criando outros e conseqüentemente traz um maior gasto ao erário público, que efetuará duas contratações.

O Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na esteira de pensamento acima citado, em seu artigo 5º (quinto) traz a seguinte redação: “Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”. De acordo com redação deste artigo, há uma comparação do procedimento licitatório a um procedimento de mercantilização. Mas tal comparação não é correta, tendo em vista que o procedimento licitatório não visa à negociação de preço ou outra característica, mas somente a busca pelo profissional que melhor se adeque ao objeto singular da contratação. Não estão em foco, portanto o preço em si, mas uma melhor qualificação e atendimento ao objeto definido.

O Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil publicou súmula, segundo o entendimento consoante no Estatuto da Advocacia e da OAB bem como no Código de Ética da OAB, acerca da inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado, que segue *in verbis*:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8666/93, é

inexigível procedimento licitatório para a contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.<sup>56</sup>

O artigo 89 mencionado na súmula apresentada faz jus às penas que serão sofridas por aquele que deixar de observar as regras atinentes à inexigibilidade e dispensa de licitação. O que será aplicado contra a figura do contratante, que no caso é o administrador público, e não recairá sobre o advogado, que será o contratado.

O fato de maior pertinência se encontra na primeira parte da súmula editada pelo Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB, que acaba por abarcar a opinião majoritária da doutrina, em que a inexigibilidade só poderá ocorrer quando preenchidos os requisitos exigidos na legislação infraconstitucional.

### **Posicionamento dos órgãos de controle**

No que diz respeito a controle no âmbito jurídico, temos como órgão supremo e considerado guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal (STF), mas com relação a tema referente a Administração Pública, o órgão neste caso é o Tribunal de Contas da União (TCU), que realiza o controle interno ao lado do Poder Legislativo. Temos ainda a Controladoria Geral da União (CGU), que também realiza um controle interno na esfera administrativa.

Todavia, a Administração Pública deverá realizar seus atos em conformidade com os princípios da moralidade e legalidade, e prestar suas contas ao TCU, contas estas, que implicam em quaisquer formas de gastos realizados pela administração, assim como as contratações diretas ou mediante licitação para a prestação de serviços advocatícios.

O posicionamento do TCU em relação a inexigibilidade de procedimento licitatório para a prestação de serviços advocatícios é encontrado em súmulas, que acabam por vincular os entes que estão sobre o controle deste tribunal. A súmula de nº252 traz em seu texto, a necessidade dos requisitos para que somente desta forma haja a inexigibilidade do certame.

Súmula n 252: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.<sup>57</sup>

Ainda sob a ótica da observância e exigência dos requisitos, percebemos a consolidação do entendimento do TCU a respeito do tema em questão:

---

<sup>56</sup> Conforme CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Súmula nº 04/2012/COP. OAB. 23 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/24692/oab-publica-sumulas-e-inexigivel-licitacao-para-servico-advocatico?argumentoPesquisa=forms%28inflectional,%20%22sumulas%22%29>> Acesso em: 24 de março de 2013.

<sup>57</sup> Conforme Tribunal de Contas da União. Súmula nº 252. In: \_\_\_\_\_. Súmulas. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 14 maio 2013.

Percebe-se, das considerações acima aduzidas, que a jurisprudência do Tribunal só vem consolidar a tese já consignada no Estatuto das Licitações e Contratos de que serviços profissionais podem ser contratados, sem prévio procedimento licitatório, se o forem com profissionais de notória especialização e desde que se qualifiquem como de natureza singular e não serviços rotineiros, requisitos aqueles não comprovados no caso subexame.

A única alternativa, ao nosso ver, possível para operar-se a adjudicação direta dos serviços advocatícios a profissionais externos, fora das hipóteses expressamente indicadas pela norma permissiva como caracterizadoras da inexigibilidade de licitação, *ex vi* do art. 23, caput do Decreto-Lei nº 2.300/86 e alterações, seria a comprovação da inviabilidade de competição. Essa inviabilidade não se faz absoluta na hipótese versada, como aliás, bem salientou o eminente Ministro-Relator Bento José Bugarin, na Sessão de 02.06.93, ao relatar o Proc. TC-022.225/92-7 sobre denúncia de contratação pelo Banco do Brasil, sem prévio certame licitatório de advocacia (Ata nº 22/93 – Plenário – Decisão nº 69/93).

