

Organizadores:
Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Cleuler Barbosa das Neves
Fabrício Macedo Motta

**DIREITO E ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS 30 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO:
EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO DIREITO
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

2

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho





Copyright© 2018 by Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Cleuler Barbosa das Neves
& Fabricio Macedo Motta

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente da Corte Interamericana de
Direitos Humanos. Investigador do Instituto de
Investigações Jurídicas da UNAM - México*

JUAREZ TAVARES
*Catedrático de Direito Penal da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro - Brasil*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos
Humanos. Catedrático de Direito Constitucional
da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha*

OWEN M. FISS
*Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Uni-
versidade de Yale - EUA*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Direito Penal da Universidade de
Valência - Espanha*

COLEÇÃO EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO - ESA/OAB-GO E PPG- DP-UFG

COORDENAÇÃO: RAFAEL LARA MARTINS (ESA/OAB-GO) E
SAULO PINTO COELHO (PPGP-UFG)

CONSELHO CIENTÍFICO DA COLEÇÃO:

PROFA. DRA. ALESSANDRA SILVEIRA (U.MINHO - PORTUGAL)

PROF. DR. ALEXANDRE WALMOTT (UFU)

PROFA. DRA. DIVA JULIA SAFE COELHO (UFU)

PROF. DR. FELIPE BAMBIRRA (UNI-ALFA)

PROF. DR. GONÇAL MAYOS SOLSONA (UB - ESPANHA)

PROF. DR. LEONARDO NUNES (UFOP)

PROF. DR. JOÃO PORTO (UNI-RV)

PROF. DR. PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO (UFG)

PROF. DR. ROGERIO GESTA LEAL (UNISC)

PROF. DR. SAULO PINTO COELHO (UFG)

D635 Direito e administração pública nos 30 anos da
constituição: experiências e desafios no direito
administrativo brasileiro.
Organizadores: Saulo de Oliveira Pinto
Coelho, Cleuler Barbosa das Neves, Fabricio Macedo
Motta. – 1.ed. – Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2018.
(Coleção Experiências Jurídicas nos 30 anos da
Constituição Brasileira ; 2)
233p.
ISBN: 978-85-9477-200-8
1. Brasil. 2. Administração pública. 3. Constituição
Brasileira. I. Título.
CDU:342

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Organizadores:
Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Cleuler Barbosa das Neves
Fabrício Macedo Motta

**DIREITO E ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS 30 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO:
EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO DIREITO
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

2

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho





SUMÁRIO

COLEÇÃO - EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	7
Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG) e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)	
APRESENTAÇÃO DO LIVRO	11
Saulo de Oliveira Pinto Coelho Cleuler Barbosa das Neves Fabrício Macedo Motta	
APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES ..	15
APRESENTAÇÃO DOS AUTORES	17
PREFÁCIO	21
Rogério Gesta Leal	
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O COMBATE À CORRUPÇÃO EMPRESARIAL	27
Ycarim Melgaço Barbosa Augusto de Paiva Siqueira	
PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO COMO DESAFIO CONSTITUCIONAL: PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO NAS LICITAÇÕES	47
Cleuler Barbosa das Neves Fernanda de Moura Ribeiro Naves	
ASPECTOS DO MODELO LICITATÓRIO BRASILEIRO: A EXTENSÃO DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR	73
Eurípedes José de Souza Junior Breno Rassi Florêncio	
TEMAS SOBRE DESAPROPRIAÇÃO NO MARCO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	91
Rodrigo Antonio Calixto Mello	

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS EMPRESAS SEMIESTATAIS E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL.107

Philippe Dall'Agnol
Daniel Garcia de Oliveira

O USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO COMO SUJEITO CONSTITUCIONAL: POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO COMO AGENTE DE CONTROLE E AUXILIAR NA REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS123

Marcelo Narcizo Soares

ORÇAMENTO PÚBLICO E A TUTELA DE DIREITOS PELO ESTADO: A RELAÇÃO ENTRE A DÍVIDA PÚBLICA BRASILEIRA E A CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS163

Bruno Rocha Faria Arantes

ARBITRAGEM E *DISPUTE BOARDS* NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: MUDANÇA DE PARADIGMA ACERCA DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO187

Cinthya Hayashida de Carvalho Zortéa

PRINCÍPIO FEDERATIVO, AUTONOMIA MUNICIPAL E A EPIDEMIA DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS.....203

Lázaro Reis Pinheiro Silva

COLEÇÃO

EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Mais que um a Ciência, o Direito é uma *experiência*. Uma experiência social complexa. Experiência no sentido expressado por pensadores como Hegel e Gadamer. Assim, é experiência, tanto no sentido imediato (*Erlebnis*, em alemão), vivência concreta de algo na dimensão existencial da cognição-ação (práxis) humana; quanto no seu sentido mediato (*Erfahrung*), experiência refletida, organizada epistemologicamente.

No campo do Direito, a experiência jurídica foi pensada e priorizada como a categoria fundamental dessa realidade social por juristas como o italiano Paolo Grossi, ou o brasileiro Miguel Reale, dentre outros.¹ (COELHO, 2010, p. 98-115)

Experiência jurídica é o complexo movimento existencial do Direito, desde a sua elaboração, à sua concreção; da abstrata dimensão legislativa, antecedida da política legislativa e da *jurisgênese* da norma abstrata, à dinâmica concreção normativa dos direitos, tanto a concreção vivida espontaneamente (vivência jurídico social do Direito), como a concreção orquestrada profissionalmente (vivência jurídico institucional), e à aplicação do Direito, que também é, em alguma medida e com limites, um momento *jurisgenético*.² (COELHO, 2017) Entre a elaboração do Direito e a concreção dos direitos, a experiência

1 Para uma articulação desses autores no que diz respeito à compreensão do direito como experiência, veja-se o artigo *Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito*, de Saulo Pinto Coelho. (2010, p. 98-115)

2 Em *Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito* (COELHO, 2017) é possível acessar detalhamentos acerca da dinâmica da experiência jurídica à qual nos referimos.

jurídica ainda abarca os momentos hermenêuticos de categorização, sistematização e disputas retórico-interpretativas da linguagem jurídica. Assim, é dentro da experiência jurídica que está a ciência jurídica, como uma parte dela; um momento importante do movimento do Direito na realidade social.

As lacunas e abismos entre uma ‘ciência do direito’ e uma ‘prática jurídica’ são mais uma patologia jurídica (Grossi), a expressão de uma realização patológica do Direito, que marca a modernidade jurídica de algumas nações, do que um traço propriamente definidor da experiência jurídica na sua realidade e racionalidade. O Direito é uma *práxis* (um fazer, uma experiência que exige agir e pensar sobre esse agir, crítica e performativamente), ao mesmo tempo que também é propriamente uma ciência, no sentido de que exige um momento concomitante de pensar organizado sobre essa experiência: uma ciência dessa experiência. Aí entra – ou deveria entrar – a Academia, as Faculdades, as Escolas de Direito, etc. Não há futuro bom, nem para a prática do Direito, nem para a Ciência do Direito, e nem para a sociedade, quando o fazer e o pensar, no Direito, se colocam em dimensões apartadas.

Por vezes, na experiência jurídica brasileira, percebe-se essa lacuna, esse abismo que mencionamos acima. Não estamos a falar de uma disputa, um antagonismo ou uma oposição entre teoria e prática. Antes fosse isso a nossa preocupação. Estamos a falar de um certo desprezo mútuo entre esses dois âmbitos do Direito: o dos acadêmicos e o dos práticos. Quando esse desprezo mútuo ocorre, se dá junto com ele a falência do Direito como experiência social. Quanto a isso, há que reverter esse estado de coisas. Há que resgatar a sinergia entre essas duas dimensões da experiência jurídica. Para tal, é preciso fomentar um duplo movimento de aproximação: desafiar e impulsionar a Academia a se preocupar e dedicar mais aos problemas práticos e concretos do Direito; e, por outro lado, conscientizar e convencer o mundo prático do Direito do valor e importância das teorizações jurídicas para a consolidação de uma linguagem e uma

tradição jurídica capaz de dar consistência às práticas.

O Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG) e a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados de Goiás (ESA/OAB-GO), desde 2016, vêm trabalhando juntos nesse propósito, conscientes desse desafio e da importância de levar a cabo essa tarefa.

O PPGDP-UFG é um Programa Profissional (atualmente contando com um Mestrado Profissional), pensado e concebido para aliar pesquisa jurídica de excelência à formação de *know-how* profissional e de aprimoramentos técnicos e institucionais, no campo da regulação, implementação e controle de políticas públicas no Brasil.

A ESA/OAB-GO, desde 2016, produziu uma guinada qualitativa em suas metas institucionais, voltando seus esforços para o fomento do aprimoramento técnico, científico e prático dos profissionais do Direito no seu contexto geográfico de atuação, com clara preocupação em induzir a conversação sinérgica entre teoria e prática no Direito.

Somando-se a várias outras iniciativas conjuntas, essas duas entidades, na ocasião do trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propuseram e organizaram uma Coleção de obras jurídicas voltadas a pensar a experiência jurídica brasileira nesses 30 anos da Constituição.

A Coleção Experiência Jurídica nos 30 anos da Constituição Brasileira (ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG) busca fomentar o debate jurídico entre aqueles que vivenciam nossa experiência constitucional e social, tanto de um ponto de vista teórico, quanto prático, e em diferentes campos do Direito. A constitucionalização do debate jurídico nacional não encontra fronteiras em nenhum ramo jurídico específico, ainda que os campos do direito privado mantenham – e nisso não há nenhum problema, ao contrário – suas categorias e estatutos jurídico-conceituais próprios. Assim sendo, nas dez obras (dez coletâneas de textos inéditos) propostas pela Coleção, diferentes questões-chave da experiência jurídica brasileira contemporânea são

enfocadas, em diferentes áreas do Direito, todas buscando relacionar esses debates específicos com a realidade jurídico-político-social balizada por uma ‘Constituição Cidadã’, que de forma otimista eclode na realidade brasileira em 1988, marcando nossas interações sociais e jurídicas nos últimos 30 anos.

Assim, ainda em 2017, PPGDP-UFG e ESA/OAB-GO publicaram e divulgaram amplamente as convocatórias para apresentação de textos e contribuições aos livros da Coleção. Centenas de textos foram enviados à coordenação do projeto. Uma equipe com organizadores das obras, selecionada dentre *experts* com diversificada formação e advindos de sete diferentes Universidades brasileiras, em Goiás, Minas Gerais e Distrito Federal, avaliou e selecionou cuidadosamente os textos. Nos dez livros, os textos selecionados somam mais de uma centena de contribuições inéditas, com autores de oito diferentes estados brasileiros e mais de vinte diferentes Universidades.

Com a colaboração e suporte da respeitada e engajada Editora Empório do Direito, demos forma final aos livros da Coleção, que vem a lume em um momento de crise política, social, econômica e, em certo sentido, crise constitucional.

Sabe-se bem que a crise é uma excelente oportunidade para o aprimoramento e a inovação. O estado de desconforto que a crise provoca nos faz sair do nosso ‘modo automático’ e refletir sobre o caminho trilhado e as alternativas de rota. Que os livros desta Coleção possam servir a esse propósito!

Com agradecimentos aos organizadores, avaliadores, editores e autores,

Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)
e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)

Coordenadores da Coleção

APRESENTAÇÃO DO LIVRO

Esta coletânea dispõe-se a abordar alguns aspectos específicos das relações entre o Direito e a Administração Pública ao longo desses 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Essa Carta Magna brasileira é inspirada por valores e contempla a positivação de princípios e de regras que projetaram uma expectativa elevada quanto aos rumos que trilharia uma Administração Pública de todas as esferas que se encontrasse empenhada em concretizá-los. Contudo, quando nos preparamos para comemorar, no sentido de rememorar compartilhadamente, quiçá compartilhar memórias, instala-se muito mais um sentimento de frustração nacional que razões para celebração de seu natalício, no sentido de glorificação.

Em meio a uma onda crescente de denúncias formais de corrupção no setor público e no privado que se darão nossas comemorações. Princípios constitucionais, como o da moralidade e da probidade, foram objeto de menoscabo em larga escala e de modo reiterado, nos mais diversos escalões. Nossos órgãos de controle, descompassados, não as preveniram. Poder-se-ia até saldar seu combate, quando promovido de uma forma institucional e dentro de parâmetros republicanos, sem abrir mão de garantias e de direitos individuais também constitucionalmente tutelados.

Nada disso abala a necessidade dessas imposições em nossa ordem constitucional, em que pese alguns plantonistas não perderem a oportunidade de atacar nossa tenra democracia; todavia uma constatação de que é preciso reduzir esse abismo interposto pela frustração

social, numa busca por mais efetividade constitucional, notadamente para a sua verificação em relação às políticas públicas mais caras para a população brasileira.

Nessa linha os textos aqui coletados a partir de uma chamada pública realizada em coparticipação pelo PPGDP (Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas) e pela ESA-GO (Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Goiás, OAB-GO) retrata esse vazio numa perspectiva propositiva, apontando algumas soluções que de algum modo concorrerão para que nossas próximas décadas nos sejam bem mais que de apenas comemorações, mas de celebração, de júbilo mesmo e até de orgulho da prima Carta que nos pusemos.

No texto *A Administração Pública na Constituição Federal de 1988: O princípio da moralidade administrativa e o combate à corrupção empresarial* Ycarim Barbosa e Augusto Siqueira se propõe investigar como o advento da Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas foi ao encontro da moralidade administrativa, ao estabelecer novos mecanismos de combate à corrupção. Para tanto, definem o princípio da moralidade administrativa a partir do texto constitucional cruzado com análise do contexto histórico de elaboração e promulgação da Lei 12.846/2013,

Cleuler Neves e Fernanda Naves, por sua vez, com *Prevenção à corrupção como desafio constitucional: Programa de integridade como condição de habilitação nas licitações*, realizam estudo sobre a possibilidade de exigência de programa de integridade como condição de habilitação nas licitações, diante da atualidade da ordem jurídica brasileira e a projeção de sua unidade e fundamentação na Constituição.

Em *Aspectos do modelo licitatório brasileiro: a extensão da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar* Eurípedes José de Souza Junior e Breno Rassi Florêncio enfrentam a controvérsia em torno da suspensão do direito de licitar e contratar, e em que medida essa penalidade se restringiria apenas ao órgão aplicador da penalidade

ou à Administração Pública como um todo, interpretação quanto a extensão que se constrói fundada no texto constitucional, sobretudo no princípio do interesse público.

Já em *Temas sobre desapropriação no marco constitucional contemporâneo*, Rodrigo Mello discute três problemas relativos à procedimentalização da desapropriação no regime jurídico-administrativo vigente: a indenizabilidade de benfeitorias construídas em Área de Preservação Permanente sem autorização do órgão ambiental competente, a impossibilidade de se indenizar por outro meio que não dinheiro, e a necessidade de se revogar decreto expropriatório como condição para a postulação judicial de desistência de ação de desapropriação.

Philippe Dall'Agnol e Daniel de Oliveira contribuem a presente obra com o texto *Breves Considerações sobre as Empresas Semiestatais e as parcerias público-privadas nos projetos de infraestrutura do Brasil* a partir do qual buscam sistematizar a utilização das sociedades semiestatais como uma eficaz ferramenta do Direito Administrativo e Empresarial, viabilizando a colaboração entre Poder Público e iniciativa privada com vistas a alcançar resultados positivos e gestões eficientes e transparentes.

Em *O usuário do serviço público como sujeito constitucional: possibilidade de atuação como agente de controle e auxiliar na regulação social da atividade econômica e financeira dos serviços públicos* Marcelo Soares propõe demonstrar que a partir da Lei 13.460/2017, a partir da qual se regulamentou a posição jurídica do usuário de serviço público, os serviços públicos ganharam nova configuração em razão da expansão de sua base normativa no tocante à procedimentalização da consolidação de direitos fundamentais.

Já em *Orçamento público e a tutela de direitos pelo Estado: a relação entre a Dívida Pública brasileira e a concreção de direitos fundamentais*, Bruno Arantes busca investigar como o político, o texto constitucional, a pecúnia, e o cidadão enquanto premissas-mecanismos na efetivação

de direitos fundamentais se articulam especialmente no tocante aos efeitos da Dívida Pública Federal na concreção desses direitos.

Com *Arbitragem e Dispute Boards no âmbito da Administração Pública: mudança de paradigma acerca das funções constitucionais do Estado*, Cinthya Zortéa enfrenta a resistência na adoção de meios alternativos de resolução de conflitos da Administração Pública, tanto no entendimento de que haveria uma falta de normatização quanto a constatação da ausência de política pública sobre o tema, estabelecendo que, muito embora esses instrumentos não sejam remédios à crise do Estado, suas bases normativas estão suficientemente consolidadas no tocante a segurança jurídica.

Finalmente, Lázaro Silva com *Princípio federativo, autonomia municipal, e a epidemia das Contribuições Especiais* se propõe a discutir o tema da repartição das competências tributárias e das receitas provenientes de sua arrecadação, especificamente no tocante ao problema das inúmeras contribuições especiais editadas pela União e sua potencial hostilidade ao equilíbrio federativo.

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Cleuler Barbosa das Neves

Fabício Macedo Motta

Organizadores

APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES

COORDENADORES

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Professor efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito (FD-UFG), bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Possui doutorado, mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Pós-Doutorado como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona – Espanha. Foi Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar da FD-UFG, bem como Coordenador de Pesquisa da FD-UFG. Também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Atua como pesquisador e professor visitante da Unversitat de Barcelona.

Rafael Lara Martins

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Mestrado em andamento em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Conselheiro Estadual da OAB-GO (triênio 2013-2015 e triênio 2016-2018) e Diretor-Geral da Escola da Advocacia da OAB-GO (triênio 2016-2018). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho -IGT (biênio 2012-2013 e biênio 2014-2015).

ORGANIZADORES

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Professor efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito (FD-UFG), bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Possui doutorado, mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Pós-Doutorado como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona – Espanha. Foi Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar da FD-UFG, bem como Coordenador de Pesquisa da FD-UFG. Também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Atua como pesquisador e professor visitante da Unversitat de Barcelona.

Cleuler Barbosa das Neves

Professor da Faculdade de Direito da UFG e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Procurador do Estado de Goiás. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Goiás (1997), mestrado em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2001) e doutorado em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás (2006).

Fabrcio Macedo Motta

Procurador do Ministério Público de Contas – Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás e Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás. É vice-Coordenador do programa de Mestrado Profissional em direito e Políticas Públicas, na Faculdade de Direito da UFG. É Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (2017-2020). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Goiás (1998), mestrado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002) e doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2007).

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

Augusto de Paiva Siqueira

Procurador de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil (Seção Goiás) e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2017).

Breno Rassi Florêncio

Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP) em 2001. Pós-graduado em Direito Público (Universidade Católica de Goiás) e em Direito Civil (Universidade Federal de Goiás). Atuação acadêmica voltada para o Direito Processual Civil.

Bruno Rocha Faria Arantes

Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

Cinthy Hayashida de Carvalho Zortéa

Assessora jurídica no Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Goiás (1999); é especialista em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade Estácio de Sá/RJ (2003); especialista em Criminologia pela Universidade Federal de Goiás.

Cleuler Barbosa das Neves

Professor da Faculdade de Direito da UFG e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Procurador do Estado de Goiás. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Goiás (1997), mestrado em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2001) e doutorado em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás (2006).

Daniel Garcia de Oliveira

Procurador do Estado de Goiás. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso.

Eurípedes José de Souza Junior

Advogado. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2015). Especialização em Direito Constitucional (2017) e Direito Processual Civil (2016).

Fernanda de Moura Ribeiro Naves

Mestranda do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG, com início em agosto de 2017). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2006). Especialista em Direito Processual Civil pela UFG (2009). Especialista em Direito Público pela Faculdade Fortium (2012). Especialista em Auditoria em Controle Externo pela Faculdade Fortium (2012). MBA em Gestão Pública pela Universidade Anhanguera Educacional/LFG (2013). Auditora de Controle Externo da Área Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM/GO).

Gustavo Assed Ferreira

Professor Associado do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1996), mestrado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2003), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006) e livre docência em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2015).

Lázaro Reis Pinheiros Silva

Procurador do Estado de Goiás. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2010). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

Mestrando em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Foi Procurador do Município de Campinas/SP, com atuação na área de licitações, contratos administrativos e convênios do Município.

Marcelo Narcizo Soares

Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (1993). Pós graduado em Direito Civil pela mesma Instituição (Especialização, 1996). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Goiás, 2012). Membro do Instituto Goiano de Direito Constitucional (IGDC). Membro da Comissão de Direito Constitucional e Legislação da OAB/GO.

Philippe Dall'Agnol

Procurador do Estado de Goiás. Graduado em Relações Internacionais e Direito pela Universidade Católica de Goiás.

Rodrigo Antonio Calixto Mello

Procurador do Município de Goiânia. Professor do Centro Universitário de Anápolis, UniEVANGELICA. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2011), é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014).

Silvia Cristina Mazaro Fermino

Agente Legislativo da Câmara Municipal de Jaboticabal. Possui graduação em Processamento de Dados pela Faculdade de Tecnologia de Taquaritinga (1999), graduação em Formação Pedagógica – R2 em Matemática pela União das Faculdades Claretianas de São Paulo (2007), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Araraquara (2003) e graduação em Ciências e Matemática pela Faculdade de Educação São Luis (1997).

Ycarim Melgaço Barbosa

Coordenador do Núcleo de Pesquisa, NUPECAM, Cambury e Professor Adjunto I, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, na graduação e pós-graduação *stritu sensu* (Planejamento e Desenvolvimento Territorial – MDPT). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Goiás (1987), Mestrado em Geografia (Geografia Humana) pela Universidade de São Paulo (1991), Doutorado em Geografia (Geografia Humana) pela Universidade de São Paulo (1999), Pós-doutorado no Instituto de Economia da Unicamp (2011)

PREFÁCIO

Sinto-me muito honrado com o convite de apresentar este profundo trabalho intitulado Direito e Administração Pública nos 30 anos da constituição: experiências profissionais e desafios no direito administrativo brasileiro, organizados pelos colegas Fabrício Macedo Motta, Saulo de Oliveira Pinto Coelho e Cleuler Barbosa das Neves, envolvendo temas absolutamente estratégicos para repensarmos a organização administrativa do Estado Brasileiro e a gestão pública compartilhada.

Historicamente sabemos que, para o desenvolvimento de suas atividades técnico-burocráticas o Estado/governo, enquanto instituição jurídica e política têm, ao longo de sua conformação, instituído procedimentos e mecanismos de operacionalização de gestão, tudo regulado positivamente por normativas cogentes.³ Entretanto, isso, por si só, de um lado, não garante êxito em suas práticas cotidianas de administração dos interesses públicos, e, de outro, não assegura um plano de visibilidade imediata dos seus comportamentos oficiosos – requisitos indispensáveis, por exemplo, para a agenda econômica e política da Idade Moderna.

Já nos dias atuais, vemos como a teoria mais tradicional da Administração Pública tem insistido na ideia de que ela serve, fundamentalmente, às atividades estatais (executivas, legislativas e judiciais) e de governo.⁴ De uma certa forma, o conceito de Administração

3 Avaliamos o evoluir dessas particularidades do Estado em nosso livro *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. (LEAL, 1997)

4 De uma maneira mais sofisticada, trabalhando com conceitos múltiplos, por exemplo, Augustín Gordillo em *Tratado de Derecho Administrativo* (1998), insiste na concepção de que o Direito Administrativo (ou a função administrativa) diz respeito, fundamentalmente, às ações estatais tradicionais. No Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto em *Curso de Direito Administrativo* (1996, p. 04), é taxativo em afirmar que: é comum, por isso, num primeiro vis-

Pública, assim, tem-se sintetizado como um conjunto harmônico e sistêmico⁵ de princípios, regras e ações jurídicas que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas, tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.

Por todas essas razões, convencionou-se afirmar que a atividade de administrar os interesses públicos nasce com o Estado, e mais especialmente com o Estado de Direito ou, ainda, numa acepção mais clássica, com a elaboração teórica de Montesquieu sobre a tripartição de poderes, para: (1) evitar e conter o abuso do poder por quem o detém; (2) regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, visando proteger o cidadão contra abusos ou desvios dos detentores deste poder. (Cf. ALESSI, 1990)

Nos parece razoável tributar elogiosas congratulações ao intento de utilizar mecanismos de controle e visibilidade dos atos governamentais/estatais como forma de ruptura do modelo medieval e antigo de exercício do poder político. Todavia, força é reconhecer a insuficiência desta postura tendo em conta a evolução das Sociedades e mesmo da política, em especial no que tange às suas complexidades cada vez mais agudas e pontuais.

Em outras palavras, se podemos afirmar que todo o positivo movimento de superação do medievo deu-se conectado com nova proposta e agenda econômica para o Ocidente, notadamente centrada no mercado das relações de produção, onde um dos principais objetos era exatamente o de se livrar das arbitrariedades impostas pelos regimes monárquicos e eclesiásticos, (Cf. MALANDI, 1995, p. 319) deixando à mão invisível desse mercado a responsabilidade pelo desenvolvimento social harmônico, é inevitável reconhecermos que as promessas do liberalismo clássico não se cumpriram e que, em verdade, viram-se totalmente contraditadas pela história, gerando um

lumbre sobre o Direito Administrativo, conotá-lo principalmente às regras de funcionamento do Estado, enquanto que o Direito Constitucional seria, precipuamente, a disciplina das regras de sua estruturação.

5 Nesse particular, há uma reflexão de Juarez Freitas em *A Interpretação Sistemática do Direito*. (1995)

processo de exclusão e marginalização social sem precedentes.

Dessa forma, evidenciada a fragilidade e insuficiência do Estado Mínimo⁶, perquirido por projetos liberais de Sociedade, diante das profundas crises e demandas sociais causadas pelo próprio modelo, impõe-se verificarmos se as funções outorgadas nos umbrais da Idade Moderna aos institutos de gestão pública ainda persistem, ao menos nos formatos e conceitos desta quadra histórica.

Por óbvio, sabe-se que a abordagem sugerida não pode se dar com velhos e desgastados conceitos de administração pública – centrada fundamentalmente no Estado –, tampouco circunscrita a pressupostos filosóficos e epistemológicos metafísicos de justificação e de exercício do Poder – como é o da filosofia da consciência⁷ –, mas a partir de outros paradigmas, em especial o da filosofia e epistemologia centradas em racionalidade emancipatória e comunicativa, aqui entendida como a estabelecida por sujeitos linguísticos (Estado x Cidadão), envolvidos em práticas cujo único objetivo deve ser o entendimento/consenso, (HABERMAS, 1989, p. 183) o que implica permanentes e tensionais pactos de civilidade, que a despeito de provisórios, estão informados por alguns universais modernos, como os direitos humanos e fundamentais, a emancipação dos povos, o controle do poder político, o desenvolvimento autossustentável, etc. (BERNSTEIN, 1995, p. 37; LEAL, 2000)

Como nos diz Habermas, no sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo. Por esta razão, o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração; ele forma simultaneamente o medium para a transformação do poder

6 Entendido aqui como um Estado não-interventor, ocupando-se tão-somente de matérias atinentes à segurança pública, à educação técnica, etc., tudo para assegurar uma liberdade tranqüila para o capital. Neste sentido ver nosso trabalho *Significados e Sentidos do Estado Democrático de Direito enquanto modalidade ideal/constitucional do Estado Brasileiro*. (1998)

7 Em que há um sujeito cognoscente e um objeto conhecido, caracterizados por uma relação de dominação no processo de apreensão apriorística dos seus significados, previamente dado pelo sujeito que conhece. Nesse sentido ver o texto de Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. (1978, p. 83)

comunicativo em administrativo. (HABERMAS, 1989, p. 213)

Tal perspectiva condiciona a legitimidade da Administração Pública no Estado Democrático de Direito, à existência de um processo democrático de comunicação política, que institui um espaço permanente de construção de entendimentos racionais sobre o que se pretende em termos de sociedade e governo, a partir da organização de mecanismos e instrumentos de gestão que garantam a visibilidade, compreensão e debate das questões comunitárias relevantes (inclusive na definição de quais sejam), para em seguida, se passar ao nível do seus dimensionamentos em políticas públicas efetivadoras das demandas que elas representam. Ao depois, de maneira não menos importante, mister é que o processo democrático de co-gestão se estenda ao plano da executoriedade e avaliação daquelas políticas definidas, eis que momento particular de esvaziamento do que até então se estabeleceu como tal (por expedientes de cooptação ideológica ou desvio de finalidade político).⁸

Em verdade, ao lado do esfumaceamento do poder e dos locais de decisão do político, causado pela descentralidade espacial e temporal provocadas pela transnacionalização de Mercados, o que gerou a ficção de uma aldeia global, em que emergiria o cidadão universal⁹, temos visto surgir outro fenômeno que é o da descentralização e emergência de inéditos sujeitos de poder, vez que, de um lado,

8 Habermas adverte para o fato de que: *o conteúdo do princípio da soberania popular só se esgota através do princípio que garante esferas públicas autônomas e do princípio da concorrência entre os partidos. Ele exige uma estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam do nível concreto das simples interações.* Esta lógica vale para qualquer representação social na arena política, não só às formas de representação política tradicional (pela via dos partidos políticos). Adverte ainda o autor que aquelas *arenas devem ser protegidas por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição; não podem, todavia, ser organizadas como corporações.* (1989 p. 215)

9 Ficção porque os incluídos neste novo espaço e tempo transnacional são, fundamentalmente, os consumidores de algo ou de alguma coisa, porque, para ser um cidadão universal é preciso ter acesso aos meios para tanto (comunidade virtual, redes de comunicação, aparelhos que viabilizem a inserção, recursos para transitar pela aldeia global), o que implica possuir recursos financeiros. Diante disto, a transnacionalização mais exclui do que inclui, e quando inclui, o faz de forma autoritária e por adesão, sem nenhuma oportunidade de interlocução ou negociação sobre os seus termos e sobre o que oferta à inclusão. Neste sentido, ver o texto de Anthon Prezeworski, *Democracy, Accountability and Representation.* (2001, p. 93)

as promessas da nova economia não se concretizaram para a maior parte dos cidadãos, criando exércitos de verdadeiros *lupen-cidadãos*, e, de outro lado, os tradicionais atores da política (Parlamento, Executivo e Judiciário) deixam a desejar em face das demandas e pressões sociais cada vez mais tensas e de híbrida natureza (ecológica, consumista, étnica, sexual, etc.) .

Ora, se o Estado, mesmo com as condições materiais necessárias para desempenhar seu mister não o consegue, em face dos condicionantes referidos, a verdade é que a comunidade não pode esperar por soluções urgentes às suas demandas, estas muitas vezes primárias, con-dizentes com prerrogativas de subsistência – como água, luz, habitação, saúde, etc., acabando por agudizar ainda mais a exposição da falência do modelo atual de Administração Pública, em todos os seus níveis.

É preciso, pois, compreender que administrar os conflitos da sociedade significa conservar a sociedade e ter, como legítima, a complexidade multifacetada de suas articulações e tensões; que não precisam – nem podem – ser extirpadas as diferenças identificadas no seu evoluir, mas impõe-se a gestão da diversidade em nome da harmonia e pacificação das relações sociais, evitando que a comunidade se desintegre. Na medida em que o Estado não é capaz de resolver os conflitos, ele perde sua legitimidade, ou em outros termos, a questão da legitimidade desse Estado torna-se um problema.

Daí termos presente que já não bastam as clássicas instituições de representação do político e da política apresentarem respostas prontas e acabadas de soluções sobre os problemas que elas mesmas identificam como prioridades sociais. Mas o que esta nova sociedade civil/cidadania – organizada ou não – quer e faz, é problematizar a própria noção e percepção de problemas que afligem a comunidade, vez que as leituras postas por aquelas instituições não se revelam oniscientes ou onipotentes, imunes à crítica e à reflexão política cada vez mais espargidas nos multifacetados tecidos e fragmentos sociais existentes (incorporados pela rede de movimentos que se ampliam a cada dia).

O presente trabalho coletivo da operosa Universidade Federal de Goiânia, através de seu Mestrado Profissionalizante em Direito e Políticas Públicas, traz à tona questionamentos desta ordem, em diversas abordagens multidisciplinares, com quem temos de aprender.

Boa leitura a todos.

Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Professor Titular da UNISC e da FMP

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Casa Editorial, 1990.
- BERNSTEIN, Richard. *Habermas and Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1995.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Boon: Darmstadt, 1978.
- HABERMAS, Jürgen. *Faticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.
- LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LEAL, Rogério Gesta. Significados e Sentidos do Estado Democrático de Direito enquanto modalidade ideal/constitucional do Estado Brasileiro. *Revista Redes*, vol. 3, Santa Cruz do Sul, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PRZEWORSKI, Anthon. *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O COMBATE À CORRUPÇÃO EMPRESARIAL

Ycarim Melgaço Barbosa¹⁰

Augusto de Paiva Siqueira¹¹

1. INTRODUÇÃO

Na trajetória do constitucionalismo brasileiro, a Carta Magna de 1988 teve o seu advento em uma época em que se clamava pela redemocratização do País, ocasionada por meio de mudanças no cenário político, social e administrativo. Um dos temas de maior destaque na nova Carta constitui-se na previsão do princípio da moralidade administrativa no artigo 37, *caput*, que passou a impulsionar, no ordenamento jurídico brasileiro, um dos primeiros passos para se combater a corrupção no setor público.

Com a previsão do princípio no texto constitucional, a moralidade passou a ser uma das sujeições que deve ser observada na atuação da Administração Pública. Assim, além da obediência à legalidade estrita e

10 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Mestre e doutor em Geografia Humana pela Universidade de São Paulo (USP) e Pós-doutor em Economia pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Atualmente é professor da Escola de Gestão e Negócios da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Contato: ycarim@gmail.com.

11 Graduado em Direito pela Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Foi bolsista de iniciação científica pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PIBIC/CNPq) no projeto de pesquisa “Ética corporativa, *compliance* e Direito”, sob a orientação do professor Dr. Ycarim Melgaço Barbosa. Atualmente é Procurador de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Goiás. Contato: augusto.paiva.siqueira@gmail.com.

formal, as relações da Administração com os administrados deve se ater às balizas da moralidade, procedendo com boa-fé e confiança.

Contudo, a tutela da moralidade administrativa há muito vem sendo trabalhada no direito brasileiro. Desde o advento da Carta Cidadã em 1988, já se tem notícia de vários instrumentos de proteção à moralidade administrativa, principalmente no que toca à questão da corrupção, como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 8.666/1993), as reformas introduzidas no Código Penal brasileiro e, mais recentemente, a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas (Lei nº 12.846/2013).

O advento da Lei Anticorrupção inaugurou, sem dúvida, um novo debate no cenário nacional de combate à corrupção ao introduzir, de maneira inédita, a responsabilidade objetiva, civil e administrativa, das pessoas jurídicas pelos atos lesivos praticados em face da Administração Pública. Também é destaque na lei a previsão legal dos regimes de integridade e *compliance*, que intentaram incentivar o compromisso por parte dos agentes econômicos com a ética empresarial e as boas práticas de governança corporativa.

Nesse contexto, o foco deste artigo é investigar como o advento da Lei nº 12.846/2013 foi ao encontro do princípio da moralidade administrativa e, nessa medida, estabeleceu novos mecanismos de combate à corrupção. Para a consecução da análise, passou-se primeiro pela definição do princípio da moralidade administrativa a partir da sua colocação na Constituição Federal de 1988, depois se seguiu para o histórico que permeou o advento da Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas para, ao final, averiguar os avanços e imprecisões da norma em estudo, no contexto da repressão e prevenção da corrupção envolvendo empresas e o Poder Público.

2. MORALIDADE ADMINISTRATIVA E CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Da interpretação do princípio da moralidade administrativa

a partir da sua colocação no texto constitucional no *caput* do artigo 37, vislumbra-se que a intenção do legislador constituinte foi coibir a imoralidade no setor público. Vale dizer, pretendeu se impor a obediência da honestidade e da boa-fé nos atos praticados pelo administrador, a fim de se evitar o desvio de poder e a percepção de benefícios indevidos nas situações em que o agente atua representando o ente público administrativo.

Por se tratar de um princípio constitucional informador da Administração Pública, a moralidade administrativa assume na ordem constitucional uma condição de requisito de validade do ato administrativo. Por definição, tem-se a moralidade administrativa como a imposição constitucional de que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta, além de observar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações (CARVALHO FILHO, 2013, p. 22).

Ainda, acrescenta Mello (2007, p. 115) a moralidade administrativa compreende, os princípios da lealdade e da boa-fé. Para o mencionado autor, a Administração Pública deve proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe vedada a consecução de qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia ou produzido de maneira a confundir, dificultar ou até minimizar o exercício de direitos por parte dos administrados.

Para Di Pietro (2015, p. 900), a inserção do princípio da moralidade na Constituição vai ao encontro da evolução do princípio da legalidade e na mesma perspectiva do Estado Democrático de Direito. Nas palavras da autora:

Isso significou repulsa ao positivismo jurídico e a ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger valores outros, como os da razoabilidade, boa-fé, moralidade, economicidade e tantos outros hoje consagrados na doutrina, na jurisprudência e esmo em regras expressas na Constituição e em normas infraconstitucionais. O objetivo foi o de reconquistar o conteúdo axiológico do direito, perdido em grande parte com o positivismo jurídico. (DI PIETRO, 2015, p. 900).

Assim, ao lado do princípio da legalidade, o ato administrativo deve se ater às balizas da moralidade administrativa, visto que o ato, embora em conformidade com a legalidade formal, não pode atentar a boa administração e a disciplina interna da Administração Pública. A observância da moralidade administrativa, então, a partir da Constituição de 1988, passa a ser exigência extensiva a toda a Administração Pública.

Nesse contexto, torna-se sensível a questão da tutela do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de evitar a sua inobservância e a perpetração dos atos tidos como imorais, para se salvaguardar, em última instância, o interesse público.

Como instrumentos de tutela do princípio em questão, é possível citar a ação popular, prevista no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal¹² que, por meio do regramento dado pela Lei nº 4.717/1965, viabiliza a possibilidade de que os administrados busquem no Poder Judiciário a anulação dos atos do Poder Público contaminados de imoralidade administrativa.

Ademais, destaca-se a ação civil pública, prevista no artigo 129, III da Constituição Federal¹³ como uma das funções institucionais do Ministério Público e regulamentada pela Lei nº 7.347 de 1985, que se constitui em instrumento judicial próprio para a defesa do patrimônio social e dos interesses difusos.

Ao lado desses instrumentos de tutela, salta aos olhos a temática da corrupção na Administração Pública como uma das questões abarcadas pela imoralidade administrativa. A proteção da moralidade

12 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: [...]

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

13 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)
III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

constitucional implica, de maneira quase que consequente, no desestímulo às práticas atentatórias a probidade da Administração Pública e na punição dos agentes que se valem de suas posições no setor público para viabilizar a prática de fraudes e delitos que beneficiam particulares em detrimento dos interesses da coletividade.

No caso em específico da corrupção, mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988 e da positivação da moralidade como princípio basilar da Administração Pública já havia a preocupação com a improbidade administrativa enquanto ato ilícito.

Em período pretérito à Carta Cidadã, ensina Di Pietro (2015, p. 899) que a improbidade administrativa já estava prevista como crime de responsabilidade para os agentes públicos. Ainda, acrescenta a autora que, muito embora a legislação não falasse em improbidade, o ordenamento jurídico já sinalizava uma preocupação com o combate à corrupção, ao falar em enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, que sujeitava o agente delituoso ao sequestro e à perda de bens em favor da Fazenda Pública.

Contudo, com o advento da Constituição Federal em 1988, além da previsão da moralidade administrativa no *caput* do artigo 37, foi acrescido no parágrafo 4º do mesmo artigo que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo de ação penal cabível”.

Com a consagração do dispositivo, restou evidente que a vedação dos atos ímprobos e imorais ganhou uma nova feição com a Carta 1988. A imoralidade, traduzida nos atos desonestos e de má administração, e a improbidade ilustrada tanto nos atos ilícitos quanto nos imorais praticados pelos agentes da Administração Pública, reverberaram no ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de se contar com diplomas legais voltados à punição dos agentes que insistem na prática de atos de corrupção e contrários

aos princípios regentes da Administração Pública.

Nesse sentido, pode-se dizer que o primeiro passo que viabilizou o cumprimento da moralidade administrativa, no contexto do parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal, foi oportunizado com o advento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429 de 1992). O referido diploma introduziu no direito brasileiro a definição dos atos de improbidade em três dispositivos, como sendo aqueles atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (artigo 9º); atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (artigo 10); atos de improbidade decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (artigo 10-A); e, no artigo 11, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Além da Lei de Improbidade Administrativa, o advento da Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 8.666/1993) representou um importante avanço no cumprimento da tutela jurídica da moralidade administrativa, ao dispor não só sobre as regras basilares dos certames públicos, mas também sobre os crimes e dos atos ilícitos contrários à transparência desses procedimentos administrativos.

Na visão de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 242):

[a] licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa. Daí a vedação que se lhe impõe, de optar por determinado particular. Seu dever é o de realizar determinado procedimento para que o contrato seja firmado com aquele que apresentar a melhor proposta. Nesse ponto, a moralidade administrativa se toca com o próprio princípio da impessoalidade, também insculpido no art. 37, caput, da Constituição, porque, quando o administrador não favorece este ou aquele interessado, está, *ipso facto*, dispensando o tratamento impessoal a todos.

Poderia ser destacado, ainda, o Código Penal brasileiro como outro diploma importante para a preservação da moralidade

constitucional. Segundo Greco Filho e Rassi (2015, p. 17) para a lei penal brasileira “a corrupção, em sentido estrito, é o mercadejo da função pública com a obtenção de vantagem indevida por parte do funcionário público, em que são punidos tanto o funcionário corrupto (a passiva) quanto o particular corruptor (a ativa)”. Desse modo, há no Código Penal a tipificação dessas condutas, reprimindo a prática de oferecimento de vantagem indevida por parte do particular ao funcionário público, inclusive em transação internacional.

Pode-se afirmar que outras leis esparsas também têm protagonizado o combate às práticas de corrupção, desde o advento da Constituição Federal de 1988. A título de exemplo, são tidas como normas anticorrupção a Lei de Acesso à Informação Pública (Lei nº 12.527/2011), a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998) e a Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010).

Contudo, em que pese a extensa produção legislativa desde o advento da Constituição em 1988, o cumprimento da moralidade constitucional e o combate às práticas dos atos lesivos na Administração Pública não alcançaram, por muito tempo, aquelas que são, em regra, as maiores beneficiárias dos conluíus de corrupção: as empresas.

Muito embora o direito brasileiro contasse com as leis já mencionadas, ainda havia muitos obstáculos a serem transpostos para a responsabilização de pessoas jurídicas que, agindo em benefício próprio, obtinham vantagens indevidas por insidiosos meios de corrupção. Para tentar suprir essa lacuna legislativa, somente após mais de vinte e cinco anos do advento da Carta Cidadã, foi editada a Lei nº 12.846 de 2013 que, dispondo sobre a responsabilidade objetiva civil e administrativa das pessoas jurídicas, intentou dar mais efetividade à proteção da moralidade na Administração Pública.

Contudo, antes de se adentrar nas questões particulares da Lei nº 12.846/2013, também chamada de Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas, é preciso ter claro que o seu advento está intrinsecamente ligada à trajetória histórica de combate à corrupção empresarial no

contexto internacional e nacional. O advento da lei em questão, a bem da verdade, não foi fruto da espontaneidade do legislador brasileiro, mas de pressões empreendidas pela comunidade internacional e pelo descontentamento da sociedade brasileira diante da impunidade e da eclosão de escândalos de corrupção envolvendo o patrimônio público.

3. BREVE HISTÓRICO DA LEI Nº 12.846/13

Até o ano de 2013, o papel de enfrentamento à corrupção no Brasil vinha conferido pelos crimes de corrupção e similares previstos no Código Penal, pelos delitos previstos na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratações Públicas), na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e por outras leis esparsas.

No entanto, para Tamasuskas e Bottini (2014, p. 134), pela óptica do legislador, o aparato legislativo vigente até 2013 não era suficiente para o combate eficaz à corrupção. Os tipos penais e as leis que dispunham de regras sancionadoras no âmbito administrativo, nessa seara, se limitavam a responsabilizar pessoas físicas sem afetar, exemplarmente, as pessoas jurídicas utilizadas como artifício para a prática dos atos lesivos à moralidade da Administração Pública.

É preciso ressaltar que por muito tempo houve no direito brasileiro uma ausência injustificada de uma lei voltada à responsabilização de sociedades empresárias envolvidas em delitos contra o Poder Público. No âmbito internacional, o Brasil já era signatário de importantes tratados e convenções internacionais de combate à corrupção que remontam ao final do século XX, como por exemplo: a Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996), a Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).

Dentre os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, destaca-se a Convenção das Nações Unidas incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2006, por meio do Decreto nº

5.687/2006. A referida convenção é considerada, por muitos autores, como o primeiro instrumento legal anticorrupção vinculante no âmbito global, em razão da ampla projeção que se deu à estratégia global de combate à corrupção, ao prever que os países signatários deveriam, em linhas gerais, adotar medidas legais para prevenir e reprimir práticas de suborno de funcionários públicos, bem como estimular o compromisso ético empresarial e a transparência na Administração Pública.

No entanto, muito embora a Convenção das Nações Unidas tenha sido incorporada ao direito interno em 2006, foi somente em 2010 que a Presidência da República submeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.826, com redação original dada pela Controladoria-Geral da União, o Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da União, para que se iniciassem as primeiras discussões sobre a elaboração de uma norma anticorrupção empresarial brasileira.

A finalidade do projeto submetido à Casa Legislativa era, conforme descrito na mensagem presidencial, “suprimir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção em licitações e contratos administrativos”¹⁴. Significa dizer que não havia, até então, dispositivos legais constantes no sistema brasileiro capazes de atribuir a responsabilização às pessoas jurídicas que praticamente saíam impunes quando envolvidas em ilícitos praticados contra o Poder Público.

Todavia, muito se discutiu a respeito de uma normativa anticorrupção direcionada à responsabilização das empresas. A principal resistência ao PL nº 6.826/2010, no Congresso Nacional, foi a previsão da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, no âmbito civil e administrativo, quando envolvidas em atos ilícitos praticados contra

14 Tanto o PL nº 6.826/2010 quanto a Mensagem nº 52/2010 estão disponíveis em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em 13/11/2016.

a Administração Pública. Isto é, conforme previa o Projeto de Lei, para a responsabilização das pessoas jurídicas bastava tão somente a comprovação do ato ilícito praticado, o nexo de causalidade e o dano suportado pela Administração Pública ou o benefício percebido pela empresa infratora pela prática da ilicitude, prescindindo, outrossim, da averiguação de culpa ou dolo.

Evidente que a referida previsão gerou muita discussão e polêmica no meio político e empresarial ao prever a possibilidade de que grandes empresas pudessem ser responsabilizadas pela prática de atos ilícitos realizados por seus funcionários e prepostos em detrimento dos interesses do Poder Público.

Não à toa, o Congresso Nacional tentou vetar a modalidade objetiva de responsabilização ao sugerir que deveria constar na redação do artigo 19, §2º a necessidade de comprovação de culpa ou dolo para a aplicação das sanções constantes na lei, aproximando a norma à mesma lógica de responsabilização subjetiva prevista na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993)¹⁵ (MOREIRA; BAGATIN, 2014, p. 59).

Em contrapartida ao texto sugerido pela Casa Legislativa, o veto presidencial afastou a ideia da responsabilidade subjetiva e manteve a lógica inicial da objetivação da responsabilidade, assegurando o que mais tarde representaria um dos pilares fundamentais da Lei Anticorrupção. O mencionado veto destacou:

Tal como previsto, o dispositivo contraria a lógica norteadora do projeto de lei centrado na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública. A introdução da responsabilidade subjetiva anularia todos os avanços apresentados

15 A redação sugerida pelo Congresso Nacional era a seguinte: “art. 19, §2º: “Dependerá da comprovação de culpa ou dolo a aplicação das sanções previstas nos incisos II a IV deste artigo”. Os incisos II a IV de que tratam a redação sugerida pelo Congresso dispunham sobre: “II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III – dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”.

pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica.¹⁶

Dessa feita, com a manutenção da previsão da responsabilidade objetiva, a Lei Anticorrupção passou a representar um marco no tocante ao enfrentamento à corrupção protagonizada pelos agentes econômicos na medida em que dispôs, de maneira inédita, sobre novos instrumentos jurídicos para responsabilização e punição de pessoas jurídicas que fossem utilizadas como instrumento para a prática dos atos lesivos à Administração Pública.

4. LEI ANTICORRUPÇÃO E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Muito embora o advento da Lei nº 12.846 de 2013 possa ser encarada como um marco inédito no que tange à responsabilização de empresas que protagonizam atos lesivos à Administração Pública, a lei em destaque suscitou, no cenário jurídico brasileiro, importantes questões no tocante à preservação do princípio da moralidade administrativa.

Para salvaguardar a integridade da Administração Pública em face dos interesses dos agentes econômicos que com ela se relacionam, a Lei nº 12.846/2013 passou a apresentar em seu escopo fundamental importantes instrumentos jurídicos de repressão e prevenção à corrupção, como por exemplo: a sua ampla incidência, a possibilidade de os infratores celebrarem acordos de leniência, a positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como instrumento do direito administrativo sancionador e, com mais destaque, a natureza administrativa e civil da responsabilização das pessoas jurídicas aliada à previsão legal dos programas de *compliance*.

O fundamento constitucional que alicerça todos esses

16 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

instrumentos anticorrupção da Lei nº 12.846/2013 é, sem dúvidas, o princípio da moralidade administrativa. Isso porque, conforme já abordado, a partir da Constituição Federal de 1988 a moralidade administrativa passa a ser princípio informador da Administração Pública, que passa a impor não só a ela, mas também aos administrados que com ela se relacionam, a observância da transparência e da boa-fé, além da mera obediência à legalidade estrita e formal.

Sobre a questão em análise, avaliam Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas (2014, p. 22):

A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) é constitucional, porquanto extrai seu fundamento de validade do sistema constitucional da moralidade administrativa previsto na Constituição (artigos 5º, LXXIII; 14, §9º; e 37, caput). Trata-se de hipótese de eficácia exógena do princípio da moralidade administrativa que estende seus efeitos aos particulares.

Da análise da Lei nº 12.846 de 2013, depreende-se que houve uma opção expressa, por parte do legislador infraconstitucional, pelo direito administrativo sancionador, ao revés do direito penal, como legitimador dos instrumentos de combate à corrupção empresarial e, por via de consequência, da preservação da moralidade administrativa. Tal conclusão vem da própria natureza da responsabilização das pessoas jurídicas pelos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção, visto que se passou a prescindir da averiguação da culpa ou dolo no ilícito praticado para que se configurasse a incidência da sanção e do dever de reparação.

Com efeito, ao contornar as dificuldades que o direito penal enfrentaria na responsabilização das pessoas jurídicas no direito brasileiro e prever a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas sem a análise da culpa ou dolo, restou evidente que o maior objetivo da Lei Anticorrupção é estimular a criação de um ambiente institucional ético e transparente, colocando sociedades empresárias sob o risco iminente de suportarem as sanções

administrativas e civis previstas nos artigos 6º¹⁷ e 19¹⁸ da Lei nº 12.846/2013, cumuladas com a reparação civil pelos danos suportados pela Administração Pública.

Ainda, paralela à responsabilização objetiva, foi também positivado, no artigo 7º, VIII¹⁹ da lei de regência, que a presença de regimes de integridade – também conhecidos como programas de *compliance* – passariam a ser importantes elementos a serem considerados na ocasião da mensuração da penalidade administrativa a ser aplicada, a fim de beneficiar agentes econômicos que comprovassem o compromisso com a ética e com a transparência no desempenho de suas atividades empresariais.

No entanto, a fórmula adotada pelo legislador para preservar a moralidade administrativa pela Lei nº 12.846/2013 e para a criação de um ambiente ético e transparente nas relações que envolvem empresas e o Poder Público, poderia ser colocada em xeque quando se questiona a constitucionalidade de seus dispositivos e a sua eficácia na atual conjuntura.

No que toca à constitucionalidade do diploma legal, são relevantes os argumentos que militam em favor da inconstitucionalidade

-
- 17 Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:
I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e
II – publicação extraordinária da decisão condenatória.
- 18 Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:
I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
III – dissolução compulsória da pessoa jurídica;
IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.
- 19 Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
(...)
VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica

da responsabilidade objetiva como principal instrumento de sanção. É certo que a grande controvérsia gira em torno da vertente administrativa de responsabilização insculpida na lei, já que a reparação civil objetiva em decorrência do ilícito praticado guarda compatibilidade com as regras já previstas no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se extrai do artigo 927, parágrafo único do Código Civil²⁰.

A bem da verdade, muito embora as sanções decorrentes da responsabilidade objetiva sejam, declaradamente, de natureza administrativa, muitos autores têm defendido a tese de que Lei nº 12.846/2013 é uma norma penal encoberta. Eduardo Saad Diniz e Renato de Mello Jorge Silveira (2015, p. 308) ressaltam que a Lei nº 12.846/2013, apesar de não ser formalmente uma lei penal, apresenta um conteúdo nitidamente criminal, na medida em que seus efeitos e formas sancionatórias têm forte incidência na restrição de direitos e repercutem seriamente na aplicação de condenações criminais.

Nesse compasso, relevantes são os argumentos apontados por Igor Sant'Anna Tamasuskas e Pierpaolo Cruz Bottini (2014). Para os autores, ainda que fosse afastado o caráter criminal da lei em exame, o direito administrativo sancionador não pode se esquivar dos princípios e das garantias constitucionais aplicáveis ao direito penal, pois ambos os ramos do direito lidam com a ideia de punir agentes infratores a partir de penalidades próprias de seus conteúdos.

Nesse espeque, contestável é a ideia de que sujeitos – ainda que pessoas jurídicas – possam ser verdadeiramente punidos sem a mínima análise da culpa corporativa e no curso de um processo administrativo de responsabilização. A punição pelo Estado sem a análise do elemento volitivo vai de encontro ao princípio constitucional da individualização das penas, consagrado no artigo 5º, inciso XLV, da

20 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Constituição Federal²¹, posto que não se pode punir quem não deliberou efetivamente pela prática do ilícito.

Além da dificuldade de se aceitar a responsabilidade objetiva administrativa no lugar da responsabilidade criminal, outra questão decorrente dessa opção legislativa vem à tona: o fato de a autoridade competente para processar e aplicar a penalidade ser integrante dos quadros da Administração Pública (*vide* art. 8^o²²).

Não há como ignorar que a opção pelo processo administrativo ao revés do controle jurisdicional pode trazer muitas lacunas para que se atinja a eficácia que o combate à corrupção empresarial deve ter. Ao deixar de atribuir ao Poder Judiciário a competência para apurar e aplicar as sanções e, ao invés disso, atribuir tamanha carga de poderes aos entes administrativos, torna-se inafastável a conclusão de Janaína Conceição Paschoal, que batizou a indigitada lei de “a lei que pode aumentar a corrupção” (SARCEDO, 2016, p. 137).

No entanto, ainda que se considere constitucional o modelo de direito administrativo sancionador adotado pela Lei nº 12.846/2013, a situação de risco em que se colocaram os agentes econômicos por meio da responsabilidade objetiva e a previsão dos programas de *compliance* não parecem estimular, efetivamente, uma mudança comportamental para a construção de um ambiente empresarial que prime pela edificação de uma ética corporativa.

Da análise da controversa responsabilidade objetiva, conjugada com a previsão dos programas de *compliance* no artigo 7^o, VIII, percebe-se que o único benefício que a pessoa jurídica receberá por ter comprovado seu compromisso com investimentos em ética corporativa é tão somente a mensuração da penalidade administrativa

21 Art. 5^o, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

22 Art. 8^o A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

a ser aplicada. Ou seja, na perspectiva da Lei Anticorrupção não há uma distinção efetiva de tratamento com relação às sociedades que investem em boas práticas de governança corporativa com aquelas que não o fazem, o que por si só enfraquece a ideia de que a previsão do artigo 7º, VIII, se constitui em uma estrutura de estímulo para adoção de programas e regimes de integridade.

Nesse contexto, assevera Leandro Sarcedo (2016, p. 134):

Nesse sentido, parece não assistir razão quando se argumenta que o inciso VIII do artigo 7º da Lei nº 12.846/13 constitui-se numa ‘estrutura de estímulo’ para a implementação de *compliance programmes* pelas empresas. Ao contrário, a empresa que diligentemente arcou com os altos custos da estruturação de programas de cumprimento normativo, ao fim e ao cabo, será tão responsável quanto aquela que nada investiu para evitar resultados danosos. Parece, isto sim, um desestímulo para que os programas de *compliance* e os altos investimentos neles envolvidos sejam levados a sério pelas corporações.

Assim, ainda que se considere válida a responsabilidade objetiva, não parece que a sua adoção conjugada com a positivação dos regimes de integridade se constituam em efetivos instrumentos de repressão e prevenção à corrupção empresarial, visto que não há como identificar na Lei nº 12.846/2013 verdadeiros incentivos aos empresários para que invistam seriamente em programas de retidão.

Ademais, ainda é possível cogitar que as próprias penalidades previstas no diploma anticorrupção empresarial estariam muito aquém do que se entende por uma punição exemplar de grandes empresas que protagonizam a corrupção, como rotineiramente se tem notícia no Brasil. Para Willian S. Laufer (2016, p. 15), o estímulo à autorregulação e às práticas de governança corporativa para garantir a obediência das empresas às leis depende da viabilidade crível e da legitimadora ameaça da lei no plano de fundo regulatório e que, sem isso, *compliance* e práticas de governança corporativa se reduziriam ao que o autor denomina de “ilusões de governança corporativa”.

Em vista das tantas questões levantadas pela Lei nº 12.846

de 2013, é questionável se o seu advento, de fato, passou a proteger com mais robustez a moralidade administrativa. Ao que parece, a lei tentou dar maior tutela à probidade das relações particularizadas pelas empresas e pela Administração Pública, mas o seu escopo fundamental pecou na busca da efetividade do desestímulo às práticas corrupção em face da Administração Pública, diante das tantas imprecisões do legislador.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que o advento da Lei nº 12.846/2013, embora tardio, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro novos instrumentos jurídicos de combate à corrupção, ao elencar como centro da persecução sancionatória as pessoas jurídicas e como objeto de tutela a moralidade administrativa.

Ao direcionar a responsabilização pelas práticas de corrupção às empresas, a lei em questão cumpriu os tratados e compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como tentou suprir uma lacuna legislativa até então vigente no que toca à proteção e à preservação da moralidade constitucional.

No entanto, ao intentar dar maior cumprimento à tutela da moralidade, a lei apresenta algumas imprecisões, sobretudo na conjugação dos programas de *compliance* com a responsabilidade objetiva pelos atos lesivos praticados em face da Administração Pública.

Este artigo, em suma, defende que os avanços trazidos pela norma anticorrupção empresarial são inegáveis, visto que se deu início à novas discussões no tocante à estratégia de combate à corrupção protagonizadas por pessoas jurídicas. Contudo, a Lei nº 12.846 de 2013, ao trazer em seu corpo a opção pelo direito administrativo sancionador, ao invés do direito penal, trouxe possíveis imprecisões quanto à constitucionalidade das responsabilizações das empresas.

De mais a mais, além das discussões acerca da inconstitucionalidade de seus dispositivos, sobreleva destacar que o intento maior do

legislador – construir um ambiente ético e transparente e abranger a tutela da probidade na administração pública –, parece não ter sido alcançado a contento, na medida em que é questionável a severidade das sanções previstas na lei, bem como a estrutura de estímulo aos investimentos em compromissos de ética corporativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da Casa Civil. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm.

BRASIL. Presidência da Casa Civil. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm.

BRASIL. Presidência da Casa Civil. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm.

BRASIL. Presidência da Casa Civil. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm.

BRASIL. Presidência da Casa Civil. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Disponível em: Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm.

BRASIL. Presidência da Casa Civil. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

BRASIL. Presidência da Casa Civil. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

BRASIL. Presidência da Casa Civil. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Eduardo Saad; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAUFER, Willian S. Ilusões de *compliance* e governança. In: DINIZ, Eduardo Saad; ADACHI, P. P.; DOMINGUES, J. O. (Org). *Tendências em governance corporative e compliance*. São Paulo: Liber Ars, 2016. p. 13-27.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: Responsabilidade Objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº 47, p. 55-84, set. 2014.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

TAMASUSKAS, Igor Sant'Anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, nº 947, set. 2014.



PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO COMO DESAFIO CONSTITUCIONAL: PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO NAS LICITAÇÕES

Cleuler Barbosa das Neves²³

Fernanda de Moura Ribeiro Naves²⁴

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo realizar um estudo sobre a possibilidade de exigência de programa de integridade (ou *compliance*) como condição de habilitação nas licitações, uma vez que atualmente essa cobrança não é possível no âmbito da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações). Além disso, a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (também chamada de Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa²⁵), prevê sua adoção de maneira *facultativa*, como atenuante da pena pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios

23 Doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás (2006). Mestre em Direito Agrário pela mesma Instituição, em que obteve Graduação em Direito (1997) e Graduação em Engenharia Elétrica (1986). Especialista em Engenharia de Petróleo pela UFBA (1989). Foi Conselheiro Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Goiás (2004-2009). Professor Associado 1 da Universidade Federal de Goiás. Procurador do Estado de Goiás. *E-mail*: cleuler@gmail.com.

24 Mestranda em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (PPDGP-UFG). Especialista em Direito Processual Civil pela UFG (2009). Especialista em Direito Público pela Faculdade Fortium (2012). Especialista em Auditoria em Controle Externo pela Faculdade Fortium (2012). MBA em Gestão Pública pela Universidade Anhanguera Educacional/LFG (2013). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2006). Auditora de Controle Externo da Área Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Advogada. *E-mail*: fernandamouraribeiro@gmail.com.

25 Também denominada de Lei da Empresa Limpa (Controladoria-Geral da União), Lei de Improbidade Empresarial e Lei de Responsabilidade da Pessoa Jurídica.

da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.²⁶

Após quase trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 e mesmo com a existência no ordenamento jurídico brasileiro de um sistema de corresponsabilização visando punir, em diferentes instâncias, as condutas que possam desviar recursos públicos, essas normas não corresponderam a um sentimento de diminuição do fenômeno da corrupção na sociedade brasileira. Ao contrário, as notícias sobre práticas de atos de corrupção só aumentaram.

A descoberta dos programas de integridade no Brasil (ou re-descoberta, já que o instituto já existia na legislação estrangeira) está intimamente ligada ao advento da Lei de Lavagem de Capitais (Lei Federal nº 12.683, de 9 de julho de 2012, que alterou a Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998), da Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais) e da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção). Esses diplomas legais buscam impor restrições e obrigações às pessoas jurídicas.²⁷

É ainda incipiente o número de processos e penalizações em razão da aplicação da Lei Anticorrupção.²⁸ Entretanto, para Ó Souza (2017, p. 4) os programas de integridade vêm sendo considerados

26 Principais compromissos internacionais assinados pelo Brasil contra a corrupção: a) *Convention on Combating Foreign Officials in International Business Transactions*, da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, de 1997, aprovada pelo Congresso Nacional Aprovada pelo Congresso Nacional, em 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000; b) *American Convention Against Corruption*, da OEA – Organização dos Estados Americanos, de 1996. Aprovada pelo Congresso Nacional, em 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002; e, c) *Convention Against Corruption*, da ONU – Organização das Nações Unidas, de 2003. Assinada pelo Brasil, em 9 de dezembro de 2003, e promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

27 O art. 10, inciso III da Lei Federal n. 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais) obriga a pessoa jurídica a adotar políticas, procedimentos e controles internos que lhe permita atender às obrigações consistentes em noticiar aos órgãos encarregados da fiscalização as transações e negociações suspeitas, que evidenciem a compatibilidade com porte e o volume de operações da empresa, tornando, assim, o *compliance* obrigatório. Já o art. 7º, inciso VIII da Lei Federal n. 12.846/2013 estabelece a existência do programa de integridade na empresa como uma condição de diminuição da pena de multa pela prática de ato de corrupção a ser aplicada no âmbito administrativo ou judicial.

28 Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/01/governo-federal-pune-30-empresas-por-fraude-propina-e-financiamento-ilicito>>. Acesso em: 1. jul. 2018.

como um novo modelo que visa *incrementar as políticas públicas preventivas de atos corruptivos*, sobretudo no campo das contratações.

O termo *compliance* é oriundo do verbo em inglês *to comply*, cuja tradução significa obedecer, cumprir ou *adequar-se*.

Nessa conjuntura, este artigo, mediante pesquisa bibliográfica e utilização do método hipotético-dedutivo, pretende avaliar a *possibilidade* da *exigência* de licitantes que apresentem programa de integridade como *condição de habilitação* em *procedimento licitatório*, uma vez que atualmente o *compliance* é facultativo no bojo da Lei Anticorrupção e de seu Decreto regulamentador nº 8.420, de 18 de março de 2015.

Assim, buscar-se-á avaliar as seguintes hipóteses: a implantação obrigatória de programa de integridade certificado pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União com selo Pró-Ética pelas empresas como condição de habilitação em certames licitatórios pode ser considerada uma política pública de prevenção à corrupção; essa medida pode proteger tanto a pessoa jurídica das pessoas naturais que nela se infiltram para a prática de atos corruptivos, quanto a administração pública de atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e fraudes contratuais.

2. PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO COMO DESAFIO CONSTITUCIONAL: CONCEITO DE CORRUPÇÃO E LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Sabe-se que a corrupção está na pauta dos principais organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Transparência Internacional (TI), o Banco Mundial (BM), a Organização dos Estados Americanos (OEA), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), não só porque ela traduz uma alocação incorreta de recursos públicos, mas principalmente porque há consequências nefastas que advém de atos lesivos à administração

pública, especialmente porque levam ao desperdício e ao desvio dos recursos públicos e, ainda, impossibilitam ou precarizam a implantação de políticas públicas efetivas.

O Banco Mundial entende a corrupção como “*the abuse of public office for private gain*”, cuja tradução livre seria o abuso da função pública para fins privados.²⁹ Já a Transparência Internacional – TI,³⁰ organização não governamental internacional dedicada ao combate à corrupção sediada em Berlim na Alemanha, conceitua corrupção como “*the abuse of entrusted powers for private gains*”, ou seja, relaciona-se ao abuso de poderes delegados para ganhos privados, uma vez que a corrupção não está restrita apenas ao setor público. O último conceito mostra-se mais apropriado, portanto, porque explicita sua *relação com o abuso do poder*, abrangendo tanto sua *outorga na esfera pública quanto na privada*.

As origens da corrupção no Brasil são históricas e remontam à colonização do país pelos portugueses. Nosso país está classificado na 96ª posição no ranking da Transparência Internacional elaborado no ano de 2017³¹ sobre a percepção da corrupção entre 180 países, o IPCorr³², com um índice correspondendo a 4,0 (em uma escala de 0 – altamente corrupto – a 10 – altamente livre de corrupção).³³

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha em 2015 resultou na informação de que a corrupção é vista como o maior problema do Brasil atualmente, liderando o rol da preocupação dos brasileiros (corrupção, 34%; saúde, 16%; desemprego, 10%; educação, 8%; violência e segurança, 8%; e, por fim, economia, 5%),³⁴ certamente reflexos dos movimentos e protestos realizados no ano

29 Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

30 Disponível em: <www.transparency.org>. Acesso em: 25 jun. 2018.

31 Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/20/politica/1519152680_008147.html>. Acesso em: 25 jun. 2018.

32 Índice de Percepções da Corrupção ou *Corruption Perceptions Index*.

33 Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 25 jun. 2018.

34 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-corrupcao-o-maior-problema-do-pais-18172244>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

de 2013 contra a corrupção após a apuração de grandes escândalos noticiados no Brasil.

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, demonstrou forte preocupação com a moralidade e a probidade administrativa. Em seu artigo 37, *caput*, está expressamente previsto que “A *administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*”. Esse mesmo dispositivo dispõe acerca das consequências da prática de atos de improbidade administrativa pelos agentes públicos, quais sejam a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário (§ 4º), prazos de prescrição praticados por agentes, públicos ou não, que causem prejuízo ao erário (§ 5º) e a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (§6º).

Acerca do princípio da moralidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) assim manifestou:

*O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do poder público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.*³⁵

Além disso, após promulgação da Carta Política de 1988 foram publicadas inúmeras leis em defesa da probidade, da ética, da moralidade administrativa e da transparência, à exemplo da Lei nº 8.429, de 12 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA),

35 ADI 2.661 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 5-6-2002, P, DJ de 23-8-2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20504>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009 – Lei da Transparência (LT), Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 – Lei da Ficha Limpa (LFL), Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI), dentre outras.

Contudo, mesmo existindo um sistema de corresponsabilização que visa punir em diferentes instâncias as condutas que podem drenar os recursos públicos, tais leis, editadas antes de 2013, não corresponderam a um sentimento de diminuição do fenômeno da corrupção na sociedade brasileira. Portanto, observa-se que a prevenção e o combate às práticas corruptivas ainda configura-se um verdadeiro desafio constitucional.

Nesse cenário, a Lei Anticorrupção emerge como uma forma de resposta ao anseio social e às diversas discussões sobre a punição da outra ponta da relação corrupta: o corruptor. Tal diploma, que passou então a integrar o chamado “sistema normativo de defesa da integridade e moralidade administrativa”, é convergente com normas já aplicadas em países estrangeiros por força de convenções internacionais,³⁶ dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências e surge como uma tentativa de mudança no paradigma do controle da corrupção no Brasil.

Destaca-se que o alicerce doutrinário e jurisprudencial do Projeto de Lei (PL) nº 6.826/2010 que originou a Lei nº 12.846/2013 está expresso no relatório *Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro*, do Projeto Pensando o Direito, da Fundação Getúlio Vargas,³⁷ que concluiu pela opção da via do Direito Administrativo sancionador. Da mesma

36 A exemplo das normas da Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, da Convenção Penal sobre corrupção do Conselho Europeu, a lei americana FCPA – *Foreign Corrupt Practices* e, ainda, a legislação britânica *UK Bribery Act*.

37 Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/18Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

forma que o Direito Penal é considerado como uma última *ratio* para as ciências jurídicas, o Direito Administrativo sancionador deve ser considerado como última alternativa para o Poder Público.

Dentre dispositivos da Lei Anticorrupção, chama atenção o art. 2º que prevê que as *peças jurídicas* serão *responsabilizadas objetivamente*, nos campos administrativo e civil, pelos *atos lesivos previstos* na citada *lei* praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para fins da Lei Anticorrupção, são todos aqueles praticados por pessoas jurídicas *que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil*, conforme define seu art. 5º abaixo transcrito:

Art. 5º. [...]

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceiro a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus interesses ou a identidade dos seus beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação, ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório;

Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

Criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

Obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de

modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização de lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pela administração pública.

O art. 6º da lei em exame prevê sanções administrativas para a pessoa jurídica considerada responsável pelos atos lesivos, como *multa com base no faturamento bruto da empresa, publicação da decisão condenatória e reparação integral do dano causado*. Já o art. 18 prevê a mesma responsabilização da empresa envolvida na esfera judicial, sendo a legitimidade ativa para a ação reparatória das respectivas Advocacias Públicas dos entes federados ou do Ministério Público, segundo seu art. 19.

Assim, pontua-se brevemente algumas questões atinentes à aplicação da lei em estudo: a *responsabilidade é objetiva* (administrativa e civil); a responsabilidade é pela *prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*; e são alcançadas as *pessoas jurídicas* (sociedades empresárias e sociedades simples), independentemente de seu formato, fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito.

Na União, a Lei Anticorrupção é regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, bem como por portarias e instruções normativas expedidas pela Controladoria-Geral da União – CGU, que minudencia a aplicação dos mecanismos da lei em comento.³⁸

Essa lei aparelha ainda mais o Estado brasileiro para atuar preventivamente no combate à corrupção, um desafio constitucional que se evidencia muito mais pela ausência da aplicação das diversas

38 Sobre os programas de integridade, a Controladoria-Geral da União emitiu a Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015, que dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoa jurídica; a Instrução Normativa nº 1, de 7 de abril de 2015, que estabelece metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; e, a Instrução Normativa nº 2, de 7 de abril de 2015, que regula o registro de informações no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP.

disposições normativas integrantes do ordenamento jurídico nacional e internacional que pelo aprimoramento da legislação que concretiza princípios, como o da moralidade, há muito encartado na CF/1988.

3. RELAÇÃO DAS LICITAÇÕES COM A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O Estado tem o dever constitucional de garantir o exercício dos direitos fundamentais, sob pena de ser responsabilizado. Essa obrigação decorre da vigente Constituição Federal (CF/1988), que dita as regras para a formulação e a execução das políticas públicas destinadas à satisfação das necessidades públicas.

Pode-se conceituar os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano numa ordem jurídica central, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada inalienabilidade, indisponibilidade (irrenunciabilidade), indivisibilidade, a uma eficácia vertical e a horizontal, e uma aplicabilidade imediata, por apresentarem suporte fático amplo (SILVA, 2010, p. 109-111).

Conforme visão de Barcellos (2008, p. 15) é importante destacar que o constitucionalismo contemporâneo entende que as disposições constitucionais são normas jurídicas que gozam de superioridade hierárquica no sistema jurídico. Os direitos fundamentais têm papel de centralidade no ordenamento e tanto o Estado quanto o Direito existiriam para protegê-los e promovê-los. Além disso, os Poderes Públicos estão submetidos à Constituição e seu texto estabelece vinculações mínimas aos agentes públicos, sobretudo no que tange ao respeito aos direitos fundamentais, assim nele declarados.

Nesse contexto, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. As ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais pressupõem decisões acerca do dispêndio dos recursos públicos.

As *políticas públicas* constituem o *meio* pelo qual os *fn̄s constitucionais* podem ser realizados e tais *políticas envolvem* o *gasto de recursos p̄blicos*. Elas s̄o āc̄es coordenadas voltadas para o alcance procedimental das metas fixadas e implementadas pelo Poder P̄blico para o atendimento de interesses p̄blicos, ora constitucionalizados.

Como se sabe, no Brasil o legislador utiliza a *licitāo* como instrumento para a promōo de *políticas p̄blicas*. Assim, como as *políticas p̄blicas* s̄o direitos assegurados na Carta Magna, pode-se asseverar que as *licitāes* fazem parte do processo que permite a concretizāo daquelas e t̄m reflexos perante toda sociedade. Dessa forma, as *licitāes* devem ser publicamente controladas, uma vez que culminam no gasto dos recursos p̄blicos.

Bucci (2002, p. 251) tamb̄m prop̄e quatro elementos para a configurāo das *políticas p̄blicas* que s̄o a *āo*, a *coordenāo*, o *processo* e o *programa*. A *āo* é o planejamento da *política p̄blica*. A *coordenāo* s̄o os programas de *āo* governamental articulados entre si. O *processo* é a forma de concretizāo da *política p̄blica* e, por fim, o *programa* é o conteúdo da *āo* governamental propriamente dito.

Por esse olhar, observamos que um edital de *licitāo* é a *lei* do certame, a partir do que, s̄o definidas as *especificāes* do *objeto* e os *recursos* a serem utilizados, conforme incisos do art. 40 da Lei n̄o 8.666/1993. A partir de sua *publicāo*, encerra-se a fase interna e inicia-se a fase externa do *processo licitat̄rio*.

As *fraudes em licitāo* podem ocorrer nas várias etapas do certame – tanto na interna quanto na externa, bem como na execūo contratual. O campo das *licitāes* e contratos p̄blicos é especialmente vulnerável aos desvios de conduta, que minam a confian̄a e drenam o erário p̄blico.

Apesar do detalhamento dos procedimentos e da rígida disciplina da atuāo do gestor p̄blico prevista na Lei de *Licitāes*, ela não foi nem será capaz de coibir desvios de conduta.

Conforme previsão contida na parte final do inciso XXI³⁹ do art. 37 da Constituição Federal de 1988, *não são admitidas* no ordenamento jurídico vigente licitações com editais que contenham *cláusulas restritivas à participação* de interessados, sendo que semelhante disposição normativa encontra-se no art. 3º, §1º, do Estatuto Licitatório.⁴⁰

Dessa maneira, por expressa disposição da Carta Magna e da Lei de Licitações, e sob pena de violação do *princípio da competitividade*, a administração pública somente pode exigir dos participantes o cumprimento de cláusulas indispensáveis ao cumprimento do contrato. O art. 40, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993, prevê que o edital de licitação deverá conter, dentre outros requisitos, as condições de participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31, e a forma de apresentação das propostas.

O projeto da nova lei geral de licitações e contratos públicos (PLS nº 559/2013 – Senado e PL nº 6814/2017 na Câmara dos Deputados⁴¹) mostra preocupação com alguns aspectos da governança pública e da *integridade de licitantes*, a exemplo da proposição de adoção de minutas de edital e contrato padronizadas, utilizando-se cláusulas uniformes, quando o objeto permitir; pretensão de criar-se uma central de compras, com o objetivo de favorecer-se a economia de escala; estabelecimento de *regras para a formação do custo* da contratação.

Da leitura do aludido projeto de lei, verifica-se que nele também não se impôs a demonstração da existência e efetividade de programas de *compliance* às empresas licitantes.

Vê-se, pois, que a concretização, quiçá efetivação, de políticas

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

40 “é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato”.

41 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>. Acesso em: 25 jun. 2018.

públicas depende diretamente e em grande medida da condução es-
correita de processos licitatórios e uma dupla proteção contra fraudes
e conluios entre licitantes e agentes públicos é salutar.

4. COMPLIANCE: FACULTATIVIDADE VERSUS OBRIGA- TORIEDADE?

Acerca do *compliance* observa-se que tal instituto ainda é pouco
difundido no país, sendo que seus contornos estão previstos nos arts.
41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anti-
corrupção (Lei n. 12.846/2015)⁴², conforme a seguinte transcrição:

CAPITULO IV

DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, *programa de integridade* consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no *conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira.*

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser *estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica*, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua *efetividade*. (destacou-se)

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será *avaliado*, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes *parâmetros*:

I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, *aplicáveis a todos os empregados e administradores*,

42 “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII – a existência de mecanismos e *procedimentos internos de integridade*, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.” (destacou-se)

- independentemente de cargo ou função exercidos;
- III – padrões de conduta, código de ética e políticas de *integridade estendidas*, quando necessário, a *terceiros*, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- V – *análise periódica* de *riscos* para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações das pessoas jurídicas;
- VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
- VIII – *procedimentos* específicos para *prevenir fraudes e ilícitos* no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- IX – *independência*, estrutura e *autoridade* da instância interna responsável pela *aplicação do programa de integridade* e fiscalização de seu cumprimento;
- X – *canais de denúncia de irregularidades*, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
- XI – *medidas disciplinares* em casos de violação do programa de integridade;
- XII – *procedimentos* que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de *terceiros*, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidade nas pessoas jurídicas envolvidas;
- XV – *monitoramento contínuo* do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à concorrência

dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/13; e

XVI – *transparência* da pessoa jurídica quanto a *doações para candidatos e partidos* políticos.

§1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e a especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

III – a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV – o setor do mercado em que atua;

V – os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI – o *grau de interação* com o *setor público* e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII – a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e

VIII – o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A *efetividade* do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o *caput*.

§ 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos, III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do *caput*.

§ 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da *Controladoria-Geral da União* expedir orientações, *normas e procedimentos complementares* referentes à *avaliação do programa de integridade* de que trata este capítulo.

§ 5º A *redução dos parâmetros de avaliação* para as *microempresas e empresas de pequeno porte* de que trata o § 3º poderá ser objeto de *regulamentação por ato conjunto* do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União. (destacou-se)

Como dito na parte introdutória do presente estudo, a Lei Anticorrupção atribuiu destaque às medidas anticorrupção adotadas por uma empresa, que podem ser reconhecidas como fator atenuante em um eventual processo de responsabilização. O conjunto dessas medidas constitui o chamado programa de integridade ou *compliance*.⁴³ Sua adoção não é obrigatória, mas existe um incentivo que pode servir como *atenuante* da penalidade aplicada em razão de ato praticado contra a administração pública.⁴⁴

Assim, diante do caráter facultativo do instituto, ele pode ser classificado, com base nos estudos de Bucci (2006, p. 21), como espécie de *soft law*, pois a norma não obriga, nem vincula, apenas aconselha.

Entretanto, o art. 5º, § 2º, da Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015, prevê que a atenuação das penas só ocorrerá *se comprovada documentalmente a efetividade* do programa de integridade.⁴⁵ A adoção de um programa de *compliance* fantasioso configura-se postura fraudulenta e pode conduzir a uma condenação por ato de corrupção. Nesse sentido, programas que já demonstrem sua ineficácia, superficialidade, desatualização com as atividades praticadas pela pessoa jurídica, que se dirijam a apenas parte dos seus integrantes e que demonstrem ausência de comprometimento da pessoa jurídica com os fins da Lei Anticorrupção, devem, desde logo, ser desconsiderados para fins de atenuação na dosimetria das sanções.⁴⁶

43 Cartilha Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

44 Guia Programas de *Compliance*. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-proposta-de-guia-sobre-programas-de-compliance-concorrencial/guia-compliance-versao-preliminar.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

45 Art. 5º, § 2º, da Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015: “O programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei nº 12.846, de 2013, não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução de que trata o *caput*.”

46 Cf. Carla Verissimo, *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017: “[...] para que um programa [de] *compliance* possa contribuir para a conformidade com as leis e repercutir favoravelmente na responsabilização da pessoa jurídica e das pessoas físicas, ele deve ser efetivo. Numa ótica de *autorregulação regulada*, não cabe determinação minudente por parte do Estado sobre como devem ser esses programas. Isso além de não ser possível, não seria igualmente recomendável. Apenas estruturas fundamentais devem

Assim, verifica-se que os objetivos do programa de conformidade em estudo é evitar o risco de sanções legais e de perdas financeiras à pessoa jurídica que contrata com o poder público e impedir também perdas de reputação para essas empresas.

Para Ó Souza (2017, p. 9) é inegável que o programa de integridade tem para a empresa que o adota um efeito secundário comercial de certificação, um tipo de *efeito midiático*, de manobra de *marketing* e que pode agregar valor imaterial à empresa, “[...] seja em decorrência da melhora de sua imagem e reputação perante o mercado, seja na eliminação dos prejuízos que os atos de corrupção costumam representar”. Para o mesmo autor (2017, p. 12) a Lei Anticorrupção é indutora de comportamento social, de maneira que o estímulo ao comportamento de adoção do *compliance* teria ancoragem científica na doutrina da Psicologia Social conhecida como *behaviorismo*.⁴⁷

Nota-se especial preocupação da Lei Anticorrupção, bem como de seu decreto regulamentador, quanto à necessidade de procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios e na execução de contratos administrativos.

Na tentativa de disseminar uma cultura de planejamento, probidade e ética, o Governo do Rio de Janeiro publicou a Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017, que prevê a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública daquele Estado. Referida norma prevê a necessidade das empresas implantarem programas de integridade para novas contratações com valores acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)⁴⁸ para compras e serviços que tenham o prazo do contrato igual ou maior que 06 (seis) meses.

ser indicadas na legislação” (destacou-se).

47 De acordo com Renne do Ó Souza (2017, p. 12), para o *behaviorismo* o comportamento humano é movido pela satisfação e prazer frutos de suas ações anteriores. As ações humanas são selecionadas por suas consequências, o que ensejou a criação do princípio do reforçamento operante, que pode ser positivo e negativo.

48 Observa-se que o Decreto n. 9.412, de 18 de junho de 2018 atualizou, após 20 anos, os valores das modalidades de licitação previstas nos incisos I e II do artigo 23 da Lei 8.666/1993.

Também o Governo do Estado do Distrito Federal sancionou a Lei distrital nº 6.112, de 2 de fevereiro de 2018, com semelhante finalidade. A diferença é que a norma distrital aplica-se a contratações com a administração pública, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por tomada de preço, estimados entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), ainda que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

Assim, diferentemente da Lei Anticorrupção, que prevê *facultatividade* na adoção do *compliance* pelas contratantes com o poder público, servindo apenas como critério para aplicação de atenuante da penalidade, as disposições das leis do Rio de Janeiro e Distrito Federal trazem a *obrigatoriedade* da implantação de programas de integridade como requisito *sine qua non* para contratação com o poder público, guardadas as suas especificidades quanto ao limite do valor da contratação.

Para Clóvis Pinho existem alguns pontos nebulosos sobre a possibilidade dos entes federativos estabelecerem tais programas como requisitos à assinatura de contratos administrativos, quais sejam: a) possível inconstitucionalidade (por afronta ao art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal); b) prejudicar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por conta da aplicação da teoria do fato do príncipe, tendo em vista que a Administração Pública (sobretudo a do DF) poderá impor custos anteriormente inexistentes ao contratado; e, c) restrição de mercado às empresas que já possuem programas de *compliance*, em detrimento à competitividade necessária nos procedimentos licitatórios, ainda que como um requisito à assinatura do contrato.⁴⁹

Apesar de embrionárias as discussões acerca da constitucionalidade das leis dos estados do DF e RJ em comento, posto que alguns estudiosos entendem que tal iniciativa deveria ser da União (que detém a competência para editar normas de caráter geral em matéria de licitações e contratos administrativos), entende-se que essas normas são

49 Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-18/clovis-pinho-preciso-cautela-compliance-contrato-publico>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

constitucionais, na medida que configuram suplementação da legislação federal pelos dos Estados membros no trato de suas contratações.

Relembra-se aqui que a Constituição previu que *compete privativamente* à União fixar as *normas gerais* sobre licitações e contratos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Isso quer dizer que os Estados, o DF e os Municípios podem editar leis tratando sobre licitações e contratos, desde que sejam referentes a normas “não gerais”. Em outras palavras, tais entes podem suplementar as normas gerais fixadas pela União, conforme autorizam os arts. 24, § 2º, 25, §1º, e 30, II, da CF/1988:

Art. 24 [...]

§ 2º – A *competência* da *União* para *legislar* sobre *normas gerais* não exclui a *competência suplementar* dos Estados.

[...]

Art. 25 [...]

§ 1º – São reservadas *aos Estados as competências* que *não lhes sejam vedadas* por esta Constituição.

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

II – *suplementar* a legislação federal e a estadual *no que couber*;

Assim, a ordem constitucional reconhece, em favor dos Estados-membros, autonomia para legislar em matéria de licitações e contratos independentemente de autorização da União. Entretanto, essa autonomia não é incondicionada, devendo ser exercida apenas para a *suplementação* das *normas gerais* expedidas pela União.

Para se analisar se a suplementação feita pelos Estados, DF e Municípios é *válida* ou não, deve-se identificar quais são as normas gerais fixadas pela União no caso concreto como modelo nacional e, após, *verificar se as inovações* feitas pelo legislador estadual, distrital ou municipal sobre o tema *são compatíveis com as normas gerais* impostas pela União.

Para Victor Amorim são consideradas como normas gerais em matéria de licitações e contratos os *princípios e diretrizes gerais* (arts. 1º a 5º da Lei n. 8.666/1993), a definição das *modalidades* e dos *tipos de licitação*, o *critério do menor preço* no julgamento das propostas relativas aos procedimentos licitatórios regidos pela modalidade pregão, as *hipóteses de preferência*, a *condição de validade da proposta*. Especificamente quanto às *condições de habilitação*, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁵⁰ e do Tribunal de Contas da União⁵¹, o rol dos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações *deve ser considerado como máximo* e não como mínimo, de modo que não é obrigatória a exigência pela Administração de todos os requisitos previstos em lei. O mesmo autor entende que é vedado aos Estados e aos Municípios fixar requisitos abstratos que potencializem a dificuldade de participação nos certames de maneira a restringir a competição.⁵²

Assim, entende-se que as novas leis do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal são constitucionais, na medida em que *suplementam* a legislação federal quanto à *exigência de programa de integridade de empresas que contratam* com aquelas administrações públicas, uma vez que é compatível com a norma geral editada pela União e porque mostra-se conforme ao princípio constitucional da moralidade administrativa e com o escopo constitucional de combate à corrupção.

50 REsp 402.711/SP, rel. Min. José Delgado. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=7588&num_registro=200200010740&data=20020819&formato=PDF>. Acesso em: 25 jun. 2018.

51 Acórdão 991/2006, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisa/Jurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A991%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

52 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Corroborando esse entendimento o fato de que outros estados, à exemplo de Goiás⁵³, Espírito Santo⁵⁴ e Mato Grosso⁵⁵, e municípios, como Joinville⁵⁶, já apresentaram projetos de leis tramitando no mesmo sentido.

As normas do RJ e do DF *inserem-se* no contexto de *cooperação nacional* no que tange às *políticas públicas de prevenção e combate à corrupção*.

A adoção de medidas de integridade, especialmente após a edição da Lei Anticorrupção e de sua regulamentação, ensejou o nascimento de mais projetos de leis com o mesmo intuito, em especial o PLS nº 435/2016⁵⁷, o PL nº 7149/2017⁵⁸ e o PLP nº 303/2016⁵⁹.

Existem, também, no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) proposições de ações para 2018 visando o aprimoramento da prevenção e combate à corrupção.⁶⁰

Embora se entenda que seria mais adequada a utilização dos programas de *compliance* como um critério para a *pontuação das propostas*, quando da utilização do tipo de licitação melhor técnica ou técnica e preço, e não como uma condicionante à assinatura do termo

53 Disponível em: < <http://www.aredacao.com.br/noticias/99891/deputados-debatem-proposta-de-programa-de-integridade-empresas>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

54 Disponível em: < <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/PL/14350411012018.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

55 Disponível em: < <http://www.controladoria.mt.gov.br/-/7627218-gtcc-e-cge-participam-de-audiencia-sobre-projeto-de-lei-que-obriga-empresas-a-adotarem-programa-de-integridade>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

56 Disponível em: <<https://www.aconteceuemjoinville.com.br/projeto-de-vereador-institui-programa-de-integridade-para-empresas-com-contratos-publicos/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

57 Altera a Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, para condicionar a eventual avaliação de programa de *compliance* de uma empresa para fins de aplicação das sanções da referida Lei à existência de um gestor independente que efetivamente possa certificar seu funcionamento correto.

58 Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, para estabelecer diretrizes a serem observadas nos programas de *compliance* implantados pelas empresas que contratam com a administração pública.

59 Altera a Lei de Responsabilidade Fiscal, para proibir o repasse de recursos federais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios nas condições que especifica.

60 Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

de contrato, as novas leis estadual e distrital mencionadas devem ser vistas como uma boa iniciativa aptas a fomentar a prevenção à prática de atos lesivos à administração pública.

Também é importante ressaltar que editais de licitação não podem inovar em uma das condições de habilitação previstas nos arts. 27 a 31 do Estatuto Licitatório, prevendo a exigência de *compliance* de licitantes. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, *lei estadual não pode introduzir requisito genérico e inteiramente novo para habilitação em qualquer licitação*, pois *afronta normas gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos* e se apropria de competência da União.⁶¹

O ideal seria que todos aqueles que tivessem interesse em contratar com o poder público tivessem adotado anteriormente um programa de integridade, devidamente certificado pela CGU, com o selo Pró-ética, ou pelos respectivos controles internos das entidades contratantes, ou seja, que isso decorresse da iniciativa empresarial.

Nesse contexto, interessante seria uma alteração na Lei 8.666/1993, com a devida atualização do PL nº 6.814/2017 em trâmite na Câmara dos Deputados, de modo que a existência de programa de integridade, devidamente certificado pela CGU ou pelos Controles Internos dos futuros contratantes, fosse estabelecida como *condição para habilitação* nas licitações para contratações de grande vulto inicialmente. Nota-se que o PL n. 7.149/2017 já discute a necessidade de que todas as entidades contratadas pela administração pública venham a ser obrigadas a estabelecer programas de integridade, o que reforça o entendimento de que tal requisito também pode vir a ser exigido como condição de habilitação em licitações no futuro.

Uma exigência de programa de integridade para as contratações deve levar em consideração que as mudanças de cultura organizacional não podem ser alcançadas em espaços curtos de

61 É *inconstitucional* lei estadual que exija Certidão negativa de Violação aos Direitos do Consumidor dos interessados em participar de licitações e em celebrar contratos com órgãos e entidades estaduais. Esta lei é *inconstitucional porque compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos* (art. 22, XXVII, da CF/88). STF. Plenário. ADI 3.735/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 8/9/2016 (Info 838).

tempo, pois dependem de reestruturação, treinamento e fiscalização, a fim de verificar-se a *efetividade* do programa de integridade. Entretanto, ainda que seja uma mudança vagarosa, é preciso que espraie seus efeitos concretos para os horizontes das licitações e das contratações com a administração pública, de modo a permitir que a probidade permeie ainda mais as relações público-privadas.

5. CONCLUSÃO

Este artigo objetivou realizar um estudo sobre a possibilidade de exigência de programa de integridade (ou *compliance*), previsto na Lei Federal nº 12.846/2013 (também chamada de Anticorrupção), como condição de habilitação nas licitações.

Inicialmente, ponderou-se que, mesmo após a promulgação da Carta Magna de 1988 prever expressamente o *princípio da moralidade* e exigir a *probidade administrativa*, bem como a existência de inúmeras leis que visam punir atos corruptivos, tal arcabouço legal não ensejou uma diminuição da percepção da corrupção em nosso país. Aliás, a prevenção e o combate à corrupção, ainda são um desafio constitucional.

Feita uma breve análise sobre o termo *corrupção* e o contexto da origem da Lei Anticorrupção, discorreu-se sobre a relação das licitações com a concretização das políticas públicas, o caráter facultativo da adoção do *compliance* e as iniciativas legislativas do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. Ao final, mostrou-se o esforço legislativo nacional no sentido de implemento de leis que permitam aprimorar as políticas públicas de prevenção e combate à corrupção, bem como a necessidade de alteração da Lei de Licitações para poder exigir-se das licitantes que apresentem programa de integridade certificado pela CGU como condição de *habilitação* nas contratações, ainda que de grande vulto, inicialmente e mesmo que isso se inicie como um critério pontuação na modalidade técnica e preço, a fim de não se promover uma outra indesejável restrição ao caráter competitivo dos certames licitatórios num ambiente empresarial em que a

compliance ainda não seja predominante.

Não se pode crer que programas de integridade bastariam para resolver o problema da corrupção no Brasil. Esse problema deve levar em conta a governança privada, mas também a pública, combatendo o abuso desses poderes delegados nessas duas esferas.

Entretanto, a exigência de implantação de *compliance* pelas empresas pode culminar numa mudança de cultura das organizações, pois ensinará um diálogo sobre ética e probidade nas empresas à luz de um conceito de *abuso de poder*, bem como uma expectada mudança de comportamento dos empresários, dos empregados e dos servidores públicos. Para que um programa de integridade se efetive dentro de uma empresa é necessário que ele seja fruto de uma construção dialógica segundo um procedimento pré-determinado sobre o que é ético ou não dentro de uma instituição, com a participação de todos os envolvidos e com amplos canais para recebimento e resolução de provocações internas e externas de modo independente.

Conclui-se, assim, pela necessidade de alteração da atual lei geral de licitações, com a atualização do projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados, como medida de fomento à *política pública* de prevenção à corrupção. A implantação obrigatória de programas de integridade pelas empresas como condição de habilitação em certames licitatórios pode prevenir a administração pública contra atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios éticos e fraudes contratuais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Tratado de Direito Administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AMADEU, Maria Simone Utida dos Santos et. Al. *Manual de normalização de documentos científicos de acordo com as normas da ABNT*. Curitiba: Ed. UFPR, 2015. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45654/Manual_de_normalizacao_UFPR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia social*. 2008. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) — Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, 2008. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/corruptcao-politica-uma-patologia-social.htm>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000*. (Lei de Responsabilidade Fiscal). Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa)*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. *Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1983 (Lei de Licitações)*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão)*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. *Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção)*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DUARTE, Clarisse Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo:

Atlas, 2016.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2016/07/corupcao-licitacoes.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 17, n. 60, p. 79-137, abr./jun. 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. Cambridge University, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/841106/mod_resource/content/0/1999_Rose-Ackerman.Corruption%20and%20Government_%20Causes%2C%20Consequ%20-%20Susan%20Rose-Ackerman.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana. *Gestão e fiscalização de Contratos Administrativos*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos Administrativos: formação e controle interno da execução com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Ó SOUZA, Renne do. O compliance como instrumento de política pública de combate à corrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 193-217, jul./set. 2017.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo, Atlas, 2013.

SPECK, Bruno. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados proveniente de pesquisas empíricas*. Cadernos Adenauer, 2000.

SIMON, Jan Michel. Corrupção e autoridade: as duas faces da “corrupção política”. Uma agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 671-700, set./dez. 2015.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2016*. Berlin, 2016.

ZYMLER, Benjamim; DIOS, Laureano Canabarro. *Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



ASPECTOS DO MODELO LICITATÓRIO BRASILEIRO: A EXTENSÃO DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR

Eurípedes José de Souza Junior

Breno Rassi Florêncio

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, diversamente da Norma Fundamental anterior – silente a respeito do tema -, tratou expressamente da licitação. Conforme se verifica no art. 37, XXI da Carta, salvo nos casos expressos em lei, todas “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Ficou a cargo da União, nos termos do art. 22, XXVII, legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados Distrito Federal e Municípios”.

O legislador tratou de desincumbir-se de seu dever e editou a Lei 8.666/93, conhecida como Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

O diploma normativo visou alcançar dois objetivos básicos, enunciados expressamente em seu art. 3º: obter a proposta mais vantajosa em prol da Administração Pública e garantir igualdade de condições aos licitantes.

Daí se vê que todo o regime licitatório busca concretizar todos os princípios inscritos no art. 37, caput, da Constituição Federal,

em especial os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência. Afinal, a ideia por trás da instituição de todo um arcabouço normativo que condicione a contratação pública visa eliminar a possibilidade de escolhas subjetivas e, ao mesmo tempo, garantir a melhor proposta ao ente público.

Esses princípios, bem como outros mencionados no art. 3º da Lei 8.666/93, acabam servindo de vetores interpretativos para todos os dispositivos relacionados às licitações (até mesmo em outras leis, como na Lei 10.520/02 – Lei do Pregão – e Lei 12.462/11 – Lei do RDC).

É certo que houve muita evolução e amadurecimento acerca do tema desde a edição da Lei 8.666/93 e sua aplicação, com diversas interpretações e adequações, mas o objeto de análise do presente estudo é sobre um ponto específico de todo esse regime: a questão do alcance das sanções disciplinares impostas no âmbito das contratações administrativas.

Para garantir a observância aos princípios constitucionais e atingir os objetivos da licitação, o legislador tratou de criar um regime disciplinar para punir aqueles que causassem prejuízos à Administração Pública, tendo previsto quatro tipos diferentes de penalidades àqueles que cometessem falhas na execução dos contratos administrativos (art. 87): advertência (inciso I); multa (inciso II); suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (inciso III); e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV).

Uma das maiores polêmicas existentes em matéria de licitações e contratos administrativos refere-se à amplitude da penalidade administrativa prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93, aplicável ao contratado em caso de inexecução total ou parcial do objeto do contrato.

A penalidade em questão é, na dicção da lei, a de “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos”.

A discussão existente em sede doutrinária e jurisprudencial não

diz respeito à questão da extensão temporal de tal penalidade, visto que a lei impõe um limite máximo expresso.

A grande controvérsia está na amplitude que se deve dar ao vocábulo “Administração” que aparece no texto legal. Mais precisamente: o particular ao qual se impôs tal sanção estaria temporariamente impedido de participar de licitação e de contratar apenas com o órgão que lhe aplicou a penalidade ou, de modo mais amplo, os efeitos da sanção se estendem a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta de todos os níveis federativos (federal, estadual e municipal)?

A doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União adotam, de forma predominante, a interpretação mais restritiva. No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, corte encarregada de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito federal, tem trilhado caminho oposto e adotado o entendimento que estende a sanção de suspensão a todos os órgãos da Administração direta ou indireta do país (em todos os seu níveis), tal qual ocorre (sem divergências conhecidas) com a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, prevista no inciso IV do mesmo art. 87.

A proposta do presente estudo é analisar de forma crítica os fundamentos centrais de cada corrente, além de outros que serão aventados, para que seja possível concluir pela solução mais correta.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS PERTINENTES

O problema posto no tópico precedente é, em sua essência, um problema de interpretação jurídica. Divergências interpretativas como essa devem ser evitadas, pois, dentre outros inconvenientes, criam grave insegurança jurídica tanto na atuação dos administradores públicos quanto das empresas que contratam com o Poder Público, além de poder causar perplexidade ao julgador que deve decidir um

embate envolvendo a questão.

Para que a análise seja completa, cumpre, inicialmente, identificar os dispositivos legais que se pretende interpretar.

Em primeiro lugar, a atenção se volta aos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93. O *caput* do artigo anuncia as sanções administrativas aplicáveis aos contratados por inexecução total ou parcial do contrato. Em seguida, os incisos I e II preveem as penas de advertência e multa, respectivamente. No inciso III está prevista a pena de “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a **Administração**, por prazo não superior a 2 (dois) anos” e, finalmente, no inciso IV encontra-se a pena de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a **Administração Pública** enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

É dizer o óbvio que as penalidades do inciso III e IV são diferentes. Mas, façamos mais claras tais diferenças.

Antes, porém, a semelhança: ambas as penalidades, em sua essência, impedem que o particular punido participe de licitações e firme novos contratos com a Administração. Nisso, as penalidades não diferem.

Entretanto, possuem regimes jurídicos claramente diferentes, pois enquanto a suspensão possui prazo máximo de 2 anos, a declaração de inidoneidade pode, em tese, perdurar por prazo indeterminado. Até aí, sem maiores dificuldades.

A diferença, então, entre as duas penalidades seria de caráter puramente temporal?

É aí que entra a importância de se dar a devida atenção às expressões “Administração” e “Administração Pública”, utilizadas nos incisos III e IV, respectivamente. Não há como passar despercebido o fato de o legislador ter se utilizado de expressões diferentes em incisos

de um mesmo artigo. O velho brocardo de Direito, “não se presumem, na lei, palavras inúteis”, já induz o intérprete a uma certa desconfiança acerca do real significado de cada uma das expressões. Bem oportuna é a lição de CARLOS MAXIMILIANO (2011, p. 204):

Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação nenhuma.

Atentando-se a essa lição, cumpre assinalar que há outras referências normativas que contribuem significativamente para a correta interpretação dos dispositivos, em exercício da chamada interpretação sistemática.

Ao vasculhar a Lei 8.666/93, o intérprete encontrará no art. 6º, incisos XI e XII, não por coincidência, as definições legais de “Administração” e “Administração Pública”.

O inciso XI assim define Administração Pública: “a administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do Poder Público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”. O inciso XII, por sua vez, define Administração da seguinte forma: “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

Percebe-se, pois, que a própria lei se antecipou ao debate e disse o que deveria o intérprete entender quando se deparasse com as expressões “Administração” e “Administração Pública”.

Mas há ainda outros dispositivos que merecem consideração, a começar pelo §3º do art. 87: “A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida

após 2 (dois) anos de sua aplicação”. Aqui o legislador reservou apenas às autoridades enumeradas no dispositivo a competência para a aplicação da pena de declaração de inidoneidade. O mesmo não foi feito com relação à pena de suspensão.

E, por fim, em termos de arcabouço normativo, cita-se o art. 97 da Lei 8.666/93, que tipifica como crime a conduta do administrador público que “admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo”. Repare que o crime se consuma apenas e tão somente se a empresa ou profissional for declarado inidôneo. Não há referência à empresa ou ao profissional a quem tenha sido aplicada a sanção de suspensão do direito de participar de licitação ou de contratar com a Administração.

Fica claro, portanto, que há uma marcada diferença entre as penalidades, que não se restringe à nomenclatura e ao lapso temporal pelo qual podem perdurar. Vejamos, então, como as correntes doutrinárias e jurisprudenciais analisam todos esses aspectos.

2.2. O DEBATE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO capitaneia quase que sozinho a corrente doutrinária segundo a qual os efeitos da penalidade são extensivos a toda Administração Pública. O seu posicionamento ganha força por ser, até o momento, a tese encampada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O professor não ignora o fato de a Lei 8.666/93 ter conceituado as expressões “Administração” e “Administração Pública” no artigo 6º, atribuindo-lhe acepções distintas. Entretanto, faz uma dura crítica a essa opção legislativa. Em suas palavras (2013, p. 223),

não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública.

Assim, para defender seu ponto de vista, CARVALHO FILHO desconsidera os incisos XI e XII do art. 6º e parte para uma

argumentação retórica, afirmando que se uma empresa sofreu uma punição (seja de suspensão, seja de declaração de inidoneidade), é porque foi responsável pela inexecução total ou parcial de um contrato administrativo, e permitir que essa empresa contrate com outras entidades da Administração Pública seria um contrassenso. O objetivo aqui é proteger a Administração, razão pela qual se deve aplicar a interpretação que resulta em maior alcance à pena de suspensão. O autor arremata dizendo que “a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura”, o que justificaria a extensão da punição a toda a Administração Pública (2013, p. 223).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é nesse exato sentido. No REsp 151.567-RJ o Tribunal asseverou que

é irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras, suspensão temporária de participar em licitação (inc III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

Afirma ainda que “a Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções para melhor atender ao bem comum”. E a conclusão diz:

a limitação dos efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

Tal entendimento é repetido em outros julgados, como por exemplo no REsp 174.274-SP, RMS 326.628-SP e MS 19.657-DF, esse último julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Nada obstante o respeitável entendimento, há algumas dificuldades inegáveis em sua aceitação.

Por mais que se queira criticar a conceituação legislativa, parece evidente que o legislador buscou delimitar e facilitar a compreensão do texto legal, o que deve ser prestigiado. E não se pode dizer que andou

mal nesse intento. Pelo contrário, a conceituação dada pelos incisos XI e XII do art. 6º deixa claro a que se está referindo. Não há dúvidas de que a expressão Administração Pública ganhou acepção ampla, abarcando todas as entidades componentes da Administração Direta e Indireta de todos os níveis federativos. Igualmente, não parece haver dúvidas de que quando a lei fala em “Administração” como o órgão, unidade administrativa ou entidade que opera ou atua concretamente, quis restringir a expressão à parcela da Administração Pública que atua no caso. Ignorar a opção legislativa é negar eficácia aos incisos XI e XII do art. 6º. Não seria ousadia, assim, afirmar que as decisões do STJ são *contra legem*.

Outra dificuldade reside na afirmação de que a Administração Pública é una. Com efeito, uma coisa é referir-se à Administração Pública em uma acepção ampla, outra é a considerar como um todo único e indivisível. Afinal, a União é um ente, e os Estados, da mesma forma que os Municípios, são outros entes. Além dos componentes da Administração Direta, há ainda as figuras da Administração Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Embora todos eles componham a Administração Pública, não parece fácil aceitar que todos eles sejam uma coisa só, até porque é cediço que cada componente da Administração Pública é uma pessoa jurídica distinta, dotada de seus próprios direitos e deveres.

Em verdade, e com todo respeito, a afirmação de que a Administração Pública é una e descentraliza suas funções para facilitar a prestação do serviço público parece confundir o fenômeno da desconcentração com o fenômeno da descentralização. Conforme o próprio CARVALHO FILHO alerta (2014, p. 342),

é importante, ainda, não confundir a descentralização com o que a doutrina denomina desconcentração. Aquela implica a transferência do serviço para outra entidade. A desconcentração, que é processo eminentemente interno, significa apenas a substituição de um órgão por dois ou mais com o objetivo de melhorar e acelerar a prestação do serviço.

Atentando-se a essa distinção, seria possível, em tese, aceitar com mais facilidade, dentro dos limites do fenômeno da desconcentração,

a assertiva da unicidade da Administração Pública (para fins de abrangência da penalidade de suspensão). Para maior clareza: faria sentido defender a tese de que se um órgão de um determinado Estado (uma Secretaria, por exemplo) aplicar a algum contratado a penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, o apenado estaria suspenso perante todos os órgãos daquele ente. Pela moderna teoria do órgão, “a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse” (DI PIETRO, 2014, p. 589). Partindo dessa premissa, se um órgão aplica a penalidade de suspensão do direito de licitar, é até plausível argumentar que o faz em nome do ente a ele vinculado (embora, pelo texto da lei até mesmo essa conclusão possa ser controversa, conforme adiante se abordará).

Não conseguimos, no entanto, superar tais dificuldades para aderir à tese de que a pena de suspensão seria abrangente ao máximo, a ponto de impedir o apenado de licitar e contratar com toda a Administração Pública, em todos os seus níveis e esferas (tal qual ocorre nos casos de declaração de inidoneidade).

Parece muito mais razoável a interpretação da doutrina amplamente majoritária, no sentido de restringir a pena de suspensão ao órgão, entidade ou unidade administrativa que a aplicar – reservando apenas para a pena de declaração de inidoneidade a abrangência máxima.

O argumento mais forte em prol desse entendimento é, sem dúvida, o que leva em consideração os já citados incisos XI e XII do art. 6º da Lei 8.666/93 e as conceituações por eles feitas acerca do que se deve entender por “Administração” e “Administração Pública”.

MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS, após tomar em considerações os dispositivos conceituadores, afirma que (2005, p. 337-338)

o legislador, por óbvio, quis dar uma abrangência maior para a declaração de inidoneidade, sendo lícito pensar que o contratado inidôneo assim o será perante qualquer órgão público do país. E aquele que for suspenso temporariamente será assim tratado perante

os órgãos, entidades, e unidades administrativas concernentes ao Poder Público que lhe aplicou a sanção.

Nesse mesmo sentido, RONNY CHARLES pondera que “essa diferenciação, aparentemente de fundamentos singelos, coaduna-se com a própria diferenciação de conceitos estabelecida pelo artigo 6º do estatuto (incisos XI e XII)” (2009, p. 326-327). E, apenas para citar mais um, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR também comunga do mesmo pensamento quando diz que (2007, p. 858-859)

assim é porque, em seu art. 6º, a Lei nº 8.666/93 adota conceitos distintos para Administração e Administração Pública (...). Por conseguinte, sempre que artigo da Lei 8.666/93 referir-se a Administração, fá-lo-á no sentido do art. 6º, XII. E quando aludir a Administração Pública, emprega a acepção do art. 6º, XI.

Há um interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça que foi calcado na conceituação dada pela lei. Trata-se do REsp 520.553-RJ, de relatoria do Ministro Herman Benjamin. Nele, reafirmou-se a jurisprudência do Tribunal no sentido de dar a maior abrangência possível à penalidade, que no caso era a de declaração de inidoneidade. A Corte Superior afirmou, com base no inciso XI do art. 6º da Lei 8.666/93, que

o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública (...). Dessa maneira, consequência lógica da amplitude do termo utilizado é que o contratado é inidôneo perante qualquer órgão público do País.

Contudo, o mesmo rigor na observância da conceituação legal não tem ocorrido, no âmbito da mesma Corte, nas decisões que tratam do tema da pena de suspensão.

Muito embora as decisões judiciais, lideradas pelo Superior Tribunal de Justiça, adotem a posição pela extensão máxima da penalidade de suspensão, o Tribunal de Contas da União acompanha a corrente doutrinária majoritária. A Decisão 36/2001 do Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar bem demonstra isso quando diz que

o legislador utilizou os conceitos da própria Lei, art. 6º, XI e XII, para definir a abrangência das duas sanções: a primeira aplica-se apenas à Administração como órgão, entidade ou unidade administrativa que

atua concretamente, e a segunda aplica-se à administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em decisão mais recente, o TCU reafirmou a “ausência de base legal para uma interpretação da norma que amplie os efeitos punitivos do art. 87, III, da Lei 8.666/93 a todos os entes da Administração Pública (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 842/2013, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário)” (Acórdão 2.242/2013, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro).

Além do argumento acerca dos conceitos do art. 6º, XI e XII, há ainda a perspicaz observação, feita a partir da previsão do §3º do art. 87, de que (CHARLES, 2009, p. 326-327)

essa diferenciação também justifica a nuance prevista pelo legislador, pela qual a declaração de inidoneidade deve ser aplicada pelo Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, o que pode denotar a preocupação em transferir tal penalidade, de efeitos tão amplos, para autoridades de maior hierarquia.

Com efeito, se afigura exagerado e desarrazoado que uma autoridade de menor escalão (integrante, por exemplo, de um órgão ou autarquia de um pequeno município situado nos rincões deste país de dimensão continental) tenha o poder de aplicar ao particular uma pena de suspensão cujos efeitos vão se estender a todos os órgãos da Administração Pública do país.

Corroborando essa impressão, não parece correto dar à pena de suspensão a mesma abrangência da pena de declaração de inidoneidade, pois (PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 858-859)

o art. 97 tipifica como crime “admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo”, o que abrange todo o território nacional dada a competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF/88, art. 22, I). E não há crime em admitir à licitação ou contratar empresa suspensa.

Fosse a intenção do legislador dotar as duas modalidades de pena (suspensão e inidoneidade) com a mesma amplitude, não teria feito mais essa diferenciação.

Assim, a interpretação sistemática da Lei 8.666/93 indica, com

fatura de argumentos, que o entendimento mais acertado é aquele adotado, de forma dominante, pela doutrina e pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). Ademais, é esse o entendimento consentâneo com o princípio da estrita legalidade, e com o princípio hermenêutico segundo o qual devem ser interpretadas de forma restritiva as regras que impliquem restrições a direitos.

Mais até do que ser consagrada pela doutrina e jurisprudência majoritária do TCU, essa interpretação da lei é a adotada no âmbito da Administração Federal, por força do que estabelece o **art. 40 da Instrução Normativa 02/2010** do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que expressamente prevê, em seu §1º, que a aplicação da pena de suspensão temporária “impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção”. Já o §2º, que se reporta à pena de declaração de inidoneidade, diz que “a aplicação da sanção prevista no inciso IV deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Abrangência restrita para a pena de suspensão, e ampla para a pena de declaração de inidoneidade.

FLÁVIO AMARAL GARCIA, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, notícia que (2009, p. 328-329)

a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro acolheu este entendimento, tendo incorporado cláusula aos seus editais que prescreve que ‘não serão admitidas na licitação as empresas punidas, no âmbito da Administração Pública Estadual, com as sanções prescritas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93.

E conclui: “note-se a explícita menção à expressão ‘Administração Pública Estadual, o que permite concluir, *a contrario sensu*, que as demais punições não se estendem ao Estado do Rio de Janeiro” (2009, p. 328-329).

Conquanto a orientação adotada pelo Ministério do Planejamento

e pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro convirjam no sentido de não se dar à penalidade de suspensão a mesma extensão conferida à pena de declaração de inidoneidade, é preciso estar atento que elas abrem ensejo a uma outra discussão de importantes efeitos práticos, à qual a doutrina não tem dedicado a atenção merecida.

2.3. A INTERPRETAÇÃO ADEQUADA DA PENALIDADE PREVISTA NO ART. 87, III DA LEI 8.666/93

Com efeito, aplicada a penalidade de suspensão por um órgão pertencente à Administração Direta (uma Secretaria estadual ou municipal, por exemplo) ou por uma entidade da Administração Indireta (uma autarquia ou empresa pública, por exemplo), seus efeitos se restringem ao âmbito do próprio órgão ou entidade, ou se estendem para toda a Administração (Direta e Indireta) ao qual eles estão vinculados?

A nosso ver, a dicção do inciso XII do art. 6º da Lei 8.666/93, que define a Administração como o “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, indica que a penalidade deve se restringir ao “órgão, entidade ou unidade administrativa” no qual foi aplicada a sanção. Assim, exemplificativamente, aplicada a sanção por uma Secretaria estadual, ela não se estende a outras Secretarias, ou entidades da Administração Indireta do Estado em questão.

Com base na teoria do órgão, antes aventada, dúvida fundada pode existir se no edital da licitação estiver previsto que os efeitos de eventual penalidade de suspensão poderão ser estendidos a outros órgãos do mesmo ente estatal.

A nosso ver, apenas nessa hipótese, e desde que na decisão que aplicou a penalidade esteja expressamente previsto que seus efeitos alcançam outros órgãos do mesmo ente, é que se poderá cogitar válida a extensão da penalidade – que, de todo modo, ficará restrita aos demais órgãos da mesma pessoa jurídica no âmbito da qual ela foi aplicada. Isto é, se aplicada por uma Secretaria de Estado, a pena não se estende às autarquias, fundações, empresas públicas, etc.,

ainda que do mesmo Estado; se aplicada por alguma entidade da Administração Indireta, a punição não alcança outras entidades ou os órgãos da Administração Direta.

É relevante gizar que não basta a previsão editalícia para que a punição de suspensão extrapole efeitos para outros órgãos. É também necessário que isso conste da decisão que aplicou a penalidade. Isso porque, ao apreciar o caso concreto, o administrador pode concluir que a inexecução do contrato pode ter gravidade suficiente para justificar o impedimento de que aquela empresa ou profissional volte a, por certo lapso de tempo, contratar com aquele órgão, mas que a gravidade da conduta não é suficiente para que a punição se estenda a outros órgãos. Trata-se de questão de, por assim dizer, dosimetria da pena, a ser feita no caso concreto. Ainda que se pretenda adotar a interpretação mais ampla (a nosso ver equivocada), não se pode enxergar como legítima a recusa de um determinado órgão ou ente administrativo de contratar empresa à qual outro órgão impôs, no exclusivo âmbito deste órgão sancionador, a sanção de suspensão do direito de participar de licitações e de contratar com a Administração. Se o alcance da pena estiver delimitado na própria decisão administrativa, não se enxerga fundamento válido para que outro órgão ou entidade se veja obrigado a dar eficácia a tal decisão fora dos próprios limites nela inseridos.

Afinal, quem pode o mais, pode o menos. Quem pode aplicar pena mais gravosa, pode aplicar pena menos gravosa. É o mesmo raciocínio que vale para a questão do lapso temporal pelo qual a pena perdurará. A lei permite que a suspensão valha por até dois anos, mas nada impede que o administrador a aplique por prazo menor, inclusive em atenção ao princípio da *proporcionalidade*.

Aliás, a invocação a esse princípio é oportuna, na medida em que ele serve também para desmistificar o argumento, usado pelos defensores da tese da ampla extensão da pena de suspensão, no sentido de que seria ilógico autorizar que um particular punido por um órgão seja contratado por outra entidade da Administração Pública. Defendem que se o particular não pode contratar com um ente

administrativo, não deve poder contratar com outro ente.

A força desse argumento não é mais que aparente, se tanto for. As nuances e particularidades de cada caso concreto tornam temerárias generalizações dessa espécie.

O dia-a-dia dos contratos administrativos revela que a inexecução total ou parcial do contrato pode ter ocorrido em virtude de questões circunstanciais, e não por má-fé, desídia ou negligência da empresa. A contratada pode ter enfrentado dificuldades financeiras momentâneas, em decorrência, por exemplo, de crise econômica ou do inadimplemento suportado em outro(s) contrato(s). A demora na conclusão do contrato pode ter origem no atraso ou inadimplemento de outra empresa, de quem contratou o fornecimento de bens ou serviços especializados. A entrega de um serviço de forma insatisfatória pode ter decorrido de dificuldades técnicas peculiares e não adequadamente previstas, ou mesmo da dificuldade em repor aos seus quadros um ou mais profissionais cujos conhecimentos técnicos eram indispensáveis à perfeita execução do objeto contratual. Enfim, há uma infinidade de hipóteses em que a inexecução parcial ou total do contrato pode até servir de fundamento para a aplicação da sanção de suspensão do direito de participar de licitação ou de contratar com um determinado órgão da administração, mas que tornam excessivamente rigorosa e injusta a extensão desta pena a todos os demais órgãos da administração.

Suponha-se que uma determinada empresa, tenha, ao longo dos anos, executado, em diversos Estados e Municípios brasileiros, contratos administrativos que tenham por objeto, por exemplo, a implantação de pistas de atletismo com a utilização de um material específico. Imagine-se, então, que por dificuldades logísticas ou por questões climáticas não adequadamente avaliadas, a empresa deixe de cumprir satisfatoriamente o contrato firmado com um Município situado em meio à Floresta Amazônica, dando ensejo à sua penalização. Seria razoável que uma penalidade de suspensão aplicada por tal Município amazônico impeça que a empresa volte a ser contratada pela União, pelos Estados e por todos os demais milhares de Municípios

brasileiros? Ora, isto poderia significar a extinção da empresa.

Por outro prisma, em atenção ao interesse público e à conveniência administrativa, a mesma pergunta pode ser feita de modo inverso: seria conveniente que todas as demais entidades integrantes da Administração Pública nacional em todas suas esferas e níveis ficassem impedidas de contratar tal empresa, que, historicamente, sempre cumpriu satisfatoriamente suas obrigações? Mais: imagine-se que tal empresa seja uma das poucas a atuar em tal específico ramo de atividade, de modo que sua exclusão pudesse causar uma concentração excessiva do mercado nas mãos de uma ou duas concorrentes, ou que inviabilizasse o atendimento a toda demanda do mercado. Não ofenderia o interesse público que tal empresa ficasse impedida de prestar serviços para a Administração Pública de todo o país?

Essas elucubrações revelam quão desarrazoada, inconveniente e lesiva ao interesse público pode significar a adoção acrítica da tese da extensão ampla da penalidade de suspensão.

Recomenda-se que se, na análise do caso concreto, o Administrador se convencer que a inexecução total ou parcial do contrato surge de um desvio de conduta grave o suficiente para contraindicar a contratação do particular por qualquer outro órgão da Administração Pública, a penalidade a ser aplicada deverá ser a de declaração de inidoneidade – e não a de suspensão.

De todo modo, é preciso grande ponderação na aplicação de pena que inviabilize que o sancionado participe de qualquer contratação administrativa. Conforme observa MARÇAL JUSTEN FILHO, “essa solução é dotada de gravidade extrema e somente pode ser aplicada em situações muito graves”; infelizmente “tem-se verificado no âmbito da atividade administrativa sancionatória uma certa banalização das sanções mais severas” (2014, p. 1163).

Ressalva-se, contudo, que qualquer penalização administrativa aplicada de forma desproporcional ou fora dos limites legais está sujeita à revisão do Poder Judiciário, sem que isto implique ofensa à separação dos Poderes.

3. CONCLUSÃO

O estudo do tema da extensão (subjativa) da pena administrativa prevista no inciso III do art. 87 revela a existência de uma indesejada disparidade entre o entendimento adotado pela parcela majoritária dos estudiosos do tema (seguidos pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União), e o entendimento que vem sendo consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Considerando todos os elementos disponíveis para uma correta interpretação do alcance sanção de suspensão, parece inegável que a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração deve ser uma penalidade de alcance restrito ao órgão que a aplica.

No âmbito da pura exegese normativa, tais elementos são, em síntese: (i) a utilização da expressão “Administração” no inciso III do art. 87, e de “Administração Pública” no inciso IV do art. 87; (ii) o conceito preestabelecido de “Administração Pública” e “Administração” veiculado nos incisos XI e XII do art. 6 da Lei 8.666/93; (iii) a reserva de competência à Ministro de Estado, Secretário de Estado ou Secretário de Município para a aplicação da sanção de inidoneidade, o que não ocorre com a sanção de suspensão; e, por fim, (iv) a tipificação do crime descrito como “admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo”, previsto no art. 97 da Lei 8.666/93, sem que exista igual previsão com relação aos penalizados com a sanção de suspensão.

Por outro lado, revelam-se frágeis os argumentos utilizados pelos defensores da tese ampliativa. A tentativa de equiparar as expressões Administração e Administração Pública é incompatível com o disposto nos incisos XI e XII do art. 6º da Lei 8.666/93. O argumento de que a Administração Pública é una, embora se descentralize para melhor prestação dos serviços, parece confundir o fenômeno da desconcentração com o fenômeno da descentralização, esquecendo-se que cada pessoa jurídica (de direito público ou privado) que integra a Administração Pública direta e indireta é dotada, ao menos

formalmente, de autonomia administrativa e financeira.

Por fim, não resiste a uma análise crítica o argumento de que os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração devem se estender, por lógica, a qualquer órgão da Administração Pública. Como visto, em sentido contrário, a adoção da tese da ampla extensão da pena de suspensão pode conduzir a inúmeras situações concretas em que a aplicação da penalidade será desproporcional, inconveniente para a Administração Pública e ofensiva ao interesse público em geral.

Oxalá venha a ocorrer uma evolução do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014;
- CHARLES, Ronny, *Leis de Licitações Públicas Comentadas*, 2ª ed., Salvador: JusPodvim, 2009;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014;
- GARCIA, Flávio Amaral, *Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;
- GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003;
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª ed., São Paulo, RT, 2014;
- MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011;
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, *Comentários à Lei das Licitações e contratações da administração pública*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007;
- SANTOS, Márcia Walquiria Batista et al, *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e contratos administrativos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

TEMAS SOBRE DESAPROPRIAÇÃO NO MARCO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Rodrigo Antonio Calixto Mello^{62 63}

1. INTRODUÇÃO

Instituto utilizado de em larga escala pela Administração Pública brasileira, a procedimentalização de uma desapropriação ainda revela problemas jurídicos de diversas ordens, não sendo raras as situações em que as respostas a tais questões encontram fundado dissenso doutrinário e jurisprudencial.

Este artigo se propõe a discutir três desses problemas, apresentado, desde logo, as soluções que se afiguram em maior consonância com o regime jurídico-administrativo vigente e com as exigências hermenêuticas impostas pelo constitucionalismo contemporâneo.

Dois deles se referem à indenização, sendo que um diz respeito à indenizabilidade de benfeitorias construídas em Área de Preservação Permanente (APP) sem autorização do órgão ambiental competente, e o outro se refere à (im)possibilidade de se indenizar por outro meio que não dinheiro o sujeito atingido pela desapropriação. O terceiro questionamento levantado é referente à (des)necessidade de se revogar o decreto expropriatório para que seja postulado judicialmente a desistência de ação de desapropriação.

62 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Procurador do Município de Goiânia.

63 E-mail: rodrigocalixtomello@hotmail.com; telefone: (62) 99128-9694.

2. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS EM APP

Mesmo reconhecendo o direito de propriedade como um direito fundamental do cidadão (art. 5º, XXII/CF), a própria Constituição Federal, fundada no poder de império do Estado ao qual os particulares devem se sujeitar, no postulado da supremacia do interesse público sobre o particular, e na imposição de que a propriedade deve atender a uma função social, prevê situações em que são autorizadas intervenções nesse direito individual em favor dos interesses da coletividade. É nesse contexto que se apresentam, por exemplo, as figuras da intervenção, prevista no art. 5º, XXV da Constituição, e da desapropriação, prevista no art. 5º, XXIV da Constituição.

A desapropriação, que pode ser compreendida como “o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público” (MELLO, 2009, p. 858), tem seu contorno normativo traçado no referido dispositivo constitucional, segundo o qual cabe à lei estabelecer “o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos neste Constituição.”

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 877), justa é a indenização que:

[...] corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Indenização justa é a que se substancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento.

Para Hely Lopes Meirelles (2015, p. 746), a indenização justa “cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio.”

Pensando não somente no lado do particular que tem o seu bem

desapropriado, Carmen Lúcia Antunes Rocha destaca a necessidade de se pensar a justeza da indenização também sob a ótica do ente público. Para a autora (1996, p. 37-38):

[...] o descumprimento da norma constitucional de que a indenização devida em razão de desapropriação deve ser justa significa não apenas um dever administrativo de não se pagar a menos, mas também um dever público de não se pagar a mais. O justo valor é o limite positivo e negativo para que a indenização seja legítima. Qualquer comportamento que destoe deste parâmetro é eivado de vício incontornável e inconvaleável.

Diante desse imperativo constitucional de se alcançar o justo valor do bem expropriado, as repercussões jurídicas e econômicas extraídas do fato de determinado imóvel estar inserido em Área de Preservação Permanente (APP) não podem ser desconsideradas quando da sua valoração para fins indenizatórios.

O Código Florestal (Lei n.º 12.651/12) define APP como a área “com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (art. 3º, II), e estabelece o seu regime protetivo com a determinação de que “a vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado” (art. 7º), prevendo ainda que, em caso de supressão de vegetação, “o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.” (art. 7º, §1º)

Em virtude da miríade de restrições de uso impostas pela inserção de determinado imóvel em APP, ganhou considerável relevo na jurisprudência nacional o tema da indenizabilidade desses bens para fins de desapropriação. E, nessa senda, passou-se a se diferenciar a terra nua dos demais bens que, natural ou artificialmente, lhe são incorporados (art. 79 do Código Civil – Lei n.º 10.406/02).

Sobre a terra nua, parece pacificado o entendimento de

tratar-se de bem indenizável, em respeito ao direito de propriedade do expropriado (art. art. 5º, XXII/CF). Conforme esclarece Romeu Thomé (2015, p. 322):

[...] nos casos de desapropriação por utilidade pública de propriedades detentoras de Áreas de Preservação Permanente, tais áreas ambientalmente protegidas devem entrar no cômputo final do valor indenizatório da desapropriação. Como vimos, as APPs configuram-se como limitações restritivas à propriedade, afetando o caráter absoluto da mesma, o que não as excluem do domínio do proprietário. Assim, o valor da indenização nos casos de desapropriação deverá abarcar toda a extensão da propriedade, inclusive as Áreas de Preservação Permanente.

Dúvida candente há em relação à indenizabilidade ou não da cobertura florestal existente em APP. Se, por um lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Federal se direciona no sentido de que ela deve ser indenizada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido mais restritiva.

Do Supremo Tribunal Federal, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INDENIZAÇÃO DA COBERTURA VEGETAL DEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 248052 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 02-06-2015 PUBLIC 03-06-2015)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Estação Ecológica de Jureia-Itatins. Área de cobertura vegetal. Limitação administrativa. Indenização devida. Precedentes.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as áreas referentes à cobertura vegetal e à preservação permanente devem ser indenizadas, não obstante a incidência de restrição ao direito de propriedade que possa incidir sobre todo o imóvel que venha a ser incluído em área de proteção ambiental.

2. Agravo regimental não provido.

(AI 653062 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. ÁREA SUJEITA À PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. A área de cobertura vegetal sujeita à limitação legal e, conseqüentemente à vedação de atividade extrativista não elimina o valor econômico das matas protegidas. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 677647 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/05/2008, DJe-102 DIVULG 05-06-2008 PUBLIC 06-06-2008 EMENT VOL-02322-07 PP-01451)

Do Superior Tribunal de Justiça, destacam-se as seguintes decisões:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DA COBERTURA VEGETAL LOCALIZADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRECEDENTES.

1. Nas demandas expropriatórias, é incabível a indenização da cobertura vegetal componente de área de preservação permanente.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1090607/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. COBERTURA VEGETAL. INDENIZAÇÃO EM SEPARADO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 45 DA LEI 9.985/2000 E 15-B DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ENUNCIADO SUMULAR N. 211/STJ. INCIDÊNCIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODUTIVO. IRRELEVÂNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 27, § 1º DO DECRETO-LEI 3.365/41. LIMITAÇÃO DE 5% FIXADO PELO TRF DA 1ª REGIÃO. REVISÃO DE CRITÉRIOS. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO SUMULAR Nº 7/STJ.

1. Acerca da indenização em separado da cobertura vegetal do imóvel, se verifica no caso em questão que região expropriada está situada na Reserva Extrativista Chico Mendes, no Estado do Acre. A referida reserva foi criada pelo Decreto Estadual 99.144/90 e é área de preservação permanente, declarada de interesse ecológico e social. Ademais, o imóvel em litígio já se encontrava limitado em decorrência do Código Florestal, razão porque, considerando a restrição imposta pelo Código Florestal para a exploração de áreas de preservação ambiental, inclusive as reservas extrativistas, entendo como não cabível o direito à indenização em conjunto da cobertura florestal, uma vez que esta somente se revelaria devida caso demonstrado o efetivo prejuízo decorrente da criação da Reserva Extrativista Chico Mendes. Ressalte-se, por oportuno, que tal exploração econômica jamais ocorreu, conforme se pode extrair dos autos.

2. Portanto, a concessão de indenização nas hipóteses de imóvel situado em área de preservação ambiental, em que seria impossível a exploração econômica lícita da área, significaria, antes de tudo, enriquecimento sem causa, sabidamente vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

3. Quanto à incidência dos juros compensatórios em desapropriação de imóvel improdutivo, é cediço que tal matéria foi decidida em sede de recurso especial submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, no sentido de serem estes devidos, nos casos de desapropriação, mesmo naquelas que tenham por objeto imóvel improdutivo. Precedente: REsp 1.116.364/PI, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, j. 26.5.2010.

[...]

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido apenas quanto à indenizabilidade, em separado, da cobertura vegetal.

(REsp 848.577/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 10/09/2010)

Os argumentos que justificam os dois entendimentos são razoáveis, sendo a impossibilidade de indenização da cobertura vegetal justificada diante da impossibilidade de exploração econômica dessa

cobertura – impossibilidade que é imposta diretamente pelo regime jurídico a que se submetem as APP's – , ao passo que a possibilidade de indenização é defendida diante do potencial turístico e ecológico oriundo da vegetação.⁶⁴

Diferença sensível em relação a essas posições está na pretensão de se indenizar construções erigidas em APP em desrespeito às limitações impostas pelas normas ambientais. Ao se adotar a tese do Supremo Tribunal Federal de que a cobertura vegetal deve ser indenizada, nota-se que é atribuído valor econômico a um bem que, de forma lícita, foi incorporado ao imóvel. Já com a indenização de benfeitorias construídas em APP estaria sendo indenizado um bem que, contrariando a legislação de regência, foi incorporado ao imóvel.

Como visto, o Código Florestal (Lei n°. 12.651/12) obriga a manutenção da vegetação existente em APP, impedindo, portanto, a realização de intervenções que não sejam de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental (art. 8°). Não tendo sido autorizada a intervenção promovida, a construção de benfeitoria em APP constitui um ilícito ambiental e, como tal, não deve ser indenizado no bojo de processo de desapropriação.

3. INDENIZAÇÃO POR OUTRO MEIO QUE NÃO DINHEIRO

A Constituição Federal traz previsão genérica sobre a desapropriação quando estabelece que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (art. 5°, XXIV), dispositivo que é reforçado pelo art. 182, § 3°, que, dispondo

64 Em passagem de seu voto no AI 369469 AgR, julgado em 2004, o Min. Eros Grau afirma que o Supremo Tribunal Federal “firmou entendimento no sentido de consentir que a parcela da cobertura vegetal sujeita a restrições administrativas é passível de indenização, segundo parâmetros de mercado, de forma que o expropriado venha a ser ressarcido do valor correto, justo e real do bem que lhe foi retirado. Note-se que essas matas têm potencial turístico e, o que é mais relevante, ecológico.”

especificamente em relação aos imóveis urbanos, prevê textualmente que “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.”

Da leitura desses dispositivos pode se concluir ser a regra geral nas desapropriações levadas a cabo pelo Poder Público que o pagamento seja realizado em dinheiro. E trata-se de regra geral porque o próprio constituinte possibilita que outras normas de estatura constitucional prevejam situações em que o expropriado seja obrigado a aceitar uma indenização paga por outro meio que não dinheiro. No texto constitucional vigente há a possibilidade de pagamento em títulos da dívida pública, no caso de desapropriação de imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado (art. 182, §4º), ou de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de desapropriação para fins de reforma agrária de imóvel que não esteja cumprindo a sua função social (art. 184).

Certo é, porém, que essas previsões não infirmam a regra generalíssima e tradicional do direito brasileiro no sentido de que as indenizações em desapropriações devem ser pagas em dinheiro, sendo este um direito subjetivo do cidadão que tem o seu patrimônio atingido pelo ato de império do Estado e que, sob a égide da Constituição Federal de 1988, consta formalmente no rol dos direitos e garantias fundamentais.

A questão concreta posta nos autos se refere à possibilidade de, em processo de desapropriação amigável, realizado na esfera administrativa, ser entabulado acordo entre o ente expropriante e o proprietário expropriado no sentido de que a indenização seja paga por outro meio que não dinheiro.

A doutrina administrativista não costuma enfrentar diretamente a questão. Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 793), por exemplo, defende haver:

[...] dois tipos de desapropriação no Direito brasileiro. Em um deles a indenização é prévia e em dinheiro, conforme tradição de nosso Direito. Está previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição como sendo o regime indenizatório corrente, normal. O outro é o que se efetua

através de pagamento em títulos especiais da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas.

Firme nesse panorama apresentado pelo texto constitucional, Carmen Lúcia Antunes Rocha até reconhece que seria interessante se o pagamento pudesse se dar por meio de permuta, mas adverte que, para tanto, deveria haver alteração no texto constitucional. Assim, dentre as propostas que a autora apresenta para um redimensionamento da desapropriação no direito brasileiro, há a defesa de modificação do texto constitucional para que se torne possível “a oferta do pagamento justo (honesto) *in natura*, vale dizer, mediante a troca por outro bem, especialmente quando se cuidar de bem imóvel, quando tanto dispuser a entidade autora da desapropriação, desde que aceita pelo proprietário.” (ROCHA, 1996, p. 51)

Tal sugestão foi acolhida expressamente por Valentina Jungmann Cintra (2005, p. 460), que diz concordar com a:

[...] autora no sentido de que, por emenda à Constituição da República, poderia ser permitido que, em havendo consentimento entre o expropriante e o expropriado, o pagamento em dinheiro da indenização expropriatória pudesse ser substituído pela cessão de bens (em sentido *lato*) desde que eles possuíssem valores equivalentes. Essa substituição poderia ocorrer tanto na desapropriação amigável quanto durante o curso da ação expropriatória.

Por outro lado, há autores que entendem que o pagamento por outro meio que não dinheiro pode se dar independentemente de alteração do texto constitucional, bastando que haja aquiescência a esse respeito por parte do expropriado.

Para Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 224), salvo as exceções referentes à desapropriação para reforma agrária e à desapropriação-sanção urbanística, “o pagamento deve ser efetuado em moeda corrente. Em caso de acordo, poderá, entretanto, ser estabelecida outra forma de pagamento.”

No mesmo sentido é a doutrina de Diogenes Gasparini (2004, p. 675), que expõe seu raciocínio na seguinte passagem:

A justa indenização há de ser satisfeita em dinheiro. O expropriado não pode ser compelido a receber outra coisa a título de indenização senão a moeda corrente. É exigência constitucional, salvo no que respeita à desapropriação para reforma agrária (art. 184 da CF) e para urbanização (art. 182, §4º, III), em que a indenização pode ser feita, respectivamente, em títulos da dívida agrária e da dívida pública municipal. Claro que inexistente a obrigatoriedade de a indenização ser em dinheiro nos casos de desapropriação amigável. Nessa modalidade, a indenização pode ser satisfeita na forma e nas condições convencionadas: pode ser em dinheiro, em dinheiro e bens e em bens, incluídos aqui os títulos da dívida agrária, com cláusulas de exata correção monetária. Assim é por tratar-se de bem ou direito disponível do expropriado. Também se pode fazer esse pagamento em títulos de crédito (nota promissória), como já decidiu o STF (ver RDA, 139:89). Repita-se que, mesmo na desapropriação amigável, o expropriado não é obrigado a receber outra coisa senão dinheiro, salvo nos casos de reforma agrária (art. 184 da CF) e de urbanização (art. 182, §4º, III, da CF). Qualquer recebimento que não seja em dinheiro é mera liberalidade do desapropriado.

Essa discussão não parece ser recorrente nos tribunais brasileiros. Aliás, trata-se de tema que costuma ser apreciado somente de forma lateral nas decisões judiciais encontradas. Na decisão do Supremo Tribunal Federal referida por Diogenes Gasparini, por exemplo, o RE 88.039, julgado em 1979, o recurso sequer foi conhecido, constando no voto do relator, Min. Djaci Falcão, como *obiter dictum*, que, pelo fato de a desapropriação ter se efetuado amigavelmente, as partes poderiam acertar livremente sobre a forma de indenização, podendo, inclusive, como foi no caso, acertar o pagamento por meio de nota promissória.

No REsp 4.886, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no idos de 1992, restou assentado que “em desapropriação amigável, mediante permuta, uma vez consumado o negócio e passada quitação, é defeso ao expropriado, alegando engano, buscar complemento de indenização.” Nota-se que nem se discutiu a legalidade da realização de permuta, mas simplesmente a possibilidade de se exigir complementação da indenização após a celebração do acordo.

Questão de fundamental importância para o deslinde da controvérsia refere-se à natureza disponível ou indisponível do direito subjetivo titularizado pelo expropriado de que a indenização lhe seja paga em dinheiro, e, a depender desse enquadramento, quais seriam os efeitos dele advindos.

Como direito fundamental que é (art. 5º, XXIV/CF), ao direito a que a indenização seja paga em dinheiro devem ser reconhecidos os caracteres que tradicionalmente se reconhece aos direitos dessa categoria.

De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 181), os direitos fundamentais possuem, dentre outras características, a da inalienabilidade, afinal, seriam “direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.” Deve-se notar, porém, e como reconhece o próprio autor, que esse atributo de indisponibilidade só tem sentido e aplicabilidade no que se refere aos direitos fundamentais que são destituídos de conteúdo patrimonial, especialmente aos chamados direitos da personalidade – direitos que se ligam a “uma esfera extrapatrimonial do indivíduo em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros.” (SILVA, 2005, p. 181)

Daí porque, se, por um lado, o Código Civil (Lei n.º. 10.406/02) prescreve que os “direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (art. 11), de outra banda, o mesmo diploma legislativo prevê expressamente que “quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação” (art. 841). E é justamente nessa segunda categoria, de direito patrimonial de caráter privado, em que parece se enquadrar o direito titularizado pelo expropriado de que a indenização lhe seja paga em dinheiro.⁶⁵

65 É exatamente essa a orientação extraída da passagem acima transcrita de Diogenes Gasparini (2004, p. 675).

Sendo a forma de se pagar a indenização um direito de conteúdo marcadamente patrimonial, insere-se na esfera da autonomia de vontade do seu titular a liberalidade de, em determinado procedimento de desapropriação, ponderar que o recebimento da indenização por outro meio que não dinheiro possa lhe ser mais interessante do que o recebimento em dinheiro. Trata-se de uma janela negocial que tende a favorecer tanto o sujeito atingido pela desapropriação (que pode, por exemplo, se ver livre, desde logo, de um processo que poderia durar sabe-se lá quantos anos) quanto o ente expropriante.

4. DESISTÊNCIA DE AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO

A regulamentação legal do instituto da desapropriação insere-se na competência privativa da União (art. 22, II/CF), destaca-se no ordenamento jurídico vigente o Decreto-Lei n.º. 3.365/41, que regulamenta as desapropriações por utilidade pública, e a Lei n.º. 4.132/62, que regulamenta as desapropriações por interesse social.

O procedimento desapropriatório contempla duas fases distintas. A primeira é a chamada fase declaratória, que se refere à edição do ato através do qual o Poder Público manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente o bem atingido, sendo bastante clara a redação do art. 6º do Decreto-Lei n.º. 3.365/41 no sentido de que a declaração deve ser feita “por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.” A segunda é a fase executória, momento em que são adotadas as providências para se transferir o bem ao patrimônio do expropriante, podendo esta se concretizar tanto na esfera administrativa, quando há a concordância do particular em relação ao valor da indenização ofertada, quanto na esfera judicial.

Nesse sentido, a declaração de um bem como sendo de utilidade pública ou de interesse social para fins de desapropriação gera ao seu proprietário somente a expectativa de que a desapropriação irá se concretizar, nada impedindo que, entre a expedição do decreto expropriatório e a realização do pagamento do preço, o Poder Público simplesmente desista de levar a cabo a transferência do bem ao seu patrimônio.

A desistência de desapropriação em curso constitui procedimento amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência. Para Carvalho Filho (2015, p. 903), “desaparecidos os motivos que provocaram a iniciativa do processo expropriatório, tem o expropriante o poder jurídico de desistir da desapropriação, inclusive no curso da ação judicial.” No mesmo sentido, esclarece Valentina Cintra (2005, p. 798) que “pode ocorrer de o expropriante concluir que a desapropriação do bem não mais é oportuna ou conveniente ao interesse público. Se assim ocorrer, vem-se entendendo que o discricionarismo administrativo permitirá a desistência da desapropriação.”

Divergência há em relação à forma de exteriorização dessa desistência.

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 904), a desistência pode ser declarada diretamente na ação pelo expropriante, requerendo este a extinção do processo sem resolução do mérito, podendo também instrumentalizar-se através da revogação total ou parcial do decreto expropriatório pelo Poder Público, tendo em vista, de qualquer modo, a ocorrência de fatos supervenientes que afastaram o interesse que o bem inicialmente despertava. A orientação de Valentina Cintra também se direciona nessa linha de desnecessidade de edição de decreto revogando o decreto expropriatório, já que, logo após afirmar que “quando a ação de desapropriação já tiver sido ajuizada, o seu autor, unilateralmente, em qualquer fase do processo judicial, também pode dela desistir”, a autora (2015, p. 799) traz lição de Antônio de Pádua Ferraz Nogueira de que “em princípio, a desistência da ação expropriatória não se condiciona à revogação do decreto expropriatório.”

Por outro lado, autores como Hely Lopes Meirelles e Diogenes Gasparini defendem expressamente a necessidade de edição de decreto revogador. Para Hely (2016, p. 754), “opera-se a desistência da desapropriação pela revogação do ato expropriatório (decreto ou lei) e devolução do bem expropriado, o que acarreta a invalidação do acordo ou a extinção do processo, se já houver ação ajuizada.” Já para Gasparini (2004, p. 708), a desistência se dá com a “revogação

ou modificação da declaração expropriatória. Pela revogação há desistência total, enquanto pelo modificação **há desistência parcial. Ocorrida uma ou outra, peticiona-se junto ao juízo da expropriação a homologação da desistência.**”

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível colher precedente no sentido de que a declaração de desistência de uma ação de desapropriação pode ser efetivada por outros meios além da expedição de decreto revogador. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. DESISTÊNCIA. AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMISSÃO NA POSSE E DO PAGAMENTO DO PREÇO JUSTO.

1. A jurisprudência da Corte admite a desistência da ação expropriatória, antes da realização do pagamento do preço justo, desde que seja possível devolver ao expropriado o imóvel no estado em que se encontrava antes do ajuizamento da ação.

2. A declaração de desistência de uma ação de desapropriação pode ser efetivada por diversos meios, não se restringindo à edição de lei ou decreto revogando expressamente o decreto expropriatório.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1397844/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 24/09/2013)

Essa discussão se desenrola de há muito no direito brasileiro, como se pode ver no voto do Min. Orosimbo Nonato no Recurso Extraordinário 5.703, julgado nos idos de 1947, onde é possível encontrar referência à obra de Whitaker, na qual se lê que:

[...] pode o desapropriante, em vez de depositar o preço, desistir da desapropriação, quando aquele, por muito elevado, não convenha ao interesse público. Só a sentença final é que o obriga definitivamente, enquanto, porém, estão sendo realizadas as formalidades preparatórias, nada impede a renúncia. Nem o proprietário pode opor-se, porque, do contrário, invertendo a natureza da desapropriação, tornar-se-ia ela ato forçado para o adquirente. Havendo desistência o proprietário, por outro processo, exigirá a indenização do dano

sofrido com a limitação do uso e gozo da propriedade. A desistência será tomada por termo, sendo o decreto revogado para evitar que, a todo tempo, o proprietário sofra incômodo com outra perícia, iludindo assim o desapropriante a decisão dos árbitros.

Apesar de essa ser a única passagem doutrinária em que se vê uma justificação clara para que a desistência da ação de desapropriação seja lastreada pela revogação do decreto expropriatório, esse fundamento não merece prosperar. E não merece porque, mesmo com a revogação do decreto expropriatório, nada impede que no futuro (próximo ou remoto) seja editado um novo decreto expropriatório, renovando a utilidade pública ou interesse social do bem atingido.

O decreto expropriatório constitui condição para que seja proposta a ação judicial de desapropriação. Mas a edição do decreto não basta em si mesmo para que a ação judicial seja proposta, constituindo um de seus pressupostos lógicos que o órgão de representação judicial do ente público seja provocado a agir pelo órgão da Administração interessado. Se em um primeiro momento uma autoridade administrativa, lastreada em decreto expropriatório, manifesta o interesse em se promover a desapropriação, nada impede que essa autoridade, em virtude de alteração das circunstâncias fáticas, manifeste-se em um momento posterior pelo desinteresse do ente em prosseguir com a desapropriação.

Nesse sentido, não parece haver nenhum impedimento para que a apresentação do pedido de desistência de desapropriação em processo judicial seja formulado independentemente da expedição de decreto revogador.

5. CONCLUSÕES

Sobre a questão referente à indenizabilidade de benfeitorias construídas em Área de Preservação Permanente (APP) sem autorização do órgão ambiental competente, deve-se considerar que tais intervenções violam o regime protetivo dessas áreas de considerável valor ambiental, sendo, portanto, ilícitos ambientais e, como tais, não devem ser indenizadas no bojo de processo de desapropriação.

No tocante ao meio de pagamento da indenização, deve-se considerar o direito ao recebimento em dinheiro como um direito subjetivo do proprietário do imóvel expropriado, que, por se caracterizar como um direito subjetivo de natureza privada e de caráter patrimonial, admite transação. Assim, encontra-se na esfera de liberalidade do titular da indenização receber seu crédito por outro meio que não dinheiro.

Sobre as formalidades exigidas para que seja postulado judicialmente a desistência de ação de desapropriação, não parece haver motivo para que tal postulação seja precedida de revogação expressa do decreto expropriatório, bastando que o **órgão de representação judicial do ente público seja** informado pelo órgão da Administração interessado do ato que não há mais necessidade em se dar andamento à desapropriação em curso.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CINTRA, Valentina Jungmann. *Da ação de desapropriação por utilidade pública*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo [Tese de Doutorado]: São Paulo, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil* – v. 01. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a desapropriação no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, p. 33-52, abr./jun. 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS EMPRESAS SEMIESTATAIS E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL

Philippe Dall’Agnol⁶⁶

Daniel Garcia de Oliveira⁶⁷

1. INTRODUÇÃO

O esgotamento dos recursos públicos reflete a diversidade de demandas sociais e econômicas advindas do século XX, resultando na necessidade de direcionamento de investimentos para atividades essenciais ao Estado, tais como saúde pública, desenvolvimento educacional, segurança, prestação de serviços públicos e infraestrutura.

Verifica-se, portanto, uma mudança relevante nas políticas de investimentos públicos no Brasil. Num breve apanhado histórico, percebe-se que nas décadas de 1950 e 1960 o Estado brasileiro assumiu grande dispêndio de recursos públicos ao tornar-se o indutor do processo de industrialização. Conforme lições de Ana Cláudia Caputo e Hildete Pereira de Melo (2009, p. 513-538):

“A década de 1950, especialmente a sua segunda metade, foi marcada pelo avanço do processo de industrialização brasileiro. Este desenvolvimento econômico do País foi fortemente influenciado pelo vigoroso investimento público por meio dos investimentos diretos do Estado ou de empresas estatais e, de maneira menos ostensiva, pelo capital internacional e privado nacional (LEOPOLDI, 1994; DRAIBE, 1985; SERRA, 1983; MARTINS, 1976).”

66 Graduado em Direito (2008) e Relações internacionais (2007) pela PUC/GO. Metrandu em Direito pelo UniCEUB. Procurador do Estado de Goiás. Advogado.

67 Graduado em Direito (2009) pela UFMT. Procurador do Estado de Goiás. Advogado.

Se nas décadas de 1950 e 1960 o Estado tinha papel fundamental como agente indutor do desenvolvimento econômico e social, os anos de 1980 e 1990 representaram a constatação da insustentabilidade econômica desta modalidade de atuação estatal, abrindo-se caminho para o início da reforma do Estado e mudança do paradigma desenvolvimentista para o paradigma neoliberal. Neste período, o Estado brasileiro adota significativas políticas de ajuste fiscal, promove a abertura do mercado nacional ao capital externo e inicia a política de privatizações e concessões de serviços públicos, estas últimas medidas legitimadas pela segunda parte do *caput* do artigo 175 da Constituição da República.

Portanto, até o início do século XXI é possível concluir que a atuação estatal se devolveu sob dois paradigmas: o intervencionista e o regulador. Entretanto, a necessidade de promover o desenvolvimento nacional em um país de dimensões continentais e com inúmeras demandas de infraestrutura complexas e dispendiosas impossibilitou o Poder Público de manejar o volume de investimentos necessários a atender as demandas do país.

Tendo como referência este quadro, o ‘istrativo passa a dispor de elementos modernos de atuação estatal, voltados a equacionar a realidade paradoxal entre o esgotamento de recursos públicos e a necessidade do intenso aporte de capitais nos projetos de infraestrutura, os quais são condicionantes ao desenvolvimento econômico nacional.

É neste panorama que, atento ao que dispõe o parágrafo único do artigo 175 da Constituição da República, advém a publicação da Lei Federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das PPPs), que tem como finalidade conceder à iniciativa privada a execução de obras e serviços públicos, bem como a prestação de serviços em que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, trazendo elementos diferenciais e suplementares àqueles previstos na Lei Federal n.º 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), pretendendo tornar mais atrativo a injeção de capital privado nas obras e serviços ligados à implantação de projetos de infraestrutura. Em outras palavras, irrompe no ordenamento jurídico diploma legal destinado a aprimorar o

modelo indireto de execução de serviços públicos no Brasil.

Embasado nesta roupagem normativa é que, entre vários outros avanços por ela proporcionados, se propõe a utilização das empresas semiestatais como mecanismo de composição do interesse público com a iniciativa privada, por meio de instrumentos societários que resultem na associação da eficiência de gestão advinda da iniciativa privada com as oportunidades oriundas dos serviços e obras públicas, bem como no desempenho das atividades econômicas de exploração direta pelo Estado.

Importante destacar que a proposta de atuação conjunta e complementar entre instituições privadas e entidades do setor público na implantação e gestão do objeto da parceria é corroborada por recente relatório apresentado pelo Banco Mundial (RAISER, CLARKE, PROCEE, BRICENO-GARMENDIA, KIKONI, MUBIRU, VINUELA, 2017), cujo argumento central é no sentido de que:

“(...) o Brasil pode e precisa aumentar significativamente a eficiência de seus gastos com infraestrutura para preencher a lacuna, e isso exigirá a reconstrução de sua capacidade de planejamento, orçamento e gestão de ativos de infraestrutura. O financiamento público permanecerá restringido pelas medidas vigentes de ajuste fiscal, mas o investimento privado apresenta pouca probabilidade de ser um substituto eficaz, a menos que a governança da infraestrutura melhore. Contudo, com políticas, instituições e regulamentações adequadas, podem ser realizados progressos consideráveis no desempenho da infraestrutura resultantes de aumentos de eficiência aliados a investimentos públicos marginais complementares. Por sua vez, isso ajudaria a tornar o setor de infraestrutura mais atraente para investidores privados. Uma implicação dessa análise é que o foco atual das autoridades brasileiras em relação a políticas públicas, que inclui a mobilização do financiamento comercial para infraestrutura e o fortalecimento do papel do setor privado na gestão da infraestrutura (por meio de PPPs ou privatizações), precisa ser complementado por esforços mais fortes de planejamento, desenvolvimento da carteira de projetos, gestão de contratos, regulamentação, supervisão pública e outros aspectos de governança da infraestrutura.”

Por conseguinte, busca-se, neste artigo, sistematizar a utilização das sociedades semiestatais como uma eficaz ferramenta do Direito

Administrativo e Empresarial na viabilização da colaboração entre o Poder Público e a iniciativa privada, de forma a garantir uma gestão eficiente, transparente e que assegure resultados positivos na implantação dos projetos de PPP no setor de infraestrutura nacional.

2. AS EMPRESAS SEMIESTATAIS E A GESTÃO PARTILHADA DO OBJETO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: VANTAGENS, REGIME JURÍDICO APLICÁVEL E ANÁLISE DE CASO CONCRETO

O termo empresa semiestatal foi disseminado na comunidade acadêmica no início do século XXI no contexto das chamadas parcerias estratégicas em que o Estado, em sua acepção *lato*, notadamente na forma de empresas públicas e sociedades de economia mista, intervém no domínio econômico ingressando nos quadros societários de uma sociedade empresarial privada para assegurar, ainda que de forma mediata, que interesses econômicos de setores estratégicos e/ou de relevância social sejam alcançados.

Em artigo precursor no estudo das empresas semiestatais, Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Motta Pinto (2011) destacam a evolução da associação empresarial entre o Poder Público e os particulares, bem como a nova configuração jurídica oriunda desta associação. Para os autores:

“(...) As empresas fruto dessa associação não são empresas estatais — pois o conceito de empresa estatal está vinculado à existência de *maioria do estado* no capital votante — de modo que elas não fazem parte da Administração Pública indireta. Mas essas empresas são parte muito relevante da estratégia de atuação do estado na economia. São *empresas semiestatais*.” (Itálico no original)

Já Rafael Wallbach Schwind (2014, p. 143) alude às semiestatais (por ele designada empresas público-privadas) como:

“‘técnica acionária’, que consiste na intervenção de um ente estatal no domínio econômico por meio do qual o Estado emprega o seu apoio institucional e econômico em parcerias público-privadas de natureza societária, como mecanismo orientador de certas condutas

consideradas desejáveis pelo Estado na ordem econômica.”

Se no estágio inicial desse relacionamento a posição do Estado – geralmente por conduto de bancos públicos (ex. BNDES) – estava mais inclinada a um papel de investidor passivo e sua atuação relegada à função de assegurar o financiamento de um projeto alinhado ao programa do governo, não tardou para que esse arranjo societário evoluísse a ponto de o ente estatal assumir uma postura cada vez mais ativa e partilhada na gestão da sociedade, sem contudo se arvorar no seu controle ou administração permanente.

Em especial no âmbito de parcerias público-privadas, essa figura se acomoda na previsão da norma disposta no § 4º do art. 9º da Lei n. 11.079/04, que dispõe *a contrario sensu*:

“Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

(...)

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

Como se sabe, o licitante vencedor da concorrência pública ou leilão que adjudica o objeto da PPP fica obrigado a constituir sociedade de propósito específico que, por sua vez, celebrará com o parceiro público o contrato de concessão administrativa ou patrocinada, por força do qual se encarregará de implantar e gerir os serviços, obras e demais atividades afins da parceria.

Embora a exigência prévia de se constituir sociedade de propósito específico para a celebração do contrato já fosse uma prática adotada em editais de licitação de concessões comuns, fundada na discricionariedade da Administração, com o advento das PPPs essa condicionante passou a ser *ex lege*, portanto, de caráter vinculante.

Como explicam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2010, p. 244), as principais finalidades da constituição compulsória da SPE são, de modo imediato, a segregação de riscos e a ampliação da transparência da gestão e, em última análise, a

sustentabilidade financeira do projeto e a própria continuidade dos serviços delegados. A questão é problematizada da seguinte forma:

“Imagine-se, por exemplo, uma empreiteira que tenha diversos contratos de obra em andamento e um de concessão. A falta de pagamentos nos contratos de obra poderia afetar a prestação dos serviços concedidos e a capacidade de realização dos investimentos, na medida em que o caixa e a contabilidade não fossem específicos para cada negócio. Suponha-se, ao lado disso, que ações judiciais movidas contra a empreiteira sejam julgadas procedentes, com a condenação no pagamento de valores vultosos. Seria tentador ao parceiro privado utilizar recursos antes previstos para investimentos na concessão, para o cumprimento da decisão judicial.”

Para além de aspectos relacionados à maior transparência e controle, diante do vulto dos investimentos demandados sobretudo na fase de implantação e da complexidade inerente à estruturação financeira do projeto de infraestrutura, a constituição da SPE acaba alargando as possibilidades de formação do capital financeiro no ativo patrimonial da concessionária mediante o acesso aos mais variados arranjos jurídicos e financeiros disponíveis no mercado de capitais (no caso das companhias abertas), podendo ele advir tanto de fonte própria (p. ex., com a subscrição de ações, bônus de subscrição e de partes beneficiárias), como ser proveniente de fonte de terceiros (mediante financiamentos, emissão de debêntures etc.).

De mais a mais, a personificação na forma de SPE⁶⁸ tem o proveito de minimizar os impactos (por si só traumáticos) advindos da administração e do controle temporários dos financiadores e garantidores com vistas ao restabelecimento da higidez econômico-financeira da concessionária (*step-in rights*).

Portanto, se a criação da sociedade de propósito específico no cenário das PPPs por si só é capaz de proporcionar vantagens, com maior razão se vislumbra a catalisação de melhorias que a composição

68 Não se quer com isso afirmar que a sociedade de propósito específico consista em um tipo societário; trata-se apenas de uma técnica jurídica de se isolar o negócio que animou a conjugação de esforços mútuos dentro de uma única sociedade, que não terá outra finalidade senão a exploração do negócio.

societária entre o poder público e particular é capaz de agregar à parceria e, maior grau, à gama de usuários que dela se beneficiam.

Em consonância com este pensar, Ana Carolina Rodrigues e Felipe Taufik Daud (2012) argumentam que a participação do Estado, de forma minoritária na composição societária da SPE, garante a conjunção de fatores positivos para ambos os participantes. Por outras palavras:

“(...) esta estrutura permite, de um lado, que o parceiro estratégico ingresse com seus capitais e sua *expertise*, e tenha maior grau de autonomia para participar da gestão da empresa. Por outro lado, o Estado, no papel de acionista minoritário, tem a possibilidade de usufruir da eficiência dos agentes privados e, ao mesmo tempo, imobilizar parcela menor de seus recursos, podendo alocá-los em projetos variados, e, assim, diversificar seus riscos.”

Nesse contexto, o ente estatal não possui preponderância no controle da empresa, ainda que determinados poderes lhe sejam assegurados – *v.g.*, indicação de certos administradores e exercício de direito de veto em determinadas matérias – poderes esses que deverão ser dimensionados e adaptados em função de cada situação concreta e dependendo dos objetivos buscados pelo Estado com a parceria (SCHWIND, 2016).

Além de incorporar o *know-how* e a cultura empresarial de resultados que impera no setor privado, o que estimula investimentos na melhoria e atualidade do serviço concedido, a participação minoritária do Estado no capital social da SPE incumbida de gerenciar a parceria público-privada cria condições propícias para que a governança corporativa da concessionária atenda padrões condizentes com sua relevância e porte, potencializando a transparência e controle preconizado pelo § 3º do art. 9º da Lei n. 11.079/04, que dispõe que a “sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento”.

É que a posição do Estado como sócio minoritário por si só, aliada à possibilidade de regramento de direitos econômicos e políticos por meio de acordo de acionistas (ou quotistas), favorece o ambiente para a instituição volitiva de mecanismos voltados a

estabelecer padrões de gestão centrados não só na transparência, como também na equalização nas relações de poder entre o controlador e os demais acionistas, na prestação de contas confiável (*accountability*), na positivação de normas de conduta éticas e até na promoção de responsabilidade corporativa.

Essa preocupação com a governança de empresas semiestatais, antevista na Lei das PPPs, restou reforçada na Lei n. 13.303/16:

“Art. 1º. § 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, considerando, para esse fim:

I – documentos e informações estratégicos do negócio e demais relatórios e informações produzidos por força de acordo de acionistas e de Lei considerados essenciais para a defesa de seus interesses na sociedade empresarial investida;

II – relatório de execução do orçamento e de realização de investimentos programados pela sociedade, inclusive quanto ao alinhamento dos custos orçados e dos realizados com os custos de mercado;

III – informe sobre execução da política de transações com partes relacionadas;

IV – análise das condições de alavancagem financeira da sociedade;

V – avaliação de inversões financeiras e de processos relevantes de alienação de bens móveis e imóveis da sociedade;

VI – relatório de risco das contratações para execução de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços relevantes para os interesses da investidora;

VII – informe sobre execução de projetos relevantes para os interesses da investidora;

VIII – relatório de cumprimento, nos negócios da sociedade, de condicionantes socioambientais estabelecidas pelos órgãos ambientais;

IX – avaliação das necessidades de novos aportes na sociedade e dos possíveis riscos de redução da rentabilidade esperada do negócio;

X – qualquer outro relatório, documento ou informação produzido pela sociedade empresarial investida considerado relevante para o cumprimento do comando constante do *caput*.”

A elevação do grau de confiança no mercado resultante da implementação desses mecanismos de governança e controle⁶⁹, além da presença do ente estatal por si só em seus quadros, ainda que minoritária, tem ainda o potencial de facilitar o processo de captação de recursos e reduzir o risco de crédito dos financiamentos que comporão o capital de terceiro.

Além do mais, é possível vislumbrar na posição de sócio minoritário, mas detentor de certas prerrogativas instituídas por ajustes *intrassocietários*, o poder de influenciar na tomada de decisões concernentes à política de endividamento da empresa semiestatal. É curial a perseguição do balanceamento na estrutura de capital da concessionária em proporções ótimas entre capital próprio e de capital de terceiros, o que certamente gerará externalidades positivas, como a modicidade tarifária ou a diminuição da contrapartida paga pela Administração.

A esse respeito, disserta Rafael Vanzella (2017, p. 315):

“Proporções ótimas de capital de terceiros e de capital próprio na estrutura de capital da concessionária geram inúmeras externalidades positivas, ou seja, não são apenas os financiadores da concessionária (acionistas e mutuantes, principalmente) que delas se beneficiam. O impacto direto em termos de redução do *custo médio ponderado de capital* reflete-se em modicidade tarifária ou redução do valor das contrapartidas financeiras devidas pelo parceiro público em contratos de PPP (...).”

Outra vantagem apontada pela doutrina (PINTO JUNIOR, p. 197-198) para a instituição de empresas semiestatais – com especial ressonância para as PPPs – é a redução da assimetria informacional entre o poder concedente e a concessionária, o que além de proporcionar uma melhor fiscalização desta por aquele diretamente

69 Porém, como alerta Rafael Schwind em trabalho acima citado, é imprescindível que as estruturas de governança corporativa atentem para o tamanho e outras características da sociedade semiestatal, a fim de não se tornar dispendiosa nem comprometer a agilidade e eficiência na consecução de seus fins privatísticos.

ou por sua agência reguladora, permite que se conheça com profundidade a estrutura de custos para aferir a adequação da política tarifária e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou para precaver a Administração contra o risco de espoliação no caso de renegociação contratual.

Por sua vez, Carolina Barros Fidalgo (2012, p. 2-3) enfatiza, entre outras razões que animariam a constituição das semiestatais, a possibilidade de transferência da *expertise* e tecnologia detidas pelo sócio privado, o que encontra pertinência nos projetos de infraestrutura, em sua maioria de elevada complexidade e pouco conhecidos por técnicos de carreira da Administração e menos ainda por seus gestores. Essa troca de experiências e conteúdos especializados promove, paulatinamente, a redução do abismo informacional técnico que não raro emperra, muitas vezes por falta de conhecimento, a parceria em andamento e a concepção e o planejamento de outras PPPs.

Questão que suscitou debates e divergências refere-se ao regime jurídico aplicável às semiestatais, se estritamente de direito privado ou de direito privado parcialmente derogado por normas de direito público, à semelhança de empresas estatais.

Conquanto dependente de ato estatal para sua instituição⁷⁰, prevalece que as empresas semiestatais regem-se apenas por normas de direito privado e por essa razão não estão obrigadas à prévia submissão a concurso público para contratarem empregados nem de licitação para contratar obras, fornecimento de bens e prestação serviços, entre outras regras destinadas à Administração. Afinal, é assente que a participação acionária estatal (portanto, o emprego de recursos públicos) nessas empresas, destituída de controle, não desnatura sua essência puramente privada e é insuficiente para incluí-la no conceito de Administração Pública indireta.

70 Nesse sentido, preconiza a Constituição em seu art. 37: “XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada (...)”

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de se pronunciar por seu Plenário, no Acórdão 1.220/2016, relator Ministro Bruno Dantas:

“Vale repisar que, apesar de ter como sócio um ente integrante da Administração Pública e de existirem recursos de origem pública em seu capital, a empresa público-privada não se subordina ao regime de direito público. Nem sequer integra a Administração Pública, sendo que o sócio estatal não tem preponderância no seu controle. O simples fato de haver participação estatal na empresa público-privada não conferirá à sociedade qualquer vantagem perante o Poder Público. Na qualidade de pessoa jurídica de direito privado que não integra a Administração Pública, a empresa privada com participação estatal deve atuar em pé de igualdade com toda a iniciativa privada.”

Essa decisão vai ao encontro da aspiração da doutrina, que destaca a burocracia intrínseca à atividade administrativa, a morosidade e impropriedades dos processos licitatórios, com particular destaque para a contratação de projetos básicos de maior complexidade e vulto, sérios entraves para a formatação dos empreendimentos de infraestrutura.

Por outro lado, frise-se que o interesse público subjacente não fica desguarnecido, mas passa a ser tutelado por meio de instrumentos societários como o acordo de acionistas, a exigência de quórum qualificado para deliberação de determinadas matérias, direito de preferência em casos de transferência de ações, além de mecanismos internos de governança e controle.

Exemplo concreto e exitoso da viabilidade de participação do Estado como sócio minoritário na sociedade de propósito específico (SPE) advindas dos projetos de parceria público-privadas são as concessões dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos, Brasília, Galeão e Confins, geridas por concessionárias participadas pela Infraero, empresa pública federal que antes operava a infraestrutura aeroportuária dos referidos terminais.

Na modelagem destas parcerias estratégicas foram levadas em conta, na licitação que serviu para selecionar a concessionária dos aeroportos, além de competências técnicas como prévia experiência dos

proponentes na exploração de terminais aeroportuários e requisitos relacionados às capacidades jurídica, fiscal e econômico-financeira, a obrigação de constituir a sociedade de propósito específico com a Infraero.

No que se refere ao Leilão n. 2/2011, promovido pela União, por meio da Agência Nacional de Aviação Civil, circunscrito à concessão dos aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos, foram estabelecidas no acordo de acionistas cláusulas reguladoras de direitos políticos (*v.g.* – direito de representação e assento no conselho de administração proporcionalmente à participação acionária, resguardado, em todo caso, a eleição de um membro) e direitos econômicos.

Entre estes, chama a atenção a previsão da cláusula que faculta à acionista estatal minoritária o direito de acompanhar ou não o acionista controlador nas hipóteses em que se fizerem necessárias o aporte de recursos mediante a emissão de ações (aumento do capital social):

“Caberá ao Acionista Privado aportar recursos necessários para a cobertura de todas e quaisquer deficiências de recursos que a Concessionária venha a enfrentar para realizar o pleno atendimento ao Plano de Exploração Aeroportuário (PEA), caso estes sejam superiores ao montante mínimo inicialmente subscrito. A INFRAERO terá a opção de acompanhar o Acionista Privado no aumento de capital social, proporcionalmente à sua participação, devendo exercer esta opção no prazo de 30 (trinta) dias contados da data que o Acionista Privado informar à Infraero sobre a necessidade do aumento de capital.”

Também do citado acordo de acionistas merece destaque a cláusula *tag along*, que outorga à Infraero o direito de opção de venda conjunta de suas ações em igualdade de condições, prazos e valor na hipótese de alienação do controle societário, o que acaba preservando os interesses patrimoniais do ente estatal:

“Sem prejuízo às restrições e condições aqui previstas, se quaisquer terceiros adquirirem o Controle da Concessionária ou do Acionista Privado, a INFRAERO poderá exercer seu direito de venda conjunta (“Tag Along”). Nesta hipótese, a INFRAERO terá o direito de vender todas suas Ações em conjunto com as Ações representativas do Controle da Concessionária, observados os mesmos prazos, condições e preços. A violação ao disposto nesta cláusula ensejará na

nulidade da aquisição do Controle da Concessionária.”

Por fim, o ajuste *intrassocietário* em referência confere à sócia minoritária poderes de veto em determinadas matérias, os quais, a despeito de não possibilitar a gestão efetivamente compartilhada da empresa semiestatal, muniu-a com instrumentos eficazes de controle e governança. Valem ser citadas as prerrogativas de: fiscalizar e zelar pela permanência de ativos no acervo patrimonial afetados à exploração do objeto da parceria; assegurar o exercício independente da auditoria externa da concessionária (*accountability*); e barrar operações de endividamento com finalidades estranhas a investimentos ao plano de exploração aeroportuária:

“5.3. As Partes concordam em exercer seus direitos de voto e a atuar de forma a assegurar que nenhuma ação ou decisão seja realizada com relação às seguintes matérias sem que haja o consentimento expresso e por escrito da INFRAERO, o que se dará por meio de deliberação dos seus representantes, na Assembléia Geral ou no Conselho de Administração, conforme a matéria a ser deliberada, sendo que qualquer manifestação de veto por parte da Infraero deverá ser devidamente justificada:

- a. qualquer alteração no Capital Social autorizado, ou a redução do Capital Social;
- b. qualquer alteração do Estatuto Social da Concessionária, com exceção das alterações decorrentes de aumento de capital social;
- c. qualquer decisão de liquidação da Concessionária, com exceção da hipótese descrita na cláusula 2.1 (c);
- d. a formação de qualquer parceria, consórcio, joint venture ou empreendimento similar;
- e. qualquer operação de fusão, cisão, transformação, incorporação de ações, cisão parcial, da Concessionária;
- f. a nomeação ou a troca da entidade responsável pela realização de auditoria externa da Concessionária;
- g. a venda, transferência ou alienação de ativos da Concessionária, seja por meio de uma única operação ou por uma série de operações, interrelacionadas ou não, exceto pela alienação de ativos não mais

necessários ou úteis na condução dos negócios da Concessionária pelo seu justo valor de mercado;

h. a contratação de qualquer Endividamento que não seja vinculado à realização dos investimentos previstos no Plano de Exploração Aeroportuária (PEA);

i. celebração de qualquer contrato, acordo, arranjo ou compromisso com qualquer Parte Relacionada dos Acionistas do Acionista Privado, ou alteração ou aditamento de qualquer deles, salvo se em termos e condições de mercado.”

Diante de tais elementos teóricos e concretos, é possível vislumbrar que as sociedades semiestatais propiciam, de fato e de direito, a legítima expectativa de lucro pelo setor privado ao mesmo tempo em que possibilitam ao Poder Público direcionar investimentos privados na efetivação de políticas públicas de infraestrutura.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme informações publicadas pela Revista Exame (PEREIRA, 2016), a economia nacional perde R\$ 151 bilhões de reais a cada ano em razão da ausência de investimentos mínimos necessários à manutenção da infraestrutura existente no país. Ademais, “nas últimas duas décadas, o Brasil investiu em média 2,2% do PIB em infraestrutura, enquanto a média mundial foi de 3,8%. Na China, o número chegou a 8,5% e, na Índia, a 4,7%” (PEREIRA, 2016).

A desaceleração econômica, as políticas de austeridade fiscal e as dificuldades de direcionar investimentos públicos para a infraestrutura foram determinantes para a implantação das parcerias público-privadas no país. Em recente estudo realizado pelo Banco Mundial (GARCIA-KILROY, RUDOLPH, 2017), apontou-se que o Brasil, entre os anos de 2006 a 2015, foi o responsável pelo maior número de contratos de PPPs firmados na América Latina e no Caribe, chegando a aproximadamente 450 contratos de parcerias público-privadas em infraestrutura e outros setores.

No entanto, o mesmo estudo constatou que o grande volume

de PPPs firmadas no país não representam, em absoluto, que os investimentos tenham alcançado os resultados esperados. Foram averiguadas deficiências nas fases de planejamento e preparação dos projetos, bem como a necessidade de se resguardar aspectos de maior competitividade das licitações, além da melhoria dos mecanismos de gestão e governança das PPPs.

Observa-se, nessa ordem de ideias, que as empresas semiestatais, fruto dos influxos do Direito Empresarial no Direito Administrativo, representam um relevante marco da atuação do Estado na economia e em particular no setor da infraestrutura, de maneira a alcançar, de forma sinérgica com a iniciativa privada, desempenhos que não seriam obtidos pela exclusiva gestão pública nem mesmo pela gestão exclusivamente particular e, assim, reverter o quadro de resultados insatisfatórios até então proporcionados pelas PPPs.

REFERÊNCIAS

ANAC. *Edital do Leilão nº 2/2011*. Concessão para ampliação, manutenção e exploração, dos Aeroportos internacionais de Brasília-Campinas-Guarulhos. Disponível em: <http://www.mzweb.com.br/ebp/web/arquivos/Edital_23.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dez. de 2004. *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.303*, de 30 de jun. de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018

BRASIL (União). *Tribunal de Contas da União*. Acórdão n. 1.220/2016. Plenário. Relator: Min. Bruno Dantas.

CAPUTO, Ana Cláudia; MELO, Hildete Pereira de. *A industrialização brasileira nos anos de 1950: uma análise da instrução 113 da SUMOC*. Estud. Econ., São Paulo, v. 39, n. 3, p. 513-538, Set. 2009 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010141612009000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 nov. 2017.

FIDALGO, Carolina Barros. *As sociedades de capital público-privado sem controle estatal*. Revista dos Tribunais Online, São Paulo, vol. 922, p 1-31, ago. 2012, p. 2-3.

FORGIONI, Paula A. *PPPs e participação minoritária do Estado acionista: o direito societário e sua instrumentalidade para o direito administrativo*. Revista de Direito Público da Economia

RDPE Belo Horizonte, n. 16, ano 4 Outubro / Dezembro 2006 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38664>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

GARCIA-KILROY, Catalina; RUDOLPH, Heinz P. 2017. *Private Financing of Public Infrastructure through PPPs in Latin America and the Caribbean*. World Bank, Washington, DC. © World Bank. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/26406>>. Acesso em 23 nov. 2017.

LEME, Alessandro André. *Neoliberalismo, globalização e reformas do estado: reflexões acerca da temática*. Barbaroi, Santa Cruz do Sul, n. 32, p. 114-138, jun. 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010465782010000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 25 nov. 2017.

MARCATO, Fernando e SARAGOÇA, Mariana. *Direito da infraestrutura, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153.

PEREIRA, Renée. *Infraestrutura ruim faz Brasil perder R\$ 150 bilhões por ano*. Revista Exame. São Paulo, 4 jun. 2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/infraestrutura-ruim-faz-brasil-perder-r-150-bilhoes-por-ano/>>. Acesso em: 26 de nov. 2017.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197-198.

PORTUGAL, Maurício e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: parceria público privada, fundamentos econômico-jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 244.

RAISER, Martin; CLARKE, Roland N.; PROCEE, Paul; BRICENO-GARMENDIA, Cecilia M.; KIKONI, Edith; MUBIRU, Joseph Kizito; VINUELA, Lorena. 2017. *De volta ao planejamento: como preencher a lacuna de infraestrutura no Brasil em tempos de austeridade*. Washington, D.C.: World Bank Group. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/237341502458978189/De-voltaaoplanejamento-como-preencher-a-lacuna-de-infraestrutura-no-Brasil-em-tempos-deausteridade>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

RODRIGUES, Ana Carolina. DAUD, Felipe Taufik. *O Estado como acionista minoritário*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83500>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Participação estatal em empresas privadas: as empresas público-privadas*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014, p. 143-154.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *A Lei 13.303 e a participação de empresas estatais no capital de empresas privadas que não integram a Administração Pública*. Informativo Justen, Pereira, oliveira e Talamini, Curitiba, nº 115, setembro de 2016. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 25 mar. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75965>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

VANZELLA, Rafael. *Direito da infraestrutura, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 315.

O USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO COMO SUJEITO CONSTITUCIONAL: POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO COMO AGENTE DE CONTROLE E AUXILIAR NA REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Marcelo Narcizo Soares

1. INTRODUÇÃO

Este texto tem a intenção de demonstrar que a partir da promulgação da lei nº 13.460/2017 (que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública) os serviços públicos, prestados direta ou indiretamente pelo Estado, ou por meio de delegação ao particular, ganham nova configuração para ampliar a base normativa das relações jurídicas ligadas ao consumo e à fruição de serviços adequados, em razão da existência de um sistema comunicante de normas consumeristas e, agora, prestacionais, na perspectiva da consolidação desses direitos fundamentais.

De igual forma, é possível verificar que essa ampliação normativa tem o mérito de alargar o âmbito de proteção dos usuários e consumidores, ao tempo em que delineaia novos parâmetros para o desenvolvimento social e o crescimento econômico do país, com vista a melhoria dos indicadores macroeconômicos e de progresso social e humano.

Tomando como referencial a Constituição Federal, que fundamenta a ordem econômica e a política econômica e financeira do Estado, garantindo que seja observado o atingimento dos objetivos, a fiscalização das diretrizes e das metas previstas nas leis que

compõem o orçamento, enfim, analisando a temática sob a noção material da Constituição Econômica como sendo aquela a abranger “as normas que definem os pontos fundamentais da organização econômica, estejam ou não incluídas na constituição escrita” como esclarece Ferreira Filho (1990) e tendo em conta, de igual forma, aspectos ligados à Análise Econômica do Direito, o texto se desenvolve sob a perspectiva dos princípios da economicidade e da eficiência na realização dos serviços públicos, mediante a participação do usuário como agente do seu aprimoramento.

Convém ressaltar, do mesmo modo, que embora o texto não trate especificamente do direito econômico com ele se relaciona em vários pontos, sobretudo, quando se tem em vista os delineamentos hauridos do próprio Direito Constitucional Econômico.

O artigo também analisa o auxílio que o próprio corpo social pode desempenhar – ao lado da Administração – para que a escolha do gestor na tomada de decisão seja menos onerosa para a própria sociedade.

A partir daí, tem-se que a otimização dos recursos em prol da diminuição de perdas econômicas, por si só, traz consequências benéficas pela geração de maiores dividendos a serem empregados em áreas sociais com menos recursos orçamentários.

Logo, o texto não tem a pretensão de avaliar a conveniência ou não, sob o exclusivo ângulo do Direito Administrativo, de qual deve ser o regime jurídico aplicável aos serviços públicos e às atividades econômicas, mas, sim, a de observar, com olhos voltados à racionalidade das escolhas eficientes, que a alocação e a aplicação dos recursos podem se realizar, também, mediante a participação efetiva da sociedade como sua beneficiária imediata.

A premissa inicial parte da constatação de que existe na doutrina divergência sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações verificadas no âmbito da prestação direta, indireta ou mediante concessão, de serviços à sociedade, dado que nem sempre a nota da

vulnerabilidade se apresenta em tais relações haja vista que o destinatário daqueles serviços prestados, sobretudo, mediante remuneração ao particular, nem sempre se encontra no final da cadeia de consumo.

Nessa linha argumentativa, tomados como atividade material e organizacional, os serviços públicos consistem em atividade econômica em sentido amplo, albergando tanto os serviços públicos como as atividades econômicas em sentido estrito, razão sobre a qual também se fundamentam as linhas do trabalho.

Em seguida, delineiam-se os argumentos a respeito da justificativas conceituais e históricas para a Reforma do Estado, tendo como um de seus elementos “sociopolíticos”, a participação do usuário dos serviços públicos no processo de desenvolvimento social do país.

Partindo do Texto Constitucional e da lei nº 13.460/2017 rumo à completude da rede de proteção de consumidores e usuários, tem-se que o novo diploma legal inaugura o que se entende por um sistema comunicante de normas mediante a abertura de um método que possa garantir o permanente “diálogo de recíprocas influências” entre elas.

Finalmente, considera-se que a participação popular na tomada de decisões estatais e o controle social na fiscalização e execução dos serviços públicos, notadamente, em relação aos gastos necessários à sua implementação, tendem a consolidar um elemento a mais nas formas de regulação da atividade econômica e administrativa como um todo complexo, mas integrado na ordem democrática, prevista na Constituição.

2. CONSIDERAÇÕES REFERENCIAIS SOBRE A QUESTÃO CENTRAL

Há tempos doutrina e jurisprudência pátrios orientam seus pontos de vista sobre ser adequado ou não o enquadramento dos usuários dos serviços públicos (prestados de forma direta, indireta ou por meio de concessão estatal), também como sendo seus consumidores.

Com a promulgação da lei nº 13.460/2017, aparentemente, o legislador pretendeu encerrar a celeuma doutrinária dispondo, em

conformidade com o artigo 1º, § 2º, II, o seguinte:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública. § 2º. A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto: [...] II- na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo.

Pela redação dos dispositivos transcritos a nova lei, embora pretenda delimitar a matéria e os objetivos nela versados, se mostra algo redundante, sobretudo, quanto aos serviços prestados mediante remuneração, pois como leciona Cláudia Lima Marques (2014, p. 625), ao cuidar dos contratos de fornecimento de serviços públicos, estes já estariam sob o manto protetivo do CDC:

Relembre-se que, pela definição de serviços do art. 3º, do CDC, somente àqueles serviços pagos, isto é, como afirma o § 2º, “mediante remuneração”, serão aplicadas as normas do CDC. Em interpretação literal da norma, os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência prevista pelo CDC. (MARQUES, 2014, p. 625).

Em que medida a nova lei realizou o *discrímén* a que se propôs? De outra forma, se não houve distinção, teria havido o alargamento da base normativa e da rede de proteção dos seus destinatários, a justificar a coexistência de ambas as disposições normativas? A partir desses questionamentos, cumpre investigar qual teria sido o espírito da lei e o quê, exatamente, se pretendeu alcançar com o resultado dessa atividade legislativa.

Em primeiro plano, cabe trazer a lume as considerações de Antônio Carlos Cintra do Amaral (2001, p. 217), para quem “o tratamento dado ao usuário do serviço público pela Constituição e pela Lei é diverso ao dispensado ao consumidor”, assentando o seguinte:

Vale notar, ainda, que o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 determinou que o Congresso Nacional deverá elaborar “lei de defesa dos usuários de serviços públicos”. Isso equivale ao reconhecimento implícito de que essa defesa é juridicamente diversa da

“defesa do consumidor”, já regulada pela lei 8.078/90. (AMARAL, 2001, p. 217).

Prossegue o autor, sustentando-se no princípio da indisponibilidade do interesse público para a concessão do serviço público e que “a defesa, pelo Poder Público, do usuário de serviço público é mais relevante que a defesa do consumidor. O pressuposto básico do instituto da concessão do serviço público no Direito brasileiro, é a prestação de ‘serviço adequado’”. (AMARAL, 2001, p. 218).

A relação de consumo é constituída, de um lado, pelo consumidor em qualquer de suas configurações (destinatário final, por equiparação e os terceiros eventualmente atingidos) e, de outro lado, o fornecedor de produtos ou serviços em geral, “[...] inclusive os públicos”, segundo leciona João Batista de Almeida (2009, p. 44). Nessa perspectiva, a relação de consumo inevitavelmente constituiria a base sobre a qual a proteção e a defesa dos usuários dos serviços públicos teriam sido erigidas. O que haveria de novo, então?

De acordo com Hachem e Faria (2016, p. 2), para quem o tema da aplicabilidade do CDC nas relações que envolvem as prestações de serviços públicos suscita grandes divergências, o panorama é o seguinte:

No âmbito doutrinário é possível encontrar desde correntes que sustentam a plena incidência do CDC nessas relações, até posições que defendem a total inaplicabilidade de tal diploma normativo na seara dos serviços públicos (HACHEM E FARIA, 2016, p. 2).

Na linha de pensamento defendida pelos autores encimados, os serviços públicos – considerados como atividade material – são “atividades econômicas em sentido amplo”, (HACHEM E FARIA, 2016, p. 2) e, nesse aspecto, encontram-se albergados nas normas constantes no Título VII, da Constituição da República – da Ordem Econômica e Financeira – cuja distinção se verifica apenas quanto ao tratamento jurídico dispensado àqueles prestados diretamente pelo Estado e aos concedidos aos particulares, já que ambas as formas estão previstas no artigo 175, do Texto Fundamental.

Logo, concluem Hachem e Faria (2016, p. 5), não se poderia

conceber a dicotomia entre os planos de aplicabilidade do CDC e o da Lei de Proteção e Defesa dos Usuários dos Serviços Públicos, pois há de ser feita uma leitura constitucional sobre o tema (verdadeira filtragem constitucional), que implica na realização de interpretação sistemática sobre a matéria, alargando o âmbito de proteção de ambos, consumidores e usuários.

Para outros autores, como Fernando Aguillar (2011, p. 28), a noção de serviço público teria sofrido, ao contrário do que preconizava a Escola Francesa, um processo de encolhimento. Nessa linha de pensamento, o sentido amplo da definição de serviço público somente pôde ser utilizado até o advento da Constituição de 1988, porque daí em diante as atividades estatais (serviço público em sentido amplo) se subdividiram em: a- funções públicas; b- serviços públicos em sentido estrito; e c- atividades econômicas desempenhadas pelo Estado. A distinção feita pelo autor, em relação ao serviço público em sentido estrito e às atividades econômicas exercidas pelo Estado, leva em conta não os sujeitos que os desempenham, mas a atividade em si.

Relembre-se que de acordo com a argumentação de Cláudia Lima Marques (2014, p. 625), somente os “serviços diretamente pagos pelo cidadão” é que estariam sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, para os serviços públicos universais, em princípio, a aplicação da lei nº 8.078/1990 ocorreria apenas de forma subsidiária.

Há ressonância para esse argumento quando se tem em vista restrições de ordem ontológica a justificá-lo:

A inaplicabilidade do CDC aos serviços públicos individuais, remunerados por taxas, justifica-se, ainda, pela natureza tributária e não contratual da relação jurídica. Sob o ponto de vista jurídico, contribuinte não se confunde com o consumidor, devendo ser aplicada à relação entre o Estado e o contribuinte a legislação tributária, e não o CDC. (OLIVEIRA, 2018).

É de se ver, contudo, a par da pertinência do raciocínio, que a lei nº 13.460/17 não estabelece a distinção observada o que afastaria, pelo menos em tese, restrições interpretativas para o seu alcance.

De igual modo, a lei também não especifica a referibilidade tributária quanto ao serviço prestado, isto é, não distingue a vinculação ou não vinculação da espécie tributária em relação ao serviço, nem poderia, pois, o seu sentido finalístico é o de ampliar a participação popular na Administração Pública e, conseqüentemente, a proteção dos usuários.

Na tentativa de cumprir um dos objetivos presentes neste trabalho, isto é, o de perquirir se por detrás da noção de serviço público existiria uma situação economicamente verificável, a se revelar mesmo em relação aos serviços prestados de forma geral pelo Estado (*uti universi*), é que se entende, também, a elaboração normativa ora em análise, dado que o artigo 2º, II da lei nº 13.460/17, considera serviço público o seguinte:

Art. 2º. Para os fins desta lei, consideram-se: [...] II- serviço público – atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública.

Logo, em análise preliminar, a lei foi concebida para a defesa e a proteção dos usuários de serviços públicos enquanto atividade administrativa (ligada à noção de função pública) e sob a forma de atividade econômica em sentido amplo (quando os serviços forem prestados direta ou indiretamente pela administração pública), pois não se há de confundir atividade administrativa em sentido estrito e a atividade econômica de prestação de serviços, embora possam existir pontos de contato entre ambas, consubstanciados especificamente em seu aspecto material e organizacional, como visto.

Aliás, neste aspecto, é oportuno lembrar que um dos objetos do direito econômico, segundo orienta a lição de Manoel Jorge e Silva Neto (2002) é “a juridicização da política econômica do Estado” e que esta, de acordo com o mesmo autor, é “o conjunto de medidas afetas às políticas públicas que têm por núcleo a defesa dos consumidores, da concorrência, do sistema financeiro, enfim de iniciativas dirigidas ao desenvolvimento da economia nacional” (2002, p. 160). Desse modo, ao que se denota da afirmação do autor, é que toda ação desenvolvida

pelos poderes públicos rumo à consecução de um objetivo inserido na política econômica do Estado deve estar ligada, por sua vez, aos objetivos e metas delineados nos princípios constitucionais fundamentais.

Subsidiariamente, a norma em referência tem aplicação também aos serviços públicos prestados pelo particular, conforme se colhe do artigo 1º, § 3º da disposição legal.

Assim, poder-se-ia dizer com base na interpretação literal do artigo 1º, § 2º, II, da lei nº 13.460/2017 que, em se tratando de “relação de consumo”, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor teria aplicação especial e limitada em relação à Lei de Proteção e Defesa dos Usuários dos Serviços Públicos afastando, em tese, a incidência desta, mas tal conclusão não permite evidenciar a lógica que deve permear o sistema jurídico como um todo complexo e racional.

Isso porque o ordenamento jurídico-constitucional estabelece que a defesa e a proteção dos direitos dos consumidores e dos usuários de serviços públicos configuram direito fundamental, nos termos dos artigos 5º, XXXII, 37, § 3º, 170, V e 175, parágrafo único, II da Constituição Federal. Daí porque quanto maior for a rede de proteção, tanto maior será o atendimento da vontade constitucional, em concordância lógica com uma leitura constitucionalmente adequada ao tema.

Nesse sentido, colha-se mais uma vez as considerações de Hachem e Faria (2016, p. 5-6), segundo as quais:

Ao se estudar a inserção de uma lógica de mercado nas relações de serviço público, chega-se à conclusão de que, com esse fenômeno, há uma mudança na lógica integralmente solidária, própria dos serviços públicos, que acaba por alterar o modo de utilização de diversos instrumentos jurídicos dos quais o Estado deve lançar mão para alcançar o interesse público. Essa desfiguração do regime jurídico publicista também gera como consequência a aplicação de normas do Direito do Consumidor aos serviços públicos, uma vez que, com esse cenário, altera-se a posição do Estado na ordem econômica, passando a incidir cada vez mais a lógica própria do livre mercado.

Apesar de se poder perceber duas lógicas diferentes no que se refere ao sistema de prestação de serviços públicos (uma mais influenciada

pelo Direito Privado e outra mais pelo Direito Público), deve-se registrar que ambas visam a uma melhor proteção dos cidadãos. O que as diferencia, portanto, é simplesmente o enfoque que dão ao tema: enquanto a visão consumerista intenciona a proteção do usuário per se, individualmente, a publicista busca proteger os cidadãos enquanto membros da coletividade, tendo por objetivo a instituição de um sistema prestacional. (HACHEM E FARIA, 2016, p. 5-6).

Os autores encimados concluem que a figura do consumidor revela uma feição pertinente à economia de mercado e, de outro lado, os usuários dos serviços públicos se apresentam como utentes das atividades socioeconômicas providas pelo Estado.

Para que ambas as situações se verifiquem, é sensível a existência de uma relação econômica subjacente, tanto na esfera privada como na esfera pública, ou seja, mesmo em se tratando dos serviços prestados direta ou indiretamente pelo Estado, a atividade econômica há de se verificar ao lado da atividade administrativa, pois não se pode fazer frente aos custos de execução dos serviços públicos sem a necessária contrapartida financeira.

Essa contrapartida financeira se dá, em relação aos serviços públicos universais (necessidades públicas), basicamente pela entrada das receitas correntes e de capital, que pressupõem, por óbvio, o resultado de uma atividade econômica geradora de recursos, seja pelos particulares ou pelo próprio Estado, embora se reconheça a vedação constitucional acerca da vinculação da receita dos impostos a fundo, órgão ou despesa (art. 167, IV, da CF).

Desse modo, considerando estritamente o ponto de vista econômico e financeiro, no qual se fazem presentes os conceitos de utilidade e escassez – direcionados ao atendimento das necessidades humanas – os bens⁷¹ podem ser exclusivos e coletivos (NUSDEO, 2000).

Convém destacar, por oportuno, que o entendimento doutrinário sobre a proteção dos usuários dos serviços públicos e dos consumidores, se revela sob três perspectivas distintas, trazidas com percuciência por

71 E serviços.

Rafael Carvalho Oliveira (2018): a- tese ampliativa (todos os serviços públicos submetem-se ao CDC, por não haver distinção legal); b- tese intermediária (o CDC deve ser aplicado aos serviços prestados *uti singuli*, remunerados individualmente); c- tese restritiva (o CDC incide apenas sobre os serviços individuais, remunerados por tarifas).

É de se notar, assim, que o tema suscita muitos questionamentos, mas vale ponderar, novamente, com o escólio de Silva e Neto (2002) que as diretrizes da política econômica residem “nas normas constitucionais programáticas econômicas” que, por sua eficácia limitada, exigem complemento normativo por parte do legislador infraconstitucional, como se pode verificar nas várias hipóteses previstas nos artigos 173 e 175 da Constituição Federal.

Assim, ao que parece, tanto o CDC quanto a lei nº 13.460/2017 e outras normas pertinentes ao tema, como as lei nº 8.987/1995 (que dispõe sobre a concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da CF), a lei nº 9.074/1995 (que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos), a lei nº 13.019/2014 (que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias) e a lei nº 13.303/2016 (que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública), por exemplo, agora formam um sistema adequado à proteção mais ampla daqueles que se utilizam dos serviços públicos prestados pelo Estado ou pelo particular, sob delegação.

Ao se configurar normativamente o espectro de proteção em rede dos usuários e dos consumidores, o sistema se completa e passa a operar em consonância com a vontade constitucional, nos termos dos já mencionados artigos 37, § 3º e 175, parágrafo único, II da Constituição da República.

De outro lado, deve-se ter em destaque, principalmente no âmbito da proteção legislativa dos usuários, os serviços prestados pela Administração Pública, pois estes devem ser realizados com o maior grau de eficiência e qualidade, justamente em razão da inexistência de recursos suficientes para provê-los, mas isto não significa, por

outro lado, que aqueles prestados pelo particular possam ter eficiência menor porque, em ambos, o estado da técnica e a finalidade de bem servir são os seus elementos preponderantes.

Como observa ALVES (2002), ao tratar dos novos paradigmas relacionados às mudanças estruturais para a gestão pública, que esta

[...] deve conduzir a sua ação de forma a efetuar uma transformação fundamental no comportamento da administração em relação a seus usuários, passando-os da condição de súditos para a condição de cidadãos, destinatários de toda a atividade do Estado. (ALVES, 2002, 231).

É de se notar, porém, na linha do pensamento refletido de Helga Bezerra (2008) que, num primeiro momento, houve razão suficiente para que os serviços públicos realmente fossem prestados somente de forma direta pelo Estado:

Para que o Estado assumisse a titularidade de serviços que viriam a melhorar as condições de vida do cidadão, teve que se tornar intervencionista. Para isso, duas revoluções foram necessárias, num lapso temporal no qual surgiram, como valores sociais fundamentais, os lemas da solidariedade e da igualdade. (BEZERRA, 2008, p. 108).

Na fundamentação jusfilosófica da Escola Francesa do Serviço Público (Escola de Bordeaux), capitaneada por Léon Duguit e Gaston Jèze, se revela clara a opção pela prestação direta dos serviços públicos pelo Estado, porque o ente estatal se mostrava como sendo apenas uma configuração consolidada de atividades administrativas prestacionais, em conformidade com a passagem doutrinária lembrada e traduzida por Bezerra (2008, p. 111):

O Estado não é um poder que manda, uma soberania, é uma corporação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes e o serviço público, por sua vez, é toda atividade cuja realização deve ser regulada, assegurada ou controlada pelos governantes, porque é indispensável para a realização ou o desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurada completamente senão mediante a intervenção da força governante. (DUGUIT apud BEZERRA, 2008, p. 111).

Na atual quadra do desenvolvimento econômico mundial,

contudo, percebe-se que os serviços públicos estão sendo cada vez mais atribuídos aos agentes privados – sob a forma de privatizações, concessões ou desregulamentações – do que se observava há vinte ou trinta anos.

Nas décadas de 1980 e 1990 ficou evidente a crise mundial na qual o Estado de bem-estar social se inseriu a partir da segunda metade do século XX, sendo consubstanciada no Brasil, segundo ressalta Paludo (2013, p. 101), pelo conjunto de três crises assim retratado:

No Brasil, a crise estava presente desde os anos 1970, mas se tornou clara a partir da segunda metade dos anos 1980. As causas foram: a crise fiscal do Estado; o esgotamento da estratégia de intervenção no mercado via substituição de importações; e a superação da administração burocrática, que, descentralizada, tornou-se inflexível, cara e ineficiente. (PALUDO, 2013, p. 101).

Desse modo, segundo Paludo (2013, p. 101), três foram as causas da crise do Estado: a- crise fiscal; b- crise do modelo de intervenção e c- crise do modelo de administração.

Nessa seara argumentativa e na forma de racionalizar o Estado e a Administração Pública é que foram lançadas as bases jurídicas para a estruturação normativa do Estatuto de Proteção e Defesa dos Usuários dos Serviços Públicos, se assim se pode denominar a nova lei.

Para uma realidade comparada, por exemplo, nos países integrantes da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico),⁷² entidade internacional que reúne os países mais desenvolvidos do mundo e alguns emergentes, observou-se uma crescente demanda estatal relacionada à necessidade do aumento de investimentos e acesso ao capital, à melhoria dos aspectos da governança e, nesse sentido, da qualidade e eficiência do serviço prestado, à fixação de preços competitivos e, portanto, mais

72 O Brasil não é um dos trinta e quatro membros integrantes da OCDE, mas atua como *key partner* (parceiro-chave), podendo participar de Comitês da Organização e reuniões de grupos de trabalho, segundo informa a Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>

baratos para os usuários dos serviços, além de determinar aquilo que realmente se relaciona à atividade econômica do Estado e o que necessariamente se refere ao programa de políticas públicas dos membros integrantes daquela organização.

Nessa linha de pensamento, segundo informam Nestor e Mahboobi (2000, p. 139), os serviços públicos, nos países integrantes da OCDE, constituem importante, porém, sensível área da atividade econômica do Estado, cujas alterações na sua forma de prestação geram intensos debates na esfera política dos governos, tendo como centro das discussões as privatizações dos serviços públicos e de infraestrutura, essenciais ao seu desenvolvimento e ao da sociedade nele inserida, mas concluem que em alguns pontos este modelo de prestação de serviços se faz necessário sob o seguinte aspecto:

Os serviços públicos e a infra-estrutura são setores altamente idiosincráticos e sensíveis da economia. Em oposição ao setor de bens *tradables*,⁷³ onde uma estrutura legal regulatória geral para a proteção da concorrência e dos consumidores é suficiente, o fornecimento de serviços essenciais de infra-estrutura retém um importante componente de interesse público, porque pode permanecer monopolístico em determinados aspectos e também devido à sua importância universal para outros negócios e para todos os lares. A abertura e a reforma nos países da OCDE giraram ao redor de um preceito fundamental: a separação dos objetivos comerciais dos de interesse público e sua alocação a diferentes instituições. No aspecto do interesse público, surgiram novas instituições reguladoras para monitorar os segmentos monopolísticos dos mercados de infra-estrutura e para promover a introdução da concorrência onde é possível fazê-lo. (NESTOR E MAHBOOBI, 2000, p. 139).

Com o desenvolvimento tecnológico, as relações de consumo ganharam contornos e expressões antes impensáveis, alterando o comportamento e a expectativa dos consumidores de bens e serviços, tornando-os mais exigentes quanto ao modelo de eficiência e

73 *Tradables* são produtos e serviços comercializados mundialmente, sem fronteiras, de tal forma que os produtos e serviços locais têm a concorrência dos produtos e serviços de fora. HORI, Jorge. Disponível em: http://iejorgehori.blogspot.com.br/p/blog-page_749.html

responsividade (*responsiveness*)⁷⁴ praticado no mercado. Com os serviços públicos, não foi diferente. Essa nova realidade exige que a ciência do Direito acompanhe os desdobramentos da lógica de mercado, sem se descurar da lógica jurídica e dos direitos fundamentais.

2.1.1. BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO PARA A COMPREENSÃO DO TEMA.

Superadas as concepções de administração pública patrimonialista e de administração pública burocrática, eis que surge um novo paradigma pós-burocrático,⁷⁵ que se constitui, como “um meio-termo entre a gestão pública burocrática e a administração gerencial”. (PALUDO, 2013, p. 61).

A ideia inicial weberiana de administração pública, consubstanciada na rigidez formal da “autoridade burocrática”, cedeu passo na medida em que se mostrou ineficiente.

Para Weber, a noção de burocracia moderna funciona da seguinte forma: “rege o princípio de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas de acordo com regulamentos, ou seja, por leis ou normas administrativas”. (WEBER, 1982, p. 229).

A partir das coordenadas inferidas, Max Weber (1982, p.229) pontuou as características da administração burocrática, apresentadas assim:

1. As atividades regulares necessárias aos objetivos da estrutura governada burocraticamente são distribuídas de forma fixa como deveres oficiais.
2. A autoridade de dar as ordens necessárias à execução desses deveres oficiais se distribui de forma estável, sendo rigorosamente delimitada pelas normas relacionadas com os meios de coerção, físicos, sacerdotais ou outros, que possam ser colocados à disposição dos funcionários ou autoridades.
3. Tomam-se medidas

74 Termo utilizado para designar quanto mais rapidamente e melhor alguém ou alguma instituição reage (ou responde) a uma demanda apresentada. Agilidade no processo (logística e engenharia de produção). Rapidez e qualidade na identificação das demandas prioritárias na implementação de políticas públicas (administração pública).

75 O paradigma pós-burocrático corresponde a um conjunto de ideias contrárias às práticas burocráticas, e é baseado nos princípios da confiança, descentralização, flexibilidade, orientação para o cidadão e para o mercado, e busca por resultados. (PALUDO, 2013, p. 62).

metódicas para a realização regular e contínua desses deveres e para a execução dos direitos correspondentes; somente as pessoas que têm qualificações previstas por um regulamento geral são empregadas (WEBER, 1982, P. 229).

De acordo com Paludo (2013, p. 61), embora Weber tenha idealizado a burocracia como forma superior de administração,

Ele mesmo previu que ela poderia se tornar rígida demais e causar ineficiência. Weber descreveu a burocracia como um tipo ideal, que funcionava bem em períodos de crise ou de guerras, em que as regras, a hierarquia e o controle asseguravam a realização dos objetivos. Como o tipo “ideal” definido por Weber não existe, logo os governos começaram a ser acusados de ineficientes, ineficazes e excessivamente custosos.

Se no período inicial a burocracia funcionou adequadamente, agora as administrações eram vistas mais pela disfunção do que pela função: eram tidas como um amontoado de papelórios que se multiplicavam, tornando os governos incapazes de atender às demandas da sociedade e causando ineficiência às organizações em geral. (1966 apud PALUDO, 2013, p. 61).

Dessa forma, era preciso que se buscasse outro modo de executar as tarefas administrativas, que fosse baseado nos princípios da “confiança e da descentralização”, como anota Paludo (2013, p. 62).

Foi com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, em seu artigo 27 – que modificou o regime, normas e princípios da Administração Pública –, que surgiu a determinação para que o Congresso Nacional elaborasse lei visando à defesa e à maior participação dos usuários no processo e na forma de prestação dos serviços públicos, como “fator sociopolítico do processo de reforma do Estado”, conforme observou Diogo de Figueiredo Moreira Neto em lição trazida por Martins Jr. (2000 apud MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 297). Passados quase vinte anos da mora legislativa, eis que surge o texto legal objeto desta análise.

Por meio da condução do processo de Reforma Administrativa, a cargo do então ministro Luís Carlos Bresser Pereira, foi aprovada pelo Congresso Nacional a referida emenda constitucional, na esteira

do ideário modernizador da Administração Pública brasileira percebido a partir de meados da década de 1990 do século XX. De acordo com *Ciro Fernandes* (1999, p. 20):

A aprovação da emenda constitucional da reforma administrativa (Emenda Constitucional número 19/98) foi uma importante vitória conseguida pelo MARE. A liderança do ministro Bresser-Pereira ao longo do processo, a atração de apoio político junto aos governadores de Estados e a sustentação das propostas junto à opinião pública foram algumas das características da forma de atuação adotada, que veio a grangear prestígio e notoriedade ao ministério 28. O texto aprovado foi um substitutivo ao texto original que, entretanto, preservou a maior parte das propostas originais e incluiu uma série de outras inovações coerentes com as diretrizes da reforma. (FERNANDES, 1999, p. 20).

O próprio *Bresser Pereira* (1996), em trabalho apresentado sobre reforma do Estado na América Latina, publicado na *Revista do Serviço Público*, sinalizava a necessidade de se tornar mais efetivo o controle social sobre a prestação dos serviços públicos:

Finalmente, no setor dos serviços não-exclusivos de Estado, a propriedade deverá ser em princípio pública não-estatal. Não deve ser estatal porque não envolve o uso do poder-de-Estado. E não deve ser privada porque pressupõe transferências do Estado. Deve ser pública para justificar os subsídios recebidos do Estado. O fato de ser pública não estatal, por sua vez, implicará na necessidade da atividade ser controlada de forma mista pelo mercado e pelo Estado. O controle do Estado, entretanto, será necessariamente antecedido e complementado pelo controle social direto, derivado do poder dos conselhos de administração constituídos pela sociedade. E o controle do mercado se materializará na cobrança dos serviços. Desta forma a sociedade estará permanente atestando a validade dos serviços prestados, ao mesmo tempo que se estabelecerá um sistema de parceria ou de co-gestão entre o Estado e a sociedade civil. (PEREIRA, 1996, p. 22)

A onda de privatizações, concessões e desregulamentações marcam o final do modelo intervencionista do Estado brasileiro que se iniciou na Era Vargas, tendo seu apogeu no período da ditadura militar (culminando com o denominado “milagre econômico brasileiro”) – no qual o Brasil experimentou um crescimento médio na

ordem de 11% (onze por cento) do PIB entre 1968 a 1973, atingindo o índice de 14% (quatorze por cento) de crescimento em 1973, segundo informam Veloso, Vilela e Giambiagi (2007, p. 9-10), mas que implodiu diante da interferência de variáveis não previstas ou pouco controláveis sob o aspecto político e de externalidades negativas naturais ao ambiente macroeconômico do mercado internacional.

As mencionadas novas configurações socioeconômicas intentam diminuir o tamanho da atuação do Estado, como justificativa de se avançar rumo a um modelo mais ágil, eficiente e menos oneroso, tendo como atores principais as agências reguladoras e os concessionários e permissionários do serviço público, de um lado, e, de outro lado, o chamado “terceiro setor” e, agora, os usuários dos serviços públicos.

Se este modelo é viável em todas as áreas de atuação estatal ou se o monopólio deve ser mantido naquelas em que se apresenta estratégico, não será objeto de investigação deste artigo, embora alguns aspectos relevantes possam ser mencionados a despeito da profundidade do tema que o envolve.

Nessa perspectiva, a partir da EC nº 19/1998, o Congresso Nacional lançou-se ao debate legislativo sobre a forma pela qual o regramento seria implementado, conferindo ao usuário maior proteção e efetiva participação no processo de fiscalização e de aprimoramento do serviço público, tanto aquele prestado diretamente pelo Estado como também o serviço concedido aos particulares. A EC nº 19/98, dentre outras alterações, modificou a redação do art. 37, § 3º e introduziu a forma como os usuários dos serviços públicos deveriam ser contemplados.

Assim, em 23 de junho de 1999, o PLS nº 439/1999, foi protocolado e em seguida encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa, tendo sido aprovado em 2002.

Com a decisão terminativa, o PLS seguiu para a Câmara dos Deputados onde foi registrado como PL nº 6.953/2002 e sofreu nada menos que 12 emendas supressivas que revelaram alterações importantes no texto original.

Destaque-se, por oportuno, que durante o período de tramitação da proposição legislativa e em vista da demora nela verificada, em 2013, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tombada no STF sob o registro ADO 24 MC/DF, na qual houve concessão de medida cautelar no sentido de se reconhecer a mora legislativa.

De acordo com o parecer nº 36/2017, da CCJC do Senado, o SCD nº 20/2015 promoveu alterações relevantes ao PLS nº 439/1999, pois dentre outros temas: a- estendeu o alcance do projeto à Administração Pública direta e indireta, em âmbito nacional; b- previu o acesso dos usuários à informações nos moldes previstos na lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação); c- incluiu o capítulo destinado a tratar das manifestações dos usuários; d- deixou de prever a criação das comissões de ética; e- retirou imposições ou autorizações ao Poder Executivo; f- excluiu o processo administrativo específico de que tratava o texto original; g- criou os conselhos de usuários e h- previu a entrada em vigor da lei que promulgasse o projeto em etapas escalonadas.

Das alterações feitas pela Câmara dos Deputados destacam-se duas cuja relevância se mostra positiva: a- a que ampliou o alcance do projeto para o âmbito nacional, enquanto a ideia original era a de que o referido estatuto seria aplicável apenas em relação aos serviços prestados pela administração direta, indireta e delegada da União⁷⁶ e b- a que criou o conselho dos usuários como órgão consultivo para o acompanhamento da prestação e avaliação dos serviços públicos.

De igual modo, destacam-se duas outras alterações que, contudo, esvaziaram a amplitude quanto à forma de se avaliar a conduta dos servidores, em face da supressão das comissões de ética, que teriam atribuição para conhecer das consultas, denúncias e representações contra servidor público e da que excluiu o regramento

76 Como bem lembrou Emerson Gabardo, em artigo publicado na Revista Eletrônica Direito do Estado (2017, nº 367), “a norma restringe o conceito às entidades designadas: ou seja, os três Poderes da União, Estados Distrito Federal e Municípios, além da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. Por um lado, não seria necessário citar estes dois últimos órgãos, que já estão açambarcados pelo conceito geral; por outro lado, faltou uma salutar menção expressa ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas”.

relativo ao processo administrativo específico para apuração dos danos causados pelos prestadores de serviços públicos aos usuários, terceiros e ao próprio Poder Público, com prazos determinados para cada procedimento ou fase processual.

Em comparação com a realidade estrangeira, no âmbito da Comunidade Europeia, por exemplo, a concepção tradicional dos serviços públicos – na linha do pensamento da Escola de Bordeaux – experimentou modificações conceituais de maneira a se adequar ao contexto globalizante da economia de mercado. Nessa perspectiva, a tradicional definição dos serviços públicos consolidou-se, segundo esclarece Bezerra (2008, p. 130-131), na dimensão conceitual dos denominados *serviços de interesse geral* que tende a se amoldar às realidades subjacentes dos países integrantes daquela comunidade.

Na maior parte daqueles países tais serviços, ainda conforme enunciação de Bezerra (2008, p. 120), são de natureza não econômica (escola obrigatória e proteção social), ligados às funções soberanas e básicas do Estado (segurança e justiça) e de interesse econômico geral (energia elétrica e telecomunicações). Dessas modalidades, apenas os serviços ligados à soberania estatal estavam, num primeiro momento, sob a execução do Poder Público. Os demais foram delegados às empresas particulares tendo retornado às mãos do Estado em momento subsequente, exceto nos países da *common law*, que os mantiveram na iniciativa privada.

Atualmente, entretanto, a atuação estatal vem cedendo à iniciativa privada, sob as vestes de uma regulação intervencionista mitigada, a corroborar a necessidade de se abrir o monopólio nas atividades econômicas que não mais o justificariam, esclarece a autora (BEZERRA, 2008, p. 131).

Humberto Martins (2015, p. 3), lembrou em recente artigo publicado⁷⁷ que o direito português, já contemplava a proteção aos

77 Humberto Martins: É preciso um código de proteção aos usuários de serviços públicos? (*in*) Revista eletrônica Consultor Jurídico, junho de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-22/direito-civil-atual-preciso-codigo-protecao-aos-usuarios-servicos-publicos?>>

usuários dos serviços públicos, desde a edição do decreto-lei nº 135, de 22 de abril de 1999, referindo que a exposição de motivos do decreto lusitano se aplica como justificativa para a lei brasileira, pelo menos em dois pontos, assim articulados: a- modernização e implantação da cultura do “serviço público” e b- consolidação e sistematização da legislação protetiva num único diploma legal.

Na exposição de motivos do referido decreto, é possível verificar as bases que teriam amparado o legislador brasileiro na busca de sedimentar a proteção e a defesa dos usuários dos serviços públicos, assim:

As exigências das sociedades modernas e a afirmação de novos valores sociais têm conduzido, um pouco por todo o mundo, ao aprofundamento da complexidade das funções do Estado e à correspondente preocupação de defesa dos direitos dos cidadãos e respeito pelas suas necessidades face à Administração Pública. A resposta pronta, correcta e com qualidade, que efective direitos e viabilize iniciativas, não se compadece com processos e métodos de trabalho anacrónicos e burocráticos, pouco próprios das modernas sociedades democráticas, que devem superar conflitos de valores da tradicional cultura administrativa, face às imposições dos actuais ritmos de vida e às aspirações cada vez mais exigentes do cidadão, cliente do serviço público. [...] A dispersão das medidas e diplomas legais que têm vindo a ser publicados de há 20 anos a esta parte, em matéria de modernização administrativa, impõe ao Governo a decisão de racionalizar, sistematizar e inovar, num único diploma, as normas de âmbito geral aplicáveis à Administração Pública e aos seus agentes, por forma a facilitar o acesso às mesmas por parte dos seus destinatários e a torná-las mais conhecidas e transparentes ao cidadão, cliente do serviço público. Paralelamente, dos sistemas de audição de utentes já implantados e da vontade generalizada dos parceiros sociais resultou a necessidade de criar novos mecanismos de modernização administrativa que garantam uma maior aproximação da Administração aos cidadãos, bem como de rever e aperfeiçoar os sistemas internos de gestão, organização e funcionamento, de forma a melhorar a qualidade dos serviços prestados à colectividade e apostar numa clara cultura de serviço público que contribua, decisivamente, para o crescimento e desenvolvimento sócio-económico do País. Neste sentido, o presente diploma, além de acolher um conjunto de disposições legais inovadoras, sistematiza um conjunto de áreas fundamentais na relação cidadão-Administração, tão vastas e variadas como são o acolhimento e atendimento ao público, a comunicação administrativa, a simplificação de procedimentos,

a audição dos utentes, os sistemas de informação para a gestão e a divulgação de informação administrativa. [...]

Ao comentar sobre o serviço público na Constituição Portuguesa, Canotilho com apoio em Battini revela que o Estado Social juridicamente conformado no Texto Constitucional de 1976, tem experimentado várias revisões no sentido da “redefinição do papel do Estado” sem, contudo, alterarem o paradigma socialmente prestacional da ordem constitucional portuguesa:

Sob o ponto de vista da garantia de direitos sociais, ligados às prestações ou tarefas que as empresas realizam, cumpre destacar as regras respeitantes aos serviços de interesse económico geral (Public Services Obligations, PSO's): garantia de prestações essenciais, acessibilidade de todos os usuários independentemente da localização geográfica (princípio da acessibilidade e disponibilidade universal), preço acessível (affordability) de forma a não tornar impeditivo, para alguns cidadãos, o acesso a essas prestações essenciais. O cidadão social torna-se “cidadão utente” de serviços de interesse económico geral. (BATTINI apud CANOTILHO, 2003, p. 354).

É de se notar, portanto, que a preocupação com a efetiva proteção ao usuário dos serviços públicos está na mesma direção do que se exige em outros países, sobretudo, no que respeita à superação do modelo burocrático ineficiente, com pouca qualidade e de alto custo, pela busca de um modelo que garanta as várias formas de liberdade das empresas, mediante a regulação pública das “regras do jogo” (ARINO ORTIZ apud CANOTILHO, 2003, p. 351).

2.1.2. PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE O SURGIMENTO DE UM SISTEMA COMUNICANTE ENTRE NORMAS CONSUMERISTAS E PRESTACIONAIS. EXISTÊNCIA DE UM DIÁLOGO DE “RECÍPROCAS INFLUÊNCIAS”.

Parece ser evidente que a adoção de medidas conducentes ao aprimoramento do serviço público prestado de forma direta, indireta ou por delegação do Estado, se apresenta como sendo uma das maneiras de se consolidar o caminho para o crescimento econômico e o desenvolvimento social.

Assim, em resposta à pergunta formulada sobre a distinção proclamada na nova lei, tem-se que o novo regramento realmente pretendeu estabelecer não uma diferença ontológica entre as relações existentes (de consumo e de atendimento às necessidades sociais), mas uma distinção funcional (ou de aplicação), criando um sistema comunicante entre as relações de consumo e aquelas ligadas à utilização dos serviços públicos. Explica-se.

A relação de consumo cuja base seja um serviço público prestado pelo particular continuaria sob a abrangência normativa do CDC, aplicando-se a ela as regras consumeristas de forma especial.

Quando, porém, a relação se der na perspectiva da utilização de um serviço público prestado direta ou indiretamente pelo Estado, aplica-se a lei nº 13.460/17, também de modo especial.

A principiologia de ambas as normas, contudo, se interpenetra, fazendo com que haja uma comunicação necessária e finalística entre as esferas consumerista e prestacional.

O que se verifica, portanto, é a ampliação da base protetiva dos direitos fundamentais ligados, de um lado, às relações provenientes da economia de mercado (relações de consumo) e, de outro lado, às relações fundamentadas na prestação de serviços públicos (atividades administrativas e econômicas de atendimento às necessidades sociais).

Essa comunicação, entretanto, já havia sido sinalizada pelo legislador, quando elaborou as leis nº 8.987/95 (que dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos) e nº 9.074/95 (que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos), nas quais se mostra nítido o inter-relacionamento das normas de consumo e de prestação, como observa Wurster (2006, p. 6):

É importante salientar, de qualquer forma, que o Estado está obrigado a prestar serviços seguros e adequados independentemente do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor. Ainda, é relevante notar que, ao se afirmar que o regime público de Direito Administrativo se sobrepõe ao sistema protetivo previsto no CDC, não significa deixar

o usuário sem cobertura. Em primeiro lugar, em razão do princípio da eficiência, previsto expressamente no art. 37 da Constituição Federal; em segundo lugar, por força das disposições previstas nas leis ordinárias que disciplinam a prestação de serviços públicos mediante concessão, ou que prevêem forma de controle e gestão via agências reguladoras. (WURSTER, 2006, p. 6).

Noutro aspecto, como foi mencionado em linhas volvidas, para que a consecução dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pelo Estado seja verdadeiramente qualificada, exsurge como imprescindível normatizar a proteção e defesa dos usuários dos serviços públicos, pois os recursos financeiros são escassos e as necessidades públicas se mostram cada vez mais numerosas, maiores e complexas, como expressão da própria evolução social.

Nessa vertente, o segundo aspecto da lei seria o de fincar a premissa de que a eficiência na prestação do serviço público deve atender a, pelo menos, duas ordens categóricas de eficiência: a- da qualidade; b- da racionalidade.

Qualidade no sentido lembrado por Paludo (2013, p. 202):

Além de satisfazer o cliente-cidadão, a qualidade na Administração Pública visa à redução de custos e à melhoria contínua dos processos. No contexto do Pdrea, a qualidade tem no processo o seu centro de ação, e compreende: a definição clara dos clientes (internos e externos) e dos resultados esperados; a geração dos indicadores de desempenho; e a preocupação constante em fazer certo na primeira vez, envolvendo todos os servidores com o compromisso de satisfazer o cliente (Caderno Mare, nº 04). (PALUDO, 2013, p. 202).

Racionalidade que pode ser implementada mediante a aplicação das novas tecnologias gerenciais, de governança (organização, gestão de recursos e transparência) e de *accountability*⁷⁸ (utilização ótima de recursos e prestação de contas).

Para que se possa obter o resultado da gestão dos serviços

78 De acordo com Augustinho Paludo, o termo *accountability* pode ser entendido como “a capacidade do sistema político de prestar contas de suas promessas aos cidadãos”. Em auditoria, *accountability* é “a obrigação de responder por uma responsabilidade outorgada”. Isso incluiu o lado que delega responsabilidade e o lado que presta contas pelos recursos utilizados. (PALUDO, 2013, p. 135).

próximo a um parâmetro ideal, é preciso lançar mão das novas técnicas gerenciais, tais como as mencionadas por Paludo (2013), de melhoria contínua (Kaizen), de medição dos serviços (Benchmarking), de fazer certo desde a primeira vez (Ciclo PDCA), de identificar as causas que se repetem nos problemas (Diagrama de Pareto), dentre outras, que somente podem ser implementadas mediante capacitação de pessoal e melhoria dos sistemas de tecnologia, que implica em gastos.

Dessas premissas, ressei para o Estado o dever de prestar o serviço adequado e, para o cidadão, o direito de fiscalizar e de cobrar os resultados.

2.2. PARTICIPAÇÃO DA CIDADANIA NA FISCALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PRESTACIONAL

Decorrente da necessidade de se reconfigurar a atividade administrativa a partir da consecução dos serviços públicos, a participação efetiva da sociedade no novo modelo de controle social decorre da necessidade de se preencher espaços nos quais o Estado, por deficiência ou falta de recursos para prover os meios adequados ao exercício pleno da atividade administrativa, deixa ao largo a atuação eficiente.

Parece óbvio afirmar, contudo, que a lógica de mercado (valor econômico) é distinta da lógica das necessidades públicas (valor ético de socialidade), embora em algum ponto o contato seja inevitável e isto faz com que, em certa medida, estejam ambas a serviço da obtenção de utilidades que possam melhorar os ganhos econômicos de uns em favor dos ganhos sociais de outros.

Como observado, qualidade e racionalidade no serviço público demandam fiscalização e controle. Tais desideratos, para serem alcançados, devem contar com a mais ampla participação social, tanto das organizações e associações, como dos conselhos e dos próprios indivíduos por si mesmos, não mais como meros espectadores ou coadjuvantes da atuação administrativa, mas como principais agentes modificadores da realidade.

De outro lado, porém, não se pode pretender, na linha do

pensamento de Bucci (2006), “a desqualificação do direito administrativo e sua substituição por um ‘padrão gerencial’, que isoladamente, não constituem solução”. (BUCCI, 2006, p. 24).

A proposta doutrinária da autora aponta o sentido:

No entanto, ao invés de partir da premissa adotada pelo administrativista argentino de que os administrados são indefesos em face da Administração Pública, entendo que a tônica não deva ser a da polarização Estado versus cidadãos, mas sim a de como fazer com que os cidadãos sejam realmente senhores dos destinos do Estado e que a Administração Pública seja o aparelho institucional para a realização desse propósito voltada à execução dos fins de interesse coletivo (BUCCI, 2006, p. 26-27).

Ao criticar os termos da lei nº 10.294/99 do estado de São Paulo, que dispôs sobre a proteção e defesa dos usuários dos serviços públicos, Bucci (2006, p. 188) deixa claro que:

O efeito equivalente ao do Código de Defesa do Consumidor para a formação da cidadania seria o desenvolvimento de uma percepção de cada indivíduo sobre si mesmo como alguém dotado do “direito a ter direitos”. (BUCCI, 2006, p. 187-188).

Sob tal enfoque é preciso considerar que a efetiva participação da sociedade na fiscalização e no auxílio ao direcionamento da melhor forma de serem prestados os serviços públicos, é um componente importante para a realização da cidadania plena.

Com o crescimento exponencial das necessidades da sociedade de consumo e a redução (ou a escassez, em alguns casos) dos recursos direcionados ao seu atendimento, é preponderante que haja uma concatenação entre os modos de se operar tal equação. Nessa perspectiva, vale a lembrança sempre percuciente de Canotilho (2010, p. 13) de que o “direito é política, o direito é economia”.

Ao entabular questionamentos acerca do modelo de “ação social universal insinuado pela ‘governance’ do terceiro capitalismo”, Canotilho (2010, p. 18) critica o fato de que a empresa privada possa ser a única capaz de responder a um “modelo de ação social universal”, nos moldes propostos por Pietro Barcellona (1993 apud

Canotilho 2010, p. 18).

Porém, os pressupostos econômico-financeiros do Estado Social estariam balizados, segundo o constitucionalista português, por quatro condições básicas:

1- provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária; 2- estrutura de despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); 3- orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; e 4- taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3% pelo menos ao ano). (CANOTILHO, 2010, p. 19-20).

Daí se vê que o Estado, para que possa realmente se desincumbir de desempenhar a atividade prestacional, precisa estar inserido num ambiente macroeconômico amplamente favorável, do ponto de vista fiscal e orçamentário, hipótese que se apresenta cada vez mais difícil, mas absolutamente necessária, em termos concretos.

Logo, em circunstâncias econômicas globais cada vez menos propensas à realização de investimentos estruturantes, cumpre à cidadania o papel fundamental de fiscalizar e controlar a consecução dos serviços públicos, sejam os prestados direta ou indiretamente pelo Estado e os realizados de forma delegada à iniciativa particular.

A participação popular na Administração Pública, “decorre da transparência, que, por seu turno, deriva da democracia”, conforme assentou Martins Júnior (2004), por meio dela,

O administrado conhece a intenção administrativa e suas razões; participa da gestão pública, influenciando no respectivo processo. O princípio da participação política constitui verdadeira ampliação juspolítica da cidadania, pela definição constitucional do Estado como Democrático de Direito e pela declaração da origem do poder político no povo pela representação e pela participação, cujas formas (direta e semidireta) se aplicam à Administração Pública. (MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 294).

E não poderia ser diferente, já que a Administração Pública integra o poder político do Estado e como tal, pressupõe sua origem e titularidade no povo. Logo, “a participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito” (MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 296).

É intuitivo que a participação popular nos negócios do Estado enseja uma tendência moderna na relação entre este e a sociedade. Seu fundamento reside, conforme lição de Odete Medauar trazida por Martins Júnior (2004):

Na recíproca coordenação (em vez de rigorosa separação ou fusão), a participação é incluída entre os meios de alteração do modelo de atuação dos complexos burocráticos estatais: rompe a clássica dualidade radical entre autoridade e liberdade, mediante a atuação direta do administrado na atividade administrativa (e na formação de suas decisões), objetivando maiores graus de coincidência possível entre a realidade social e o conteúdo das decisões administrativas e de obtenção da adesão dos cidadãos. (1992 apud MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 297).

Na atual quadra da experiência social e econômica brasileira, na qual as contingências financeiras integram a ordem do dia para a Administração Pública, a participação popular é de suma importância para a conjugação do processo de formulação e execução das políticas públicas, senão para orientar a tomada de decisão, em última análise.

A delegação de serviços, o contrato de gestão, o termo de parceria, os convênios administrativos já são formas de participação cooperada conhecidas e fomentadas pelo ordenamento jurídico, conforme esclarece Martins Júnior (2004, p. 324-325).

O autor citado lembra que a participação popular aduz elementos exteriores ao exercício da função pública e à gestão do interesse público, variando o grau de intensidade na influência e na partilha da decisão, sendo certo que deve haver a “identificação de um núcleo de incidência da participação popular e de seus instrumentos”, devendo tais instrumentos ser adotados “nos assuntos de expressividade transcendente, de indivisibilidade natural, de indeterminação subjetiva

ou de maior impacto da atividade administrativa na população e na gestão de recursos públicos”. (MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 333).

Grande parte da doutrina administrativista reconhece a necessidade de se abrir a gestão da coisa pública à sociedade, como forma de dar sustentabilidade às decisões administrativas, tornando o processo realmente democrático. Como visto, os graus de intensidade podem variar a depender do setor de atuação e da atividade desempenhada, mas essa abertura parece ser inevitável, notadamente quando se verifica uma gravosa contenção dos gastos públicos consubstanciada, inclusive, no novo regime fiscal aprovado pelo Congresso Nacional e materializado pela emenda constitucional nº 95/2016.

Na esteira desse raciocínio, Milton Coelho Neto (2002) destaca que a estratégia de sustentabilidade para a estruturação do Estado deve estar relacionada à transparência e à responsabilidade compartilhada com a sociedade, cuja implementação passa pelo menos por três vertentes: 1 - publicidade de governo, de forma estrutural e continuada quanto aos resultados da gestão, excluindo-se do conceito a denominada *informação publicitária*; 2 - prestação de contas de sucessos e fracassos; 3 - participação da sociedade por meio da responsabilidade compartilhada da gestão pública. (COELHO NETO, 2002, p. 321).

Enfim, se Weber centrava o funcionamento da Administração Pública no trinômio, *burocracia, eficiência e legitimidade*, segundo revela Marcos Augusto Perez (2006), para este autor, aquele trinômio passa a ser reescrito como sendo participação, eficiência e legitimidade (PEREZ, 2006, p.168). (grifos no original).

2.3. CONTROLE SOCIAL COMO FORMA AUXILIAR DE REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA DO ESTADO E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE CONTEÚDO ECONÔMICO E SOCIAL

Antes de adentrar ao último tópico deste trabalho, é preciso fazer a distinção entre participação popular e controle social, nos moldes

dos esclarecimentos fornecidos por Vanderlei Siraque (2005, p. 112):

O *controle social* é distinto da *participação popular*. Esta ocorre no momento da tomada de decisões, antes ou concomitantemente à elaboração do ato da Administração; é um poder político de elaboração de normas jurídicas. O *controle social* pode concretizar-se em dois momentos: 1) análise jurídica da norma estabelecida pela Administração Pública, como a relação de compatibilidade com outras normas de hierarquia superior; 2) fiscalização da execução ou aplicação dessas normas jurídicas ao caso concreto.

A diferença fundamental entre *participação popular* e *controle social* é a seguinte: *participação popular* é partilha de poder político estatal e *controle social* é direito público subjetivo de o particular de forma individual ou coletivamente, submeter o poder político estatal à fiscalização. (SIRAQUE, 2005, p. 112).

Vista a distinção, em linhas pretéritas, afirmou-se que os serviços públicos devem ser entendidos como uma forma de atividade econômica “em sentido amplo”, o que necessariamente obriga à compreensão do que venha a ser entendido como atividade econômica, em sentido estrito.

Atividades econômicas, em geral, na esteira do que ensina Américo Luís Martins da Silva (2002, p. 3) “são aquelas atividades humanas que satisfazem as necessidades materiais da sociedade e dos indivíduos que a compõem”, porém, de acordo com o precitado autor, esta definição genérica excluiria de seu contexto os serviços remunerados e aqueles oferecidos de maneira gratuita ao público, que teriam sem dúvida caráter econômico.

Por tais razões e em vista de corrigir o equívoco apontado, o autor compreende que toda atividade econômica visa ao atingimento do corpo social, pois “seria econômica toda atividade que consista em tarefas diferenciadas e complementares a outras atividades também econômicas”. (SILVA, 2002, p. 3).

Logo, nessa perspectiva, toda atividade prestacional (material) do Estado teria uma razão econômica a fundamentá-la uma vez que a

“aplicação do esforço humano, visando a obter, por meio de bens ou serviços, gratuitos ou onerosos, a satisfação das necessidades” seja ela material ou imaterial, seria originária da atividade econômica, como salienta Silva (2002) apoiado na lição de J. Petrelli Gastaldi. (1998 apud SILVA, 2002, p. 4).

Mesmo os serviços próprios do Estado – aqueles essenciais à coletividade e prestados, em tese, de forma gratuita (ou não onerosa) – exigem a contrapartida financeira que somente pode ser atingida mediante receitas correntes e de capital, que por sua vez pressupõem o resultado de uma atividade econômica, do Estado ou do corpo social, a ser computado nos respectivos exercícios da gestão financeira.

Logo, tais receitas integram as dotações que devem estar consignadas na lei de orçamento para o atendimento das respectivas despesas.

Tanto é assim que os serviços (privados e governamentais) são considerados para efeito de balanço de pagamentos dos indicadores econômicos consolidados no IBC-Br, por exemplo.⁷⁹

Desse modo, é forçoso constatar que quanto mais aprimorada e rentável for a atividade econômica de um país, maior será o direcionamento de recursos para o atendimento das necessidades públicas, mas o contrário também se aplica nesta formulação.

Como o cenário econômico brasileiro enfrenta índices de retração, com aumento da capacidade ociosa dos meios de produção, dos índices de desemprego e, conseqüentemente, do endividamento das pessoas e empresas, tanto maior serão as dificuldades no atendimento das necessidades públicas da sua sociedade. Em tempos de escassez de recursos, é imprescindível racionalizar os gastos.

Assim, gerenciar os recursos públicos e a sua boa aplicação, bem como definir com precisão as metas de crescimento e desenvolvimento a serem atingidas e planejar eficazmente os meios para alcançá-las,

79 O IBC-Br é um índice de atividade econômica do Banco Central, cujo conceito é o de “indicador mensal contemporâneo da atividade econômica nacional” e se apresenta como uma prévia do PIB nacional.

são tarefas que se impõem ao Estado brasileiro para o resguardo da Constituição Econômica.

Nesse aspecto, a implementação de um efetivo controle social sobre a atividade prestacional do Estado e dos seus delegados, se apresenta como uma das formas de se aprimorar a democracia participativa e a cidadania. Resta aferir os meios e a medida desse controle. A regulação social pode ser uma das formas.

Visto que a atividade econômica permeia em grande medida a atuação do Estado, cumpre detalhar como a regulação social poderia atuar em conjunto com a Administração Pública, tanto nos serviços próprios, como nos serviços impróprios.

Em primeiro plano, cabe asseverar que eventual controle social, como forma de regulação da atividade econômica, mostra-se relevante, primordialmente, nos serviços impróprios nos quais a atividade econômica se verifica de forma acentuada.

Assim, de acordo com Américo Luís da Silva (2002, p. 135), o Estado realiza atividade econômica propriamente dita nas seguintes modalidades: a- previstas no artigo 173 da CF e reservadas à iniciativa privada, mas que o Estado executa por motivos segurança nacional ou relevante interesse coletivo; b- naquelas realizadas como típicas formas de monopólio; c- aquelas assumidas como serviço público para execução direta ou indireta (art. 175, CF).

Essas atividades, portanto, se mostram mais propensas à regulação social, embora como será visto adiante, esta poderá ser atribuída também aos serviços públicos próprios.

Regular é o ato de estabelecer regras. Nesse sentido, o controle social poderia atuar na forma de estabelecer regras tanto para as atividades econômicas do Estado como para os serviços públicos de conteúdo econômico e social?

Em princípio a resposta se mostra negativa, pois o mecanismo de controle social consiste na “análise jurídica da norma e na fiscalização da sua correta aplicação”, como se verifica, por exemplo, nos

orçamentos participativos.

O conceito de regulação econômica, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 21), parte da conjugação de elementos ligados ao estabelecimento de regras de conduta para as atividades privadas, visando ao funcionamento equilibrado do mercado.

De acordo com Di Pietro (2004, p. 22), a definição de regulação suplanta a noção ligada estritamente à economia e, portanto, ao mercado. Na opinião da autora, o aspecto jurídico da regulação também deve ser levado em conta, principalmente nos serviços públicos exclusivos e naqueles não exclusivos do Estado.

Para essas áreas, segundo Di Pietro (2004, p. 22), o conceito de regulação econômica não se adapta inteiramente, porque a finalidade não é de ordem econômica, mas de ordem social:

Daí ser preferível conceito mais amplo, em que estejam presentes os dois primeiros elementos já assinalados (fixação de regras de conduta e controle), mas se amplie o terceiro elemento, referente à finalidade da regulação, que é a de proteger o interesse público ou, mais precisamente, o interesse do usuário dos serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado. (DI PIETRO, 2002, p. 22).

Para a autora citada, regulação econômica e social dos serviços configura, em última análise, uma regulação jurídica. Assim:

Nesse sentido, a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público (DI PIETRO, 2002, p. 22).

Quando se fala em controle social como instrumento de regulação da atividade econômica, evidentemente não se está atribuindo à sociedade o papel de autoridade administrativa ou legislativa, exercente do poder direto de fiscalização (poder de polícia) ou de normatização (poder de legislar), mas na atuação efetiva conjunta em conformidade com os

Direitos fundamentais de informação, de petição e de certidão dos órgãos públicos e os princípios da publicidade, da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, da soberania popular e, em

especial, o princípio republicano. (SIRAQUE, 2005, XI).

Desse modo, a missão de regular a atividade econômica atribuível ao controle social dos gastos públicos, se relaciona muito mais a um “aperfeiçoamento do sistema econômico dual” do que meramente a uma “visão funcional” desse mesmo sistema, na medida em que atua qualificando-os e quantificando-os.

Marcos Juruena Villela Souto (2008, p. 1) observa, ao tratar da insuficiência de recursos e a função regulatória, que:

A insuficiência de recursos públicos para atendimento de todos os anseios e expectativas confiados pela sociedade ao Estado e a busca da eficiência nesse atendimento levou à substituição do Estado gestor pelo Estado orientador das atividades voltadas à concretização do interesse geral; fruto do princípio da subsidiariedade, a regulação representa a disciplina jurídica da atividade econômica privada em segmentos relevantes para o desenvolvimento social. (SOUTO, 2008, p. 1).

Evidentemente, a competência para elaborar a norma geral sobre a regulação dos serviços prestados (marco regulatório) e as normas específicas de cada um dos setores envolvidos, não poderia ser estendida aos usuários, mas, sim, outra forma de regulação, observada por Marcos Juruena Villela Souto (2008, p. 5-6), relacionada à uma espécie de função judicante (ou extrajudicante) à maneira dos já existentes conselhos paritários de deliberação (de contribuintes, de direitos humanos, de segurança pública, da criança e do adolescente):

Os atos regulatórios que fixam tarifas, que aprovam reajustes, que aplicam penalidades aos agentes envolvidos num segmento regulado representam a terceira etapa da atividade regulatória (a primeira, a regulação normativa; a segunda, regulação executiva): a regulação judicante, que tem por objetivo a solução de conflitos entre os agentes, mais uma vez buscando o equilíbrio entre os envolvidos. Essa função judicante já vinha sendo normalmente desenvolvida no âmbito da administração pública (os conselhos de contribuintes, os conselhos de recursos de servidores públicos) que funcionam de forma inquisitorial, ou seja, aos olhos das partes envolvidas, a Administração é, a um só tempo, julgadora e parte no processo. A função regulatória deve ser equidistante, garantindo a imparcialidade e o caráter de agente externo na solução do conflito. A independência

é instrumento, mas não algo indispensável ao exercício da função regulatória. (SOUTO, 2008, p. 5-6).

A lei nº 13.460/2017 ao criar as ouvidorias dos serviços públicos, atribuiu-lhes como uma de suas funções precípuas, a de “promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário”, em claro atendimento à Política Nacional de Participação Social (PNPS), instituído pelo decreto nº 8.243/2014.

No mesmo sentido, a precitada lei também instituiu os conselhos de usuários que possuem atribuições para acompanhar a prestação dos serviços, participar da sua avaliação, propor melhorias na sua prestação, contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário, sem prejuízo de outras formas previstas na legislação, conforme estabelecido em seu artigo 18.

Para Souto (2008, p. 276), é preponderante a conciliação entre eficiência econômica com eficiência social, como forma de qualificar a gestão pública:

A idéia de eficiência econômica deve ser conciliada com a de eficiência social, de modo que a eficiência administrativa resulte de escolhas tecnicamente corretas para a produção de um resultado socialmente aceito e, acima de tudo, desejado. Isso exige a opção entre a gestão pública e a gestão privada dos serviços públicos. Na organização administrativa, o Estado deve priorizar a atuação nos setores e regiões que não são admitidos ao setor privado. É o caso dos serviços que exigem atos de autoridade e, portanto, personalidade jurídica de direito público para o seu desempenho, como, por exemplo, na segurança pública e defesa do território. (SOUTO, 2008, p. 276).

A Administração Pública da União, por meio da sua Controladoria Geral, desenvolve ações institucionais de incentivo ao exercício do controle social, como o programa “Olho vivo no dinheiro público” e a 1ª Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social – “Consocial”.⁸⁰

80 Convocada pelo decreto presidencial de 8.12.2010 e realizada em Brasília/DF, entre 18 e 20 de maio de 2012, com a participação de 1,2 mil delegados, cujo tema central foi “A Sociedade de Acompanhamento e Controle da Gestão Pública” que teve como objetivo promover a

O programa desenvolvido pela CGU em parceria com a ONG Avante, foi ampliado passando a ter como foco o seguinte:

Em sua fase atual, o programa Olho Vivo no Dinheiro Público está voltado principalmente para a capacitação dos cidadãos para o exercício do controle social dos recursos públicos, com atividades presenciais e a distância, incluindo instrução teórica e aulas práticas in loco nas áreas de saúde, educação e assistência social. Faz parte também do Olho Vivo no Dinheiro Público a criação e distribuição de questionários, cartilhas e manuais com informações sobre o exercício do controle social, inclusive abordando programas de governo específicos, como o Bolsa Família. (CGU, 2014).

Iniciativas como essas revelam o importante papel que o controle social pode desempenhar na busca e aperfeiçoamento de um sistema democrático de acompanhamento e fiscalização das ações e serviços públicos prestados à sociedade, sobretudo, auxiliando na indicação da quantidade de recursos públicos e em quais setores devam ser empregados. Como bem destacam Mourão, Ferreira e Piancastelli (2017, p. 154):

O controle social, portanto, interfere positivamente na aplicação esmerada de recursos e na qualidade do gasto público efetuado, uma vez que o acompanhamento da gestão se dá por estamentos democráticos de controle locais, legitimados pela própria comunidade local, prevenindo a ocorrência de desvios de modo muito mais eficaz e tempestivo. (MOURÃO; FERREIRA; PIANCASTELLI, 2017, p. 154).

Porém, é justamente na fiscalização do orçamento público que o controle se mostra mais eficaz à luz do direito econômico. O ponto de partida para essa atuação fiscalizadora é o programa governamental, já que no Brasil é adotada a técnica do orçamento-programa, que se desdobra em diversas etapas e modalidades, como pontuam Mourão, Ferreira e Piancastelli (2017, p. 154-155).

Segue daí que a participação e o controle social na elaboração do programa e na execução do orçamento público, são fatores que

transparência pública e estimular a participação da sociedade no acompanhamento e controle da gestão pública, contribuindo para um controle social mais efetivo e democrático. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/controle-social/consocial>. Acesso em: 13.4.2018.

contribuem diretamente para a gestão ótima dos recursos alocados, tanto que a ONU reconhece o orçamento participativo como uma das formas de controle social com eficácia comprovada:

A experiência foi considerada pela ONU uma das 40 melhores práticas de gestão pública urbana no mundo. O Banco Mundial reconhece o processo de participação popular de Porto Alegre como exemplo bem-sucedido de ação comum entre governo e sociedade civil. Afirma ainda que muitas cidades de outros países, como é o caso de Saint-Denis (França), Rosário (argentina), Montevideu (Uruguai), Barcelona (Espanha), Toronto (Canadá) e Bruxelas (Bélgica), adotaram o orçamento participativo seguindo os passos de Porto Alegre. (MOURÃO; FERREIRA; PIANCASTELLI, 2017, p. 160).

Na linha do que ensina Nusdeo (2000), não faz sentido distinguir o econômico do social, pois, ao final e ao cabo, “o que se discute e o que ocorre é a aplicação de recursos escassos da comunidade em dadas finalidades. E assim, o campo social integra o campo econômico”. (NUSDEO, 2000, p. 93-94).

Logo, o que se observa é que para que haja o desempenho eficiente da prestação dos serviços públicos, sejam os executados direta ou indiretamente pelo Estado ou os realizados pelo particular, por delegação, a questão econômica e a questão social estarão no centro da atuação prestacional ao redor do qual a qualidade e a racionalidade haverão de orbitar.

Ao arrematar a crítica sobre a distinção entre o campo social e o econômico, Fábio Nusdeo traz o alerta de que “a aplicação de recursos em fins sociais não justifica a falta de racionalidade às vezes a ela associada. Em suma, embora consagrada, a distinção é artificial e pouco científica”. (NUSDEO, 2000, p. 95).

Desse modo, é possível concluir que a atividade econômica não se encontra desatrelada do seu objetivo social que é o de criar as bases sobre as quais a tarefa de bem servir ao cidadão deve se consolidar, pois, no final das contas, aqueles que trabalham, os que produzem e mesmo aqueles que não podem oferecer a contrapartida financeira, são os que pagam ou necessitam dos serviços públicos, seja sob a

forma do recolhimento de tributos, do pagamento dos preços e tarifas públicos ou mesmo como simples beneficiários devendo, por isso, terem respeitados os seus direitos como usuários e como agentes do crescimento econômico e do desenvolvimento social.

3. CONCLUSÕES

A lei nº 13.460/2017 supriu a mora legislativa verificada desde a EC 19/1998, que acrescentou o § 3º e os incisos de I a III ao artigo 37, da Constituição da República completando, juntamente com a lei nº 12.527/2011, a regulamentação do referido parágrafo.

Essas leis somadas às leis nº 8.987/1995, 9.074/1995 e 8.078/1990, formam um conjunto ordenado de proteção aos utentes dos serviços públicos prestados de forma direta, indireta ou por delegação e, subsidiariamente, aos consumidores desses serviços, completando o sistema de defesa e proteção aos usuários e consumidores estabelecido na Constituição Federal.

O sistema formado a partir das normas constitucionais e infraconstitucionais opera em comunicação (diálogo) permanente, cujas influências se mostram recíprocas em seu interior, embora sejam distintos os conceitos e a natureza das relações jurídicas verificadas em cada âmbito de proteção (de consumo e prestacional).

O usuário do serviço público não perdeu a sua identificação como consumidor do serviço público, mas experimenta essa característica apenas quando presentes aspectos microeconômicos (regime de mercado) eventualmente verificados em concreto.

A regulação social dos serviços públicos se mostra como instrumento auxiliar à política de regulação estatal (social e econômica), desempenhando os usuários de serviços públicos papel preponderante na fiscalização dos gastos e na execução dos serviços, com vista ao aprimoramento da democracia participativa, devendo atuar nas deliberações administrativas como importantes *players* na função regulatória judicante e extrajudicante do Estado.

REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos – doutrina, jurisprudência e legislação* (in) Coleção direito econômico (Coord.) AGUILLAR, F.H. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2009.
- ALVES, Evaldo. Administração pública – direito administrativo, financeiros e gestão pública: prática, inovações e polêmicas (Org.) FIGUEIREDO, C.M. e NÓBREGA, M. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. (In) RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 225, p. 217-219, jul./set. 2001. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47574/44902. Acesso em: 20.3.2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COELHO NETO, Milton. *A transparência e o controle social como paradigmas para gestão pública no estado moderno*. (In) Administração pública – direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas (Org.) FIGUEIREDO, C.M. e NÓBREGA, M. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)* (In) Direitos fundamentais sociais. (Coord.) CANOTILHO, J.J.G.; CORREIA, M.O.G.; CORREIA, E.B. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: editora Forum, 2ª edição, 2004.
- FERNANDES, Ciro Campos Christo. *A Reforma administrativa no Brasil: avanços e limites 1995-98*. [http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros Papers/PublicAdministrationReform-Portugues.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros%20Papers/PublicAdministrationReform-Portugues.pdf).
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. *A proteção jurídica do usuário do serviço público entre o direito administrativo e o Código de defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional*. (In) Revista de Direito Brasileira, [S.l.], v. 15, n. 6, p. 311-336, dez. 2016. ISSN 2358-1352. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3065>. Acesso em: 25 fev. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2016.v15i6.3065>.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa – publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor – O novo regime*

das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2014.

MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. *Controle democrático da administração pública*. Belo Horizonte: 2017.

NESTOR, Stilson e MAHBOOBI, Ladan. *Privatização de serviços públicos: a experiência da OCDE*. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ocde/ocde04.pdf

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito econômico*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A lei de defesa do usuário do serviço público: promessa ou realidade?* Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/06/26/lei-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-promessa-ou-realidade/> Acesso em: 26.6.2018.

PALUDO, Augustinho. *Administração pública*. Rio de Janeiro: Elsevier, 3ª edição, 4ª tiragem, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Brasília: (In) Revista do Serviço Público, nº 47, janeiro/abril 1996. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf> Acesso em: 19.3.2018.

PORTUGAL. Decreto-lei nº 135/99, de 22.4.1999 (medidas de modernização administrativa). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&cnid=2144&nverso=&tabela=leis. Acesso em: 20.3.2018.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução do direito econômico*. Rio de Janeiro: editora Forense, 2002.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: editora Forense, 2ª edição, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Globalização e direito econômico*. (In) Globalização e direito (Coord.) LEÃO, A.; PAMPLONA FILHO, R. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do estado – possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Função regulatória*. Salvador: (In) Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 13, fevereiro/abril 2008. Disponível em: < <https://direitopoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/a-func3a7c3a3o-regulac3b3ria.pdf> > Acesso em: 20.3.2018.

SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Administração pública*. Texto de palestra proferida nas Jornadas de Estudo NDJ, Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 2007. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/files/file/biblioteca/administracao_publica.pdf> Acesso em: 20.3.2018.

VELOSO, Fernando A; VILELA, André e GIAMBIAGI, Fabio (In) *Determinantes do “milagre” econômico brasileiro (1968-1973): uma análise empírica* (texto para discussão nº 1.273, abril/2007). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs?-TDs/td1273.pdf> Acesso em: 19.3.2018.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. (Org.) H.H. Gerth e C. Wright Mills, (Trad.) Wal-tensir Dutra, (Rev.) Prof. Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: editora LTC, 5ª edição, 1982.

WURSTER, Tani Maria. *Os serviços públicos e Código de Defesa do Consumidor*. (In) Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 14, setembro 2006. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Tani_Wurster.htm Acesso em: 20.3.2018.

ORÇAMENTO PÚBLICO E A TUTELA DE DIREITOS PELO ESTADO: A RELAÇÃO ENTRE A DÍVIDA PÚBLICA BRASILEIRA E A CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bruno Rocha Faria Arantes⁸¹

1. INTRODUÇÃO

No verão de 1757, ao atravessar o Atlântico rumo à Inglaterra, o grande inventor e um dos escritores da Constituição dos Estados Unidos, Benjamin Franklin, vivenciou uma situação dramática. Durante a travessia rumo à Inglaterra, o navio em que estava deparou-se com uma neblina muito densa e, para piorar a situação, foi perseguido por corsários franceses. A nau quase naufragou nas ilhas Scilly, a sudoeste da península da Cornualha, na Inglaterra. A autoridade relatou o ocorrido através de uma carta direcionada à sua esposa: “Se eu fosse Católico romano, talvez devesse nesta ocasião prometer construir uma capela para algum santo. Mas, como não sou, se fosse fazer uma promessa seria a de construir um farol.” (ISSACSON, 2015).

A história relatada pode ser usada como uma metáfora sobre como será o Estado que se almeja *a posteriori*. Falta um farol a ser construído para direcionar quais caminhos o Estado brasileiro deverá cursar ao invés de cultivar um Estado ideal no mundo teleológico apenas. Corsários, neblina densa e problemas virão, mas como direcionar o futuro de um país visando efetivar direitos fundamentais aos cidadãos? Para responder tal indagação é necessário investigar a quadríade que forma os pilares para promover tal intento: o (a)

81 Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

político (a), o texto constitucional, a pecúnia e o cidadão.

A dificuldade *a priori*, se encontra em um componente importantíssimo na dinâmica estatal: o (a) político (a). Na metáfora exposta, muitas vezes será ele (a) que irá manejar o farol. Em uma democracia representativa, modelo adotado pelos Estados Modernos para garantir legitimidade para o poder, este indivíduo tem grande protagonismo em que direção à nau estatal irá cursar. É dele (a) a exegese de analisar quais direitos mais sensíveis devem ser efetivados ao cidadão. As demandas sociais são demasiadas e é por isso que este (a) intérprete da situação fática ao qual o país vivencia é importante.

No âmbito do direito, o texto constitucional não se trata de algo literário apenas. Na Carta Magna foi elencado o fim ao qual se almeja alcançar para o Brasil. Entretanto, apesar de toda esta descrição há um vácuo de direitos usufruídos por milhões de cidadãos brasileiros. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou que 9,8 milhões (nove milhões e oitocentos mil) brasileiros estavam desempregados em 2015, sendo que, 42% deste número eram jovens entre 16 a 24 anos de idade (IBGE, 2016). Este vácuo de políticas públicas para reduzir tais índices faz com que esta situação crítica necessite da luminescência do farol de forma iminente.

O combustível que faz o farol funcionar é a pecúnia. Para direcionar os rumos em que este instrumento irá lumiar é necessário à fonte geradora elétrica, o feixe de luz não alcança todo o oceano. Da mesma forma a pecúnia estatal não consegue abarcar a concretização de todos os direitos fundamentais que a Constituição Federal descreve.

O último e imprescindível pilar para promover a mudança é o cidadão. É ele quem faz parte da tripulação do navio. Cumpre ordens dos capitães e se deixa levar pelas rotas que estes determinam. Porém, sem tripulação não existe navio. O cidadão é o motor do Estado, visto que, sem ele, não se necessitaria de tantas instituições, cortes e togas. É este o pilar que mantém o Estado através de tributos e almeja esperançoso o retorno destes em qualidade de vida.

Na metáfora utilizada, evidenciaram-se quatro premissas básicas

para efetivação de direitos fundamentais: o (a) político (a), o texto constitucional, a pecúnia e o cidadão. Nesta pesquisa, visa-se entender como a articulação entre estes mecanismos pode ser usada como forma de instaurar a concreção de direitos fundamentais. O estudo da Dívida Pública brasileira trata-se de um caso concreto para analisar como estes componentes se comportam em um assunto imprescindível ao país. Desta forma, pretende-se analisar se a Dívida Pública Federal realmente interfere na concreção de direitos fundamentais. Para chegar a tal conclusão se analisará como esta é constituída e como é organizada para, através de dados quantitativos, inferir se há inter-relações entre este instituto e a efetivação de direitos fundamentais pelo Estado brasileiro.

2. A POLÍTICA NA DEMOCRACIA DIRETA ECONÔMICA

Para aspirar às mudanças político-sociais que a sociedade necessita é preciso muito esforço, planejamento e engajamento. É um trabalho de várias gerações, porém é necessário iniciar este processo. O cultor que irá ter protagonismo neste caminhar rumo a uma nova realidade é o (a) político (a). Numa democracia representativa é ele (a) que, como se tivesse uma procuração de milhões de indivíduos, irá impetrar as mudanças sociais e de paradigmas de uma nação. Entretanto, como determinar que ele (a) irá lutar para promover estas mudanças? A economia é uma aliada neste processo? Ludwig von Mises (2010, p. 287) analisou o papel do político na economia:

Seria mais correto dizer que uma constituição democrática é um dispositivo que concede aos cidadãos, na esfera política, aquela mesma supremacia que o mercado lhes confere na sua condição de consumidores. Não obstante, a comparação é imperfeita. Na democracia política, somente os votos dados em favor do candidato ou do programa que obteve a maioria têm influência no curso dos eventos políticos. Os votos colhidos pela minoria não influenciam diretamente as políticas adotadas. Entretanto, no mercado, nenhum voto é dado em vão. Cada centavo gasto tem o poder de influenciar os processos de produção. Os editores não trabalham apenas para a maioria que lê estórias de detetive, mas também para a minoria que lê poesia e tratados de filosofia. As padarias fazem pão não apenas

para pessoas saudáveis, mas também para pessoas doentes, submetidas a uma dieta especial. É a disposição de gastar certa quantidade de dinheiro que confere todo o peso à decisão de um consumidor.

Deste modo, o político arbitra nas questões econômicas sempre sabendo que a tomada de sua decisão desencadeará efeitos em todo o corpo social, não existe voto em vão na dinâmica econômica. Então, para a melhor efetividade da ação governamental, os parâmetros que a economia denota são irrecusáveis. O caráter científico e quantitativo permite a tomada da decisão política com uma maior probabilidade de acerto. O economista Bernardo Guimarães mostrou como esse delimitador econômico interfere na regra do jogo a qual o (a) governante participa:

Em linhas gerais, a visão contemporânea é que para entender a capacidade de uma economia produzir, gerar empregos e riqueza, precisamos entender as escolhas de pessoas que buscam o melhor para si e reagem a incentivos. Contas do governo fora de ordem e inflação fora de controle de fato desestimulam investimentos, mas há muitos outros aspectos importantes para as decisões de investir, trabalhar e inovar. São particularmente enfatizadas as “regras do jogo” de uma economia de mercado – por exemplo, os critérios de avaliação usados pelo ranking do Banco Mundial sobre a facilidade de fazer negócios (doing business). Para a maior parte dos pesquisadores de hoje em dia, são fundamentais para o desenvolvimento fatores como: a existência de uma infraestrutura institucional que não dificulte a vida das empresas; impostos que tenham menos efeitos negativos sobre os incentivos para investir e produzir; e confiança no cumprimento de leis e contratos. (GUIMARÃES, 2015, p.94)

Portanto, o (a) político (a) detém de um grande protagonismo nos rumos da economia, mas, nesta área, devido toda a complexidade que esta engendra somente almejar que algo se concretize com um discurso retórico não é factível. Conforme o filósofo ORTEGA Y GASSET asseverou: “Porque é imoral pretender que uma coisa desejada se realize magicamente, simplesmente porque a desejamos. Só é moral o desejo acompanhado da severa vontade de prover os meios da sua execução” (2002, p. 60).

Esperar que a complexidade econômica atual desencadeasse por si só mudança social é uma ilusão. O anseio por mudanças são iminentes e necessitam de protagonismo deste componente essencial para o Estado. Espera-se que o (a) político (a) venha dirimir a distância entre aquilo que é preceituado na constituição e aquilo que é vivenciado pelos cidadãos. O fator econômico pode ser um mecanismo para aproximá-los. Entretanto, a realidade deste componente político mostra-se bastante temerária. Sobre o caso concreto da Dívida Pública Federal brasileira, asseveraram os economistas DORNBUSCH E DRAGHI (1990 *apud* MENDONÇA, 2005, p.23):

As dívidas públicas conectam um governo ao seu sucessor, gerando a possibilidade de o primeiro obter benefícios hoje com custos arcados pela administração seguinte, ou mesmo criando a oportunidade de limitar o escopo de ação do governo seguinte.

Trata-se de artifícios que oneram muito o planejamento estatal visando mitigar as questões sociais que o país detém. O uso de político de mecanismos para transportar custos para administração seguinte dificulta um planejamento estatal amplo para mitigar as questões sociais discrepantes. Portanto, por meio de tais práticas, o farol que ilumina a mudança de uma realidade através do cultor político faz com que esteja fadado a ser inutilizado, visto a falta de combustível para manter políticas públicas em operação.

3. O IDEAL POSITIVADO

Na outra vertente constitutiva do Estado está o Direito. Conforme BOBBIO (1992, p. 6) constatou: “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou quando podem nascer”. A Constituição Federal brasileira de 1988 foi uma data de nascimento de diversos direitos à população. A questão que se posta é: como fazê-los amadurecê-los ao ponto de serem efetivados?

O Direito é um mapa para chegar às águas livres de perigos. Ele permeia a sociedade através de ditames a serem respeitados e determina o que é o ideal, o digno, o justo ao cidadão. São imperativos

mais do que fundados em normas, são modelos principiológicos que determinam o que é justo e proporcional ao cidadão e, por derradeiro, que tipo de Estado vislumbra-se a ser no futuro. Trata-se do mapa que irá arremeter ao país ideal. Contudo, apenas saber o caminho para um destino não basta.

Na década de 70 um caso concreto na Alemanha reverberou no mundo jurídico visto a dualidade: capacidade orçamentária do Estado e direitos fundamentais aos cidadãos. Estudantes alemães ingressaram ação contra o Estado por não terem sido aceitos no certame para ingresso na faculdade pública de medicina, em vista das limitadas vagas oferecidas. O caso chegou à instância máxima do país: o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*).

A Corte Suprema alemã consolidou jurisprudência no sentido de que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (SARLET, 2010, p.287).

A jurisprudência em comento tornou-se um modelo de escusa do Estado em prestar a concreção de direitos aos cidadãos em áreas diferentes à educação. Entretanto, como fazer o Direito ser modelo de mutação social, se toda vez que uma política pública necessita ser realizada a bandeira da escassez de recursos será levantada? Sobre este tema CANOTILHO (2004, p.481) asseverou:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

A vinculação jurídica do Direito determina que o Estado efetive direitos fundamentais ou pelo menos mostre que este é o caminho essencial rumo ao Estado ideal. A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), teoria criada após este evento na Alemanha, faz uma

restrição àquilo que o Estado deve promover para mudar a realidade vigente se pautando sempre na questão da pecúnia.

A dinamicidade do Estado é requerida. Políticas públicas com cofres cheios não significa necessariamente efetivação de direitos fundamentais. A seguir no tópico quatro da presente pesquisa, a experiência do Banco Palmas será mostrada e evidenciará que quando apenas um cidadão promove alteração social do espaço em que vive, é condizente o Estado, frente a todo o seu aparato institucional e financeiro, promover a concreção de direitos fundamentais. O farol pode lumiar diversos lugares do oceano, mas sabendo-se que tipo de Estado que se pretende construir, este irá direcionar para aquilo que a Constituição descreve e, logo o cidadão vivenciará o amadurecimento do Direito: quando este transcende dos papéis e é convertido em ação no mundo fático.

4. PECÚNIA TEM CHEIRO DE ESPERANÇA

O diálogo entre o Imperador Vespasiano e seu filho Tito engendrou numa célebre discussão sobre o papel da pecúnia em um Império grandioso como o romano. A discussão foi sobre o reestabelecimento de um tributo pelo Imperador. Devido às dificuldades financeiras do Império, o líder entendeu que era necessário taxar a utilização de banheiros públicos. Tito replicou com veemência a política tributária do pai, visto que tal medida poderia colocar Roma em níveis insuportáveis de mau cheiro e sujeira. Vespasiano ouviu os argumentos do filho e pegou uma moeda de ouro e cheirou-a. Depois deste ato disse ao seu herdeiro: *non olet* (não tem cheiro) (CASSIUS, 2014).

A pecúnia é um elemento fundamental para o Estado. É através dela que se determinam quais prioridades serão elencadas e como a mudança de uma realidade será posta em prática. Porém, diferente do que o Imperador Romano apregoou, a pecúnia tem o cheiro do suor de milhões de cidadãos. Altas cargas tributárias fazem com que o dinheiro público tenha mais do que um significado quantitativo, tem uma simbologia imbricada neste instituto. Trata-se da esperança que todo o esforço consumido pelos cidadãos para honrar as

obrigações com o Estado se tornem em contraprestações, a pecúnia tem cheiro de esperança.

O ente estatal não detém de toda responsabilidade para efetivação de direitos fundamentais, mas a crise financeira do Estado consubstanciada com falta de planejamento de políticas públicas diminui a prestação de serviços ao cidadão. O IBGE analisou a questão educacional de brasileiros na faixa etária de 25 a 64 anos de idade em 2015:

O atraso escolar brasileiro também se reflete no baixo percentual da população de 25 a 64 anos de idade com pelo menos o ensino médio completo se comparado aos demais países-membros ou associados à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD), conforme ilustrado no Gráfico 4.11. Esses dados evidenciam que o déficit educacional brasileiro é histórico e que sua alteração é necessariamente lenta, levando em conta o tempo requerido para a formação de cada nova geração. Isso não significa que os avanços no nível de instrução da população não tenham ocorrido entre 2005 e 2015. O percentual da população de 25 a 64 anos de idade com ensino superior completo passou de 8,9% para 14,7% nesse período (Tabela 4.14). Esse aumento percentual da população adulta com ensino superior terá que se intensificar caso o Brasil queira se aproximar do percentual médio alcançado pelos países da OCDE (33,5%) e por países como o Chile (21,1%) e o México (18,5%) em 2014 (EDUCATION..., 2015). (IBGE, 2016, p.65)

Estes dados são críticos. Como apenas 14,7% dos brasileiros da faixa etária descrita têm ensino superior? São milhões de cidadãos que, ao terem apenas o ensino médio concluso, tem chances de crescimento pessoal e econômico diminuídas. Não há arrecadação suficiente para garantir a todos eles o ingresso em curso superior de forma iminente, mas e se todas as Leis de Diretrizes Orçamentárias até o ano de 2030 estipularem um *quantum* para chegar a tal intento? É possível mudar a realidade vigente? Como disse GALEANO (1998, p. 114, tradução nossa) é necessário o direito de sonhar com o ideal:

Não podemos, todavia, tentar adivinhar o tempo que será sem que tenhamos, pelo menos, o direito de imaginar aquele que queremos que seja. Em 1948 e em 1976, as Nações Unidas proclamaram extensas listas de direitos humanos, mas a imensa maioria da humanidade não tem senão o direito de ver, de ouvir e de calar. Que tal se começássemos a exercer o nunca proclamado direito de sonhar? Que tal se delirássemos por um pouco? Vamos então lançar o olhar para lá da infâmia, tentando adivinhar outro mundo possível.

Quando o indivíduo começa a entender que ser crítico de sua realidade permite visualizar aquilo que não desfruta novos mundos possíveis se afiguram. Da mesma forma políticas públicas devem estar impregnadas deste ideal. O Estado tutela a efetivação de inúmeros direitos fundamentais, mas para que o texto constitucional venha a coadunar com a realidade a análise do viés econômico é imprescindível. Conforme NUSDEO (1997, p.31) apregouou: “Por enquanto basta guardar este conceito básico: a economia existe porque os recursos são sempre escassos frente à multiplicidade das necessidades humanas.”

Por mais que haja diferenças, a união do Direito com a Economia tem que ser simbiótica. É importantíssimo o Estado garantir aos cidadãos diversos direitos, mas os recursos estatais são limitados. Neste viés, o estudo econômico é determinante para mudança social e a estrutura orçamentária é parâmetro neste caminhar rumo à efetivação de direitos aos cidadãos.

Caminhando sempre almejando tornar o Estado como representação do que é justo e igualitário para uma sociedade, os ramos do Direito e da Economia devem se retratar. Esta desunião imperou durante séculos e possibilitou históricas interessantes. Como por exemplo, a medida econômica de Getúlio Vargas frente à desvalorização do café na década de 30.

Devido à quebra da Bolsa de Nova York em 1929, bem como a crescente concorrência no setor cafeeiro, os preços deste produto despencaram. Qual foi a decisão tomada por Getúlio Vargas? Ordenou que o Estado brasileiro indenizasse os cafeicultores para diminuir a

demanda de café no mercado e, conseqüentemente, fazer o preço da *commodity* subir. Em treze anos desta política pública, foram eliminados 78,2 milhões de sacas, ou seja, uma quantidade equivalente ao consumo mundial da época por três anos. (FAUSTO, 1995).

Qual o ônus para o Estado brasileiro? O historiador Boris Fausto respondeu esta indagação: “Os problemas do café vinculavam-se estreitamente à situação financeira do país. Esta se tornou insustentável em meados de 1931. Em setembro daquele ano, os pagamentos relativos à dívida pública externa foram suspensos e se reintroduziu o monopólio cambial do Banco do Brasil.” (FAUSTO, 1995, p.334)

Assim, para evitar novos eventos deste tipo é necessária a união destas duas áreas do conhecimento. BASTOS (2004, p.61) asseverou:

Embora a ciência normativa estude o dever-ser, o cultor do Direito Econômico, todavia não pode desconhecer as realidades financeiras, políticas e sociológicas sobre as quais incidem as normas, objeto de seu estudo. É que essas realidades interferem na compreensão do fenômeno jurídico. A norma tal como vazada na lei é uma abstração que só se concretiza ao contato da realidade, e essa dimensão só é oferecida por outras ciências sociais, das quais, o estudioso do Direito Econômico não pode estar desligado.

Há mais o que une estas duas áreas do que as dividem. Na verdade é uma parceria fundamental para que haja desenvolvimento econômico-social. É possível, através da junção destas, organizar políticas públicas críveis e coordenadas para que haja mudança social e, sobretudo, de paradigmas em um país.

Neste contexto, as multiplicidades de fatores econômicos se relacionam com as funções Estatais. Não analisar parâmetros econômicos para nortear políticas públicas é como se alguém perdido em uma floresta quebrasse a única bússola que detinha. Deste modo, o desprezo das variáveis econômicas mostra-se um total despreparo frente a questões de importância geral que influem na vida cotidiana do indivíduo e no futuro da nação. Fazendo com que o caráter esperançoso do cidadão almejar o retorno de seus tributos em qualidade de vida seja em vão.

5. O ANIMAL POLÍTICO EM AÇÃO

No livro *Política*, ARISTÓTELES (2010, p. 2), conceituou o homem da seguinte forma:

§ 9 - É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. Tal indivíduo merece, como disse Homero, a censura cruel de ser um sem família, sem leis, sem lar. Porque ele é ávido de combates, e, como as aves de rapina, incapaz de se submeter a qualquer obediência.

Para o Estagirita, o homem é um animal político (*politikón zôon*) por excelência. A qualidade de viver em sociedade, distinguir o bem e o mal, o justo do injusto, faz com que este seja além de ser ávido pelas questões que a política denota, faz com que seja parte estruturante deste pilar da sociedade.

Quando o indivíduo percebe que a chama política consome a vida particular deste, um anseio por mudança começa a pairar e o motor transformador de cenários adversos na história começa a se inquietar. O cidadão é agente transformador da realidade e a história prova esta afirmação. Se não fossem as enormes manifestações e enfrentamentos por cidadãos brasileiros durante a Ditadura Militar, viveríamos em uma democracia atualmente? Se milhares de negros aceitassem um tratamento diferenciado na sociedade norte americana só por causa da cor de suas peles, haveria, recentemente, um presidente negro nesta nação?

Não sabemos qual realidade vivenciaríamos, entretanto uma certeza é posta: o animal político em ação promove uma rebelião na tripulação do navio e faz com que as rotas a serem percorridas sejam arbitradas por esta. É o que ocorreu em bairro fadado a miséria e a exclusão em Fortaleza, Ceará.

Joaquim Melo era um seminarista que ajudava os pobres, hoje é um banqueiro. Ajudou a criar o primeiro banco comunitário do

Brasil: o Banco Palmas. O nome foi uma homenagem ao local que este foi fundado: Conjunto Palmeira, a dezenove quilômetros do Centro de Fortaleza, Ceará. Foi criada a moeda social local, a Palmas, hoje reconhecida pelo Banco Central Brasileiro, como meio de impulsionar o sistema de trocas na comunidade e fazer com que o dinheiro circulasse na comunidade e ficasse restrito ali, gerando renda e empregos (CARDOSO, PINHEIRO, 2014).

A criação do primeiro banco comunitário brasileiro demonstrou que dificuldades financeiras em um bairro com poucos recursos não impede a transformação do contexto social dali. Os autores CARDOSO e PINHEIRO (2014, p. 225) descreveram o contexto que a população do Conjunto Palmas se encontrava:

Como fazer para gerar renda para essas famílias? No Conjunto Palmeira, havia uma grande quantidade de pessoas desempregadas e sem renda, mas com habilidade para confecção, artesanato, alimentação. A maioria dos moradores do bairro não conseguia emprego, porque não tinham experiência anterior e não tinham acesso ao crédito, porque tinham o nome restrito no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC). Do outro lado, os poucos produtores do bairro não conseguiam comercializar seus produtos, pois as famílias do conjunto Palmeira compravam fora do bairro, onde conseguiam preços mais baixos. Dessa forma, os associados da ASMOCONP perceberam que para enfrentar o problema de geração de renda, além de investir na produção local, era preciso criar um projeto que organizasse os consumidores para comprar localmente.

O banco que surgiu através de empréstimo de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) com a Organização Não Governamental CEARAH PERIFERIA através do Fundo de Apoio a Projetos de Autogestão (FAPAG); promoveu notória mudança social em um bairro com sérios problemas sociais (CARDOSO; PINHEIRO, 2014).

O animal político em ação possibilita transformação de sua realidade. O processo que se iniciou com um seminarista longe da cátedra de Universidades de renome, serve de modelo para um país inteiro. Quem duvidará do poder que o cidadão tem? A história citada

comprova que, independente das situações econômicas, educacionais ou sociais, um cidadão pode mudar seu bairro, uma cidade e, por conseguinte, transformar um país inteiro. Para que lugar a tripulação irá direcionar a nau estatal? O lugar que esta quer.

6. A ESTRUTURA ORÇAMENTÁRIA DO LEVIATÃ

Para organizar prioridades sobre as demandas sociais e determinar o custeio Estatal a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) é fundamental. Ela tenta estabelecer critérios e um direcionamento ao gasto público. Através desta, metas e prioridades da administração pública federal são determinadas para o exercício subsequente. Visa-se estabelecer caminhos para promover além do custeio da máquina pública, um modo para efetivação de diversos direitos fundamentais, visto que os recursos são limitados e as demandas sociais são demasiadas.

Não é analisando apenas esta lei orçamentária que se infere como está a saúde financeira do Estado e como direitos fundamentais terão a sua concreção. Assim como uma pessoa física, o Estado pode utilizar-se de empréstimos e é esse um ponto chave para entender as finanças públicas. O ente estatal pode angariar recursos através de organismos internacionais (Dívida Pública Contratual), como por exemplo, o Fundo Monetário Internacional (FMI) ou utilizar-se do dinheiro advindo de títulos da dívida pública (Mobiliária), através de pessoas físicas. Os autores MEDEIROS e MENESES (2009, p.102) conceituaram a dívida pública da seguinte forma:

Mas o que é dívida? A dívida é uma obrigação de determinada entidade com terceiros, gerada pela diferença entre despesas e receitas dessa entidade. Em outras palavras, só há dívida quando há déficit (despesas maiores que receitas), embora muitas vezes ocorra defasagem entre a realização do déficit e a contabilização da dívida. O conceito de dívida pública, assim como os demais conceitos fiscais, pode ser representado de diferentes modos, sendo as mais comuns a dívida bruta (que considera apenas os passivos do governo) e a dívida líquida (que desconta dos passivos os ativos que o governo possui).

Quem os adquire detém de um devedor que denota bastante confiança, como o Estado não honrará tal obrigação? E o Estado consegue a injeção de recursos de forma rápida. Entretanto, trata-se de um recurso emergencial que ao ser usado de forma irresponsável pode comprometer o orçamento público *a posteriori* instaurando uma forma insustentável de custeio da máquina pública.

6.1. A ESTRUTURA DA DÍVIDA PÚBLICA BRASILEIRA

Para conceituar a dívida pública há de se analisar seus componentes. Duas questões basilares serão ressaltadas: a Dívida Líquida do Setor Público (DLSP) e a Dívida Pública Federal (DPF). O economista HORTA (2011, p.15) explanou o que vem a ser a Dívida Líquida do Setor Público (DLSP):

Esse é o indicador mais utilizado pelo governo para decisões de política econômica e é ele que dá origem à relação Dívida/PIB, amplamente difundido na análise econômica. É referente ao setor público não financeiro mais o Banco Central, abrangendo, por definição, a administração direta e indireta das esferas federais, estaduais e municipais, além das empresas estatais não financeiras, do Banco Central e do sistema público de previdência social. Inclui ainda os fundos públicos cujas fontes de recursos sejam contribuições fiscais (como o FAT). Para chegar ao resultado líquido da dívida, subtraem-se os ativos financeiros das obrigações do Setor Público. As principais contas do passivo são a Dívida Pública Federal, a base monetária e as operações compromissadas. Dentre as contas do ativo, as mais relevantes são as reservas internacionais do Banco Central e os fundos públicos.

$$DLSP = M + B + EI - A + EF - ER$$

onde:

M é a base monetária;

B é o saldo da dívida interna corrigida por juros internos ou por índices domésticos;

E, a taxa de câmbio;

I corresponde a dívida interna indexada à variação da taxa de câmbio;

A são os ativos financeiros do setor público e

F e R representam a dívida externa e as reservas internacionais, respectivamente.

Conforme o BANCO CENTRAL (2012, p. 9), a DLSP pode

ser calculada da seguinte forma:

Analisando a equação é perceptível que a valorização da moeda nacional é um fator importante. Base monetária forte significa menor correção por títulos da dívida pública corrigidos pelo Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M). A taxa de câmbio é outro fator estruturante, visto que há emissão de títulos da dívida pública corrigida em moeda estrangeira, mais comumente o dólar norte-americano.

Qualquer mudança das variáveis desta equação suscita em grandes reverberações financeiras. Por este motivo a DLSP é um tema complexo e extremamente imbricado com os rumos econômicos do Brasil.

O outro pilar da composição da dívida pública trata-se da Dívida Pública Federal (DPF), componente que, como já foi descrito, integra a DLSP como o maior passivo da equação. Ela é formada pela Dívida Pública Mobiliária Federal Interna (DPMFi) e a Dívida Pública Federal Externa (DPFe). A Dívida Pública Federal pode ser conceituada da seguinte forma, segundo a Secretaria do Tesouro Nacional (2017):

A Dívida Pública Federal (DPF) refere-se a todas as dívidas contraídas pelo governo federal para financiamento do seu déficit orçamentário, nele incluído o refinanciamento da própria dívida, para outras operações com finalidades específicas, definidas em lei. É possível classificar a DPF de acordo com os instrumentos usados para captação de recursos e pela moeda na qual ocorre o pagamento de seus fluxos. Em relação à captação de recursos, esta pode ocorrer por emissão de títulos públicos (sendo por essa razão classificada como mobiliária), ou por contratos, firmados principalmente com organismos multilaterais (sendo esta dívida classificada como contratual). Já sobre a moeda usada para fazer face a seus pagamentos, a dívida é classificada como interna quando os pagamentos são realizadas na moeda corrente em circulação no país, no caso brasileiro o real, ou externa, quando os pagamentos são feitos em moeda estrangeira, normalmente o dólar norte-americano.

A tabela a seguir, demonstra nos dados fornecidos pela Secretaria do Tesouro Nacional a respeito da Dívida Pública Federal (DPF) em um contexto atual:

Tabela 1 – Estoque, Prazo e Custo Médio da DPF- Fevereiro 2018

Estoque da Dívida Pública Federal (R\$ Bilhões)		
Dívida Pública Mobiliária Federal interna - DPMFI	(A)	3.456,6
Dívida Pública Federal externa - DPFe	(B)	125,6
Dívida Pública Federal - DPF	(A) + (B)	3.582,1

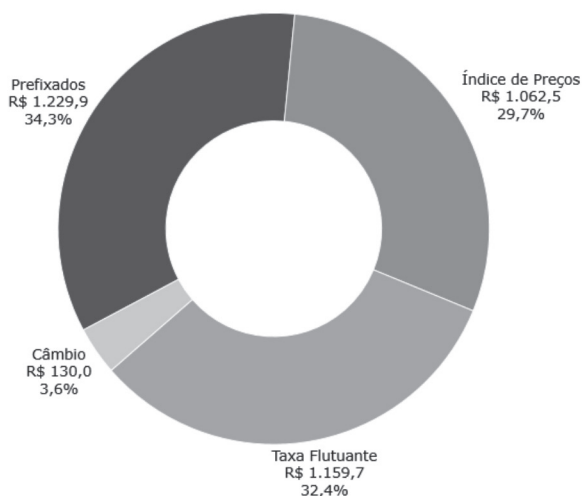
Prazo e Vida Média (anos) *	
Dívida Pública Mobiliária Federal interna - DPMFI	4,14
Dívida Pública Federal externa - DPFe	7,80
Dívida Pública Federal - DPF	4,27
Dívida Pública Federal - DPF - Vida Média	5,91

*Prazo médio e vida média: Diferentemente do prazo médio, que considera tanto os fluxos de principal quanto de juros para seu cálculo, a vida média indica apenas o prazo remanescente do principal da dívida pública. Este último, adotado por muitos países como o único indicador de maturidade de suas dívidas, muitas vezes é comparado com o prazo médio calculado pelo Brasil e divulgado em seus relatórios mensais, no Plano Anual de Financiamento e no Relatório Anual. Não obstante a diferença entre tais indicadores, o Brasil continua a utilizar o prazo médio, pois acredita que ele captura de forma mais correta os riscos aos quais está exposta a DPF. Adicionalmente, continua a citar em seus relatórios o indicador vida média, exclusivamente para permitir que analistas e investidores possam

Fonte: Secretaria do Tesouro nacional, 2018

Percebe-se que, na tabela exposta, evidenciam-se os prazos longevos para pagamento da Dívida Pública Federal. Ao analisar que a DPF estima-se em um pouco mais de R\$ 3,5 trilhões de reais e um prazo médio de cerca de seis anos para quitá-la. A seguir, evidenciam-se os indexadores da DPF (Dívida Pública Federal), ou seja, mostra-se de como há a correção de tal montante:

Figura 1 – Composição da Dívida Pública Federal por Indexador – Fevereiro 2018



Fonte: Secretaria do Tesouro nacional, 2018

Fica evidenciado no gráfico acima que há a mutação dos valores da dívida pública. Assim, é imprescindível delinear qual política econômica o Estado irá adotar. Falta de Controle da inflação nacional acarreta maior correção da dívida pública fundada em índice de preços, maior taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) acarreta maior correção da taxa flutuante. Assim, por mais que haja independência da administração da dívida pública pela Secretaria do Tesouro Nacional, os componentes da política fiscal e monetária influem na perpetuação da dívida pública porque estes fatores influem nos indexadores citados. Neste contexto, asseverou HORTA (2011, p.9):

A administração da dívida pública é um importante instrumento de política econômica, principalmente pela sua interdependência com a condução das políticas monetária e fiscal. Ao analisar o papel da dívida pública no desempenho macroeconômico, mais fica evidente a necessidade da coordenação entre as políticas monetária e fiscal. Juros altos implicam em maiores serviços da dívida já acumulada (principalmente se a grande parte da dívida for indexada a taxa de juros), fazendo com que uma política monetária restritiva possa gerar grandes gastos do

governo. Se a política fiscal for expansiva, por exemplo, tal combinação pode desencadear uma crise fiscal, provocando o crescimento da inflação. Em um desenho institucional tradicional, a autoridade fiscal (AF) tem como objetivo principal a administração das finanças do governo de maneira ótima, procurando minimizar o custo do financiamento da dívida pública no longo prazo. Analogamente, a autoridade monetária (AM) busca manter a estabilidade de preços, utilizando, como um de seus principais instrumentos, a manipulação das taxas de juros. Dessa maneira, em um contexto onde a AM age independentemente da AF, a decisão unilateral de uma delas pode dificultar o alcance dos objetivos da outra, como no exemplo anterior.

Desta forma, a Dívida Pública é um componente na dinâmica estatal muito complexo. É severamente influenciada por estar condicionada a questões políticas, fiscais e econômicas. É necessário relacionar estas condicionantes para arquitetar uma política que convirja estes fatores visando mitigar as consequências de valores tão vultosos que comprometem o orçamento público do Estado brasileiro.

6.2. O PANORAMA ATUAL DA DÍVIDA PÚBLICA

O *quantum* estipulado para o pagamento de juros e encargos do Plano de Lei Orçamentárias Anual de 2017 (PLOA), estimados pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e pela Secretaria do Orçamento Federal (SOF), constam na tabela a seguir:

Tabela 2: Juros e Encargos da Dívida

(Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social)

Exercício	R\$ milhões	
	Valor	
2015 (Executado) ⁽¹⁾	208.362,8	
2016 (Autorizado)	304.101,2	
2017 (PLOA 2017)	339.076,9	

Fontes: Quadro 9 do PLOA 2017. (1) Despesa liquidada mais despesa inscrita em restos a pagar não processados.

São cerca de 339 bilhões de reais destinados a honrar os compromissos de pagamento dos juros e encargos da dívida pública pelo

governo federal somente no ano de 2017. A dificuldade em quitar tais títulos é imensa porque a lógica que impera neste âmbito é a mesma de um seguro, quanto maior o risco, maior os juros, prazos menores e vice versa. Em 2016, a dívida pública do governo geral (governo federal, estaduais e municipais) correspondeu a 72,5 % de tudo que é produzido no país (Produto Interno Bruto), segundo dados do Banco Central. Conforme o gráfico demonstra a seguir:

Gráfico 1 – Relação Dívida Pública e Produto Interno Bruto



Fonte: Banco Central / Projeções de 2017 a 2019: PLDO 2017

* As projeções utilizam um crescimento real do PIB igual a -3,1%, 1,2%, 2,5% e 2,5% em 2016, 2017, 2018 e 2019, respectivamente.

** Estas projeções serão atualizadas nos próximos meses

*** Projeção de mercado leva em conta parâmetros macroeconômicos do mercado e do modelo do Tesouro Nacional (14/10/2016)

Começa-se, então, a instaurar uma situação econômica crítica: gastos públicos elevados, a necessidade de efetivar direitos fundamentais e a capacidade Estatal de honrar suas obrigações reduzidas. Desse modo, as despesas públicas começam a serem questionadas e a estrutura orçamentária do país começa a sucumbir.

Para enfrentamento desta situação caótica o superávit primário é a forma de amenizar tal montante. Trata-se da análise de receitas e despesas do governo federal e, quando esta equação resulta em saldo positivo há superávit primário e, o contrário, resulta em um *déficit*

primário. Os gastos públicos excederam nos últimos anos, conforme dados do BANCO CENTRAL (2016, p. 8):

O setor público registrou *deficit* primário de R\$111,2 bilhões (1,88% do PIB) em 2015. O acumulado em 12 meses até junho de 2016 somou *deficit* de R\$151,2 bilhões (2,51% do PIB). Para 2016, a Lei de Diretrizes Orçamentárias prevê *deficit* primário para o setor público consolidado de R\$163,9 bilhões.

Neste cenário, a solvabilidade do Estado começa a ser discutida e a insustentabilidade do uso da Dívida Pública a esmo evidenciada. Além do cenário adverso apresentado, é preciso elencar o ônus de políticas públicas de outrora que reverberam na contemporaneidade.

Os pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Bolívar Pêgo Filho e Maurício Mota Saboya Pinheiro, descobriram passivos contingentes que ao serem reconhecidos pelo governo federal passaram a ser contabilizados no quadro da DLSP. Foi o que os pesquisadores descobriram com o passivo contabilizado relativo ao Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS). Este fundo foi criado em 1967, durante a ditadura militar. Naquela época generosos financiamentos para a compra de imóveis foram feitos direcionados a classe média brasileira. Os valores das prestações e da dívida não foram corrigidos pelos mesmos indicadores e quando o contrato terminou um vultoso saldo devedor estava em aberto. (ANTUNES, 2004).

Tais dívidas foram agraciadas com o apelido de “esqueletos da dívida pública” pelos economistas brasileiros. Neste contexto, Pedro Malan, ex-Ministro da Fazenda, disse: “No Brasil, até o passado é incerto”.

Na história relatada os militares esqueceram um ditame do economista francês Thomas Piketty (2014, p. 662): “O problema da dívida é que quase sempre ela precisa ser paga.” Como isto não ocorreu houve o transporte da dívida para governos seguintes acarretando na constatação de valores exorbitantes pelos pesquisadores do IPEA:

Quanto à quarta classe, esta se compõe dos esqueletos ou das dívidas que estão em processo de reconhecimento na Secretaria do Tesouro Nacional (STN), destacando-se as dívidas relativas ao

Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS (ver figura 4). No fim de fevereiro de 2003, as dívidas totais em reconhecimento estavam estimadas em R\$ 77,8 bilhões, onde somente o FCVS alcançava R\$ 70,7 bilhões (idem, §. 3.4).(PÊGO FILHO; PINHEIRO, 2004, p. 14)

Diante do exposto, a obra *O Mercador de Veneza* afigura-se a metáfora perfeita para demonstrar a relação este cenário caótico das dívidas públicas brasileiras. O Estado personifica a figura de Antônio. Este foi fiador da transação entre Bassânio e o comerciante judeu Shylock. A condição imposta no contrato era de que caso não houvesse o adimplemento da obrigação até a data especificada, o judeu poderia retirar uma libra de carne do fiador. (SHAKESPEARE, 2002)

Parece que no contexto da dívida pública, diversas libras de carne foram garantidoras do adimplemento da obrigação com os credores. Entretanto, no caso de Antônio a retirada de tal pedaço de carne poderia levá-lo à morte. Tratando-se de um Estado, este cenário propicia que diversos direitos aos cidadãos sequer existam. Como descrito anteriormente, a pecúnia tem cheiro de esperança. Quando o ente estatal compromete o orçamento público, os cidadãos pagam com suas respectivas libras de carne toda vez que necessita do Estado.

7. CONCLUSÃO

Apesar das dificuldades em compreender instituto tão complexo que a dívida pública enseja, a hipótese desta pesquisa era que a dívida pública dificultava a concreção de direitos fundamentais. Em vista de todo o exposto, tal hipótese restou comprovada. A pecúnia arrecadada através de tributos, que em tese seria um elemento importante para implementar políticas públicas visando à concreção de direitos fundamentais, mostra-se, na realidade, um elemento efêmero e volúvel *in casu*.

Em uma recente publicação a Organização Internacional do Trabalho (OIT) fez uma estimativa de que, para se erradicar a pobreza no Brasil até 2030 (ESTADÃO, 2016), seriam necessários US\$ 7,2 bilhões (R\$25 bilhões) por ano. Problematizando somente

o *quantum* destinado a pagamento de juros e encargos da dívida pública federal em 2017 (R\$ 339 bilhões) poder-se-ia acabar com a fome no Brasil em um ano apenas, visto que o investimento de R\$ 25 bilhões por treze anos resultaria no valor de R\$ 325 bilhões.

Desta forma, constatou-se que a dívida pública retira uma fatia substancial do orçamento público todos os anos. Como demonstrado na pesquisa, não é apenas a pecúnia que promove efetivação de Direitos Fundamentais, o Banco Palmas é exemplo disto. Entretanto, sem a simbiose dos pilares da sociedade: os cidadãos, os (as) políticos (as), o Direito e a pecúnia; o cenário ideal que todo indivíduo almeja desfrutar é sempre postergado.

Para que a nau Estatal direcione a um futuro igualitário e justo para todos é necessário: engajamento dos cidadãos, recursos, descrição de uma realidade que se almeja alcançar e autoridades dignas de respeito e exemplos de ética. Conforme disse VICTOR HUGO (2013, p. 486), em *Os miseráveis*:

Outros grupos de espíritos, porém, havia que eram mais sérios, que sondavam o princípio, sem se desprender do direito. Apaixonavam-se pelo absoluto, entreviam as realizações infinitas; o absoluto, pela sua mesma rigidez, arrebatava os espíritos pelo espaço e fá-los flutuar no ilimitado. Não há nada como o dogma para criar sonhos e nada como o sonho para gerar o futuro. Hoje utopia, amanhã carne e osso.

Assim, lutando para que aquilo que deveras sonhado se torne realidade, a nau estatal vai delineando seu percurso. A direção que esta irá percorrer depende dos componentes que formam a sociedade. Entretanto, a pesquisa mostrou que para chegar às águas tranquilas, a mudança do *status quo* é necessária. Turbulências hoje para que um futuro melhor seja visualizado para todos amanhã.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Marcello. *Finanças Públicas – Bombas de efeito retardado*. Revista Desafios do Desenvolvimento IPEA, 2004, Ano , Edição 3, publicado em: outubro de 2004. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6913/5/Reportagens_Finan%C3%A7as%20p%C3%BAblicas_Bombas%20de%20efeito%20retardado.pdf>. Acesso

em: 22 de julho de 2017.

ARISTÓTELES, *A Política*, Tradução de Nestor Silveira. São Paulo, 2010, Folha de São Paulo Coleção Livros que Mudaram o Mundo, p. 2.

Banco Central. *Manual de Estatísticas Fiscais publicadas pelo Departamento Econômico do Banco Central do Brasil*, 2012, p.9. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/ftp/infecon/Estatisticasfiscais.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004, p. 61.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

BRASIL. Tesouro Nacional. *FAQ: Dívida Pública – Conceitos Básicos*. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/en/conceitos-basicos-faq>> . Acesso em: 22 de abril de 2017

BRASIL. Tesouro Nacional. *A Dívida em grandes números*. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/divida-publica-federal/-/asset_publisher/Rhu8uJONidEZ/content/a-divida-em-grandes-numeros> Acesso em: 12 de fevereiro de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. P. 481.

CARDOSO, Venusto S; PINHEIRO, Amanda L. G.. *Democratização da economia e inclusão financeira: desenvolvimento socioeconômico humanizado, solidário e sustentável? A experiência do banco Palmas*. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). *Direito e Economia I – CONPEDI/UFSC*, 1ed.: , 2014, v. 1, p. 225.

CARDOSO, Venusto S; PINHEIRO, Amanda L. G.. *Democratização da economia e inclusão financeira: desenvolvimento socioeconômico humanizado, solidário e sustentável? A experiência do banco Palmas*. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). *Direito e Economia I – CONPEDI/UFSC*, 1ed.: , 2014, v. 1.

CASSIUS, DIÓN. *Historia Romana Epítomes de los Libros LXI a LXX*. Traducción de Antonio Diego Duarte Sánchez. Murcia: 2014, España.

CHADE, Jamil. Estadão. *Erradicar pobreza no País exigiria mais R\$ 25 bi por ano*. São Paulo. Publicado em: 19 de maio de 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,erradicar-pobreza-no-pais-exigiria-mais-r-25-bi-por-ano,10000052191>>. Acesso em: 14 de abril de 2017>

DORNBUSCH, R.; DRAGHI 1990 apud MENDONÇA et al, *A Dívida pública Brasileira*, Brasília, 2005, p.23

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2ª Edição, p. 334

GALEANO, Eduardo. *Patás Arriba: La escuela del mundo al revés*. Madrid: O.N.C.E. Centro Bibliográfico y Cultural: Madrid, 1998, p. 114.

GUIMARÃES, Bernardo. *A Riqueza da Nação no Século XXI*. São Paulo: Editora BE, 2015, p. 94,

HORTA, Guilherme Tinoco de Lima. *Administração da dívida pública: um estudo para o caso brasileiro*. 2011. 112 fls. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – Universidade de São Paulo, São Paulo.

HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Tradução: Francisco Ferreira da Silva Vieira. Editora: Centaur. São Paulo: 2013, p. 486

IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições da população brasileira: 2016. Rio de Janeiro: 2016*, Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

ISSACSON, Walter. *Benjamin Franklin, uma vida americana*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p.165.

MEDEIROS, Otavio Ladeira de; SILVA, MENESES, Aline Dieguez B. de. *Conceitos e estatísticas da dívida pública*. In: Anderson Caputo Silva Lena, Oliveira de Carvalho, Otavio Ladeira de Medeiros. (Orgs.) Dívida Pública: a experiência brasileira. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Banco Mundial, 2009, p.102

NUSDEO Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.31.

ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moraes, 2002.

PÊGO FILHO, Bolívar e PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *Os passivos contingentes e a dívida pública no Brasil: evolução recente (1996-2003) e perspectivas (2004-2006)*. Texto Para Discussão N.º 1007 – IPEA, Brasília, 2004, p. 14

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 662.

SANTOS, Jéssica Souza. *Após invasão, EUA pediram anistia da dívida iraquiana com o Brasil*. 29 de junho de 2011. Disponível em: <<http://apublica.org/2011/06/apos-invasao-eua-pediram-anistia-de-divida-iraquiana-com-brasil/>>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2010.

SENADO FEDERAL. *Congresso aprova Orçamento de R\$ 3,5 trilhões para 2017*. Brasília (DF), Publicado em: 19 de dezembro 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/congresso-aprova-orcamento-de-r-3-5-trilhoes-para-2017-1>> . Acesso em: 24 de março de 2017

SHAKESPEARE, W. *O mercador de Veneza*. Tradução Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.

SILVA, Aline Dieguez B. de Meneses; MEDEIROS, Otavio Ladeira. *Conceito e estatísticas da dívida pública*. In: SILVA, Anderson Caputo.; CARVALHO, Lena. TESOURO – SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL . Brasília. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/conceitos-basicos-faq>>

> Acesso em: 15 de março de 2017

ARBITRAGEM E *DISPUTE BOARDS*⁸² NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: MUDANÇA DE PARADIGMA ACERCA DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO⁸³

Cinthy Hayashida de Carvalho Zortéa⁸⁴

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, necessário esclarecer que a função do Estado social de direito é precipuamente estabelecer e executar ações, atividades e programas, com vistas à supremacia do interesse público. A Constituição Federal elenca em seu artigo 3º os objetivos fundamentais a serem alcançados pelo Estado e, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, *“para atingir esses objetivos fundamentais (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado tem que se organizar no **facere** e **praestare**, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de direito transforma-se em Estado democrático de direito”*.

Convém elucidar que política pública pode se afigurar tanto como política de Estado ou política de governo, considerando que a primeira independe do governo ou do governante, fundando-se somente na Constituição, e a segunda depende da alternância de poder.

Com o advento da promulgação da Lei nº 9.307/96, a arbitragem

82 São comitês formados por profissionais com irrepreensível conhecimento e experiência, imparciais, contratados para acompanhar disputas, sem que seja necessária a atuação judicial ou de árbitros.

83 Texto apresentado nos termos do edital da Convocatória Geral (OABGO/ESA/PPGDP/UFG)

84 Graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Administrativo e Administração Pública. Assessora Jurídica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. E-mail: chayashida@tce.go.gov.br Telefone: (62) 98401-2140

revestiu-se de uma proposta mais eficaz, desburocratizada e abrangente, no concernente à resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, advindos de contratos nacionais ou estrangeiros.

Conveniente registrar que a arbitragem se afigura como alternativa a mais para solução de conflitos, cuja escolha não tem a pretensão de substituir, suprimir ou concorrer com a jurisdição estatal. Da mesma forma, os disputes boards se revelam como mecanismos contratuais, consistentes em comitês formados por especialistas, designados para acompanhar a execução de contratos desde o início, emitindo recomendações ou decisões com força vinculativa.

A arbitragem é um método alternativo de resolução extrajudicial de conflitos, cuja configuração inicial no Brasil remete à Constituição Imperial de 1824. À guisa de exemplo cito o caso da estrada de ferro Santos-Jundiaí, em que foi proferido parecer nos seguintes termos: “A administração realiza muito melhor os seus fins e sua tarefa convocando as partes, que com elas contratarem, a resolver as questões de direito e de fato, perante o juízo arbitral, do que denegando os direitos das partes, remetendo-as ao juízo ordinário.”

É notório o crescimento exponencial da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente em razão da chamada “crise do Judiciário”, marcada pela inefetividade e morosidade na tramitação processual.

No âmbito da administração pública brasileira, não se revela muito comum a sua utilização, e sua viabilidade restringe-se a “direitos patrimoniais disponíveis”, expressão que permeia relevante dificuldade conceitual, se alinhando em primeira análise em conceito jurídico indeterminado, e no enfrentamento da existência real dos mencionados direitos na seara do direito público, que concebe a atuação do Estado a partir do interesse público, que é indisponível e pertence à coletividade, e a disponibilidade de direito patrimonial.

Atualmente, com o advento da Lei nº 13.129/2015, a perspectiva de utilização de meios alternativos de solução de conflitos pela

Administração foi consolidada pela inclusão do § 1º ao artigo 1º da Lei nº 9.307/96, e na seara processual civil foi-lhe conferido *status* de norma fundamental.

Importante registrar que o caput do art. 3º do novo Código de Processo Civil reproduz o direito fundamental do acesso à justiça, nos termos do art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, e no tocante aos parágrafos 1º ao 3º do mencionado artigo, expressamente estão consagrados os métodos alternativos de resolução de conflitos.

A presente análise está focada na necessária mudança de paradigmas no tocante à efetiva e definitiva inserção de meios consensuais de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, considerando o enfrentamento dos princípios constitucionais inerentes à mesma, especialmente na possibilidade de mitigação da supremacia do interesse público, evitando o fomento da cultura da judicialização no país.

Diante das mencionadas ponderações, considerando o marco legal trazido pela Lei de Arbitragem, compreendo que as políticas públicas, sejam de Estado ou de Governo podem contribuir para a gestão eficiente, convergindo esforços para a disseminação da cultura de pacificação dentro da administração pública, por meio da utilização dos meios consensuais de solução de conflitos.

O problema a ser enfrentado encontra-se delimitado na resistência de adoção dos meios alternativos de resolução de conflitos na seara da administração pública, seja pelo entendimento de que ainda carece de normatização, seja pela inequívoca constatação de ausência de políticas públicas que contemplem o embate genuíno e compromissado do tema.

Desde a promulgação da Lei de Arbitragem, no ano de 1996, o Brasil tem se posicionado positiva e significativamente na consolidação dos avanços jurisprudenciais nos tribunais, assim como nas reformas legislativas, o que se traduz na consolidação de maior segurança jurídica no tocante à escolha de soluções de conflitos alternativas.

Vivenciamos, sem sombra de dúvidas, a eclosão do marco legal

da mediação, enquanto meio eficaz de concretização de pacificação, porquanto alcança no atual cenário, a construção de novas possibilidades diante da administração pública, desmistificando princípios do direito público e provocando o reexame do processo de judicialização.

Em que pese ser lançada luz na evidente crise de acesso ao Judiciário, os meios alternativos de solução de conflitos não surgem como remédio para a situação, porquanto não seja verdadeira a assertiva, na medida em que novas bases normativas se consolidam no sentido de oferecer segurança jurídica, fomentando sua utilização e o diálogo em diferentes espaços, sejam eles públicos ou privados, estabelecendo diretrizes para que políticas públicas sejam reexaminadas e disseminadas.

2. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Em meados de 1980, o país foi marcado por um processo de democratização e, o regime de políticas públicas vivenciou significativa transformação em razão da promulgação da Constituição Federal, evidenciada pela criação de mecanismos de fomento da participação da sociedade civil na formulação, implementação e controle das mesmas.

Com o advento da nova Constituição, mudanças foram observadas na gestão pública, com o resultado de um extenso e conflituoso processo de mobilizações sociais e políticas, sob a perspectiva de novos direitos e na busca pela eficiência na utilização dos recursos públicos.

Nesse contexto, as políticas públicas passaram a integrar papel de destaque na agenda governamental, reforçando a participação de novos atores, investidos em competências argumentativas e técnicas, aptas a diagnosticar problemas, proporem e formular alternativas.

De fato inexistente uma perfeita e absoluta definição de políticas públicas, entretanto, é certo que a sua formulação e ciclo constituem um processo dinâmico, cuja evidenciação de problemas afeta a agenda governamental, que encontrará diferentes formas de rejeição ou apoio,

bem como disputas em torno de decisões no campo de sua implementação, que indica a necessidade de mudança de paradigmas, sem superposição de objetivos, com a superação de resistências naturais ao ambiente de relações verticalizadas e rígidas, inerentes à Administração Pública, calcada em princípios de hierarquia e controle.

A probabilidade de determinado assunto entrar na agenda governamental, com vistas ao favorecimento de soluções políticas se revela positiva se o problema, as propostas e a política forem convergentes.

Em síntese, a perspectiva que se mostra é no tocante à construção de agenda que alcance as demandas políticas advindas do atual contexto social, cujas problemáticas exigem respostas e posicionamentos efetivos pela Administração Pública, apontando para uma imediata remodelação das estruturas institucionais tradicionais e burocráticas.

Necessário se faz uma nova percepção acerca da democratização entre o setor público e privado, cuja interação em muito contribui para implementação de políticas públicas eficientes e bem sucedidas.

O enfrentamento da questão relativa à crise do sobrecarregado Judiciário, marcada pelo recorrente discurso de inefetividade e morosidade revela uma latente busca por instrumentos alternativos de resolução de conflitos, sendo a arbitragem talvez um dos mais eficientes.

Na presença do contexto social atual, buscam-se meios de evitar a banalização do acesso ao Judiciário, em que pese a sociedade e a Administração Pública estarem condicionadas culturalmente à utilização da justiça para enfrentamento de meros dissabores cotidianos, que seriam facilmente resolvidos e tratados pelos meios alternativos extrajudiciais.

Em face da progressiva litigiosidade das relações sociais, a Administração Pública, em atenção aos princípios constitucionais da eficiência e celeridade necessita retirar da esfera de competência do Judiciário os atos e procedimentos que possam ser enfrentados e solucionados extrajudicialmente, seja por meio da arbitragem, ou da instalação dos *dispute boards* no âmbito das contratações de grande vulto, especialmente que envolvam obras e infraestrutura.

O momento histórico traz à baila a responsabilidade de gestores em todas as esferas, a existência de leis e regramentos claros acerca da adesão a meios informais de solução de controvérsias traz novo significado ao acolhimento de espaços jurisdicionais alternativos, em prol da desjudicialização.

A questão de tratativa de meios alternativos de solução de conflitos pela Administração merece especial atenção, isso porque uma mudança paradigmática demanda convergência de esforços em diversos setores, com estratégia única, em todos os níveis