“No caso presente, não anteveremos qualquer fator de ordem jurídica ou concreta que implique na impossibilidade de realização do concurso licitatório, porquanto os serviços requeridos pela ECT/PB, pela sua índole comum, não se revestem da singularidade exigida pela lei e, portanto, não demandam notória especialização para a sua execução e não afastam a hipótese da existência de outras firmas ou escritórios potencialmente capazes, interessados e dispostos a oferecer seus serviços a uma Entidade Pública” (FERNANDES, 2012, p. 617).

Outras decisões podem ser citadas, para que tal posicionamento fique ainda mais reforçado, não sendo objeto de divergência aos representantes da Administração Pública

TCU. Processo nº 650.148/96-7. Decisão nº 080/1998. Rel. Ministro Adhemar Paladini.

‘[...] não se pode falar em impossibilidade de competição quando se discute a contratação de serviços advocatícios, uma vez que os preços dos serviços são tabelados, no exato sentido da palavra[...].’

O TCU reiterou sua posição sobre a impossibilidade de contratação de serviços advocatícios pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por inexigibilidade. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-008.429/1993-6. Decisão nº 296/1997 – 2ª Câmara.

Refletindo o entendimento predominante na atualidade, o TCU orientou: ‘[...] na contratação de serviços advocatícios, proceda ao devido certame licitatório, conforme dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e o art. 2º da Lei 8.666/93, e no caso de a competição se revelar inviável, realize a pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, adotando sistemática objetiva e imparcial da distribuição de causas entre os pré-qualificados, de forma a resguardar o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade (subitem 1.1.1.3 do Acórdão 1913/2006 – Segunda Câmara - TCU); 1.1.1.4 na contratação de serviços advocatícios em que se configurar situação excepcional que refoge à regra acima referida, demonstre de forma fundamentada em processo formal que a contratação direta amparada na inexigibilidade de que trata o art. 25 da Lei 8666/93, atende aos seguintes requisitos: natureza singular do serviço, a notória especialização do contratado e a inviabilidade de competição (subitem 1.1.1.4 do Acórdão 1913/2006 – Segunda Câmara – TCU) [...]’. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-018.116/2005-7. Acórdão nº 2447/2006 – 2ª Câmara. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 jul. 2006, p.101 (FERNANDES, 2012, p. 614).

## Conclusão

Analisando os posicionamentos doutrinários que foram apresentados ao longo do trabalho, verifica-se que a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI, menciona a regra da

obrigatoriedade de realizar o procedimento licitatório, ou simplesmente licitação. Mas neste mesmo inciso, faz ressalva com relação as permissões e exceções que serão regulamentadas pela legislação específica.

Examinando a legislação específica, Lei 8666/93, que permite a contratação direta, conclui-se que, observados e respeitados os requisitos legais, quais sejam, a inviabilidade de competição, a singularidade do objeto e a notória especialização do contrato, a Administração Pública poderá, observados os critérios de subjetividade, contratar diretamente com o profissional da área jurídica.

Por outro lado, quando os requisitos acima não estiverem presentes na situação concreta, realizar-se-á a licitação, observando qual modalidade será a mais apropriada para o caso em questão, seja ela realizada através da modalidade concurso, carta convite, ou aquela melhor atender às exigências legais.

Portanto, a regra é a de se licitar, e quando de sua exceção, caberá ao administrador, observados os princípios constitucionais e do Direito Administrativo, realizar o devido processo licitatório, como é do entendimento do Tribunal de Contas da União.

### Referências

BORGES, Alice Gonzales. Licitação para Contratação de Serviços Profissionais de Advocacia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 206, 1996.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: dispensa de licitação: inexistência de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação*. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

### FICHA CATALOGRÁFICA

PEREIRA, Cláudia Cristina. Contratação de serviços jurídicos pela administração pública. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 249-259, 2014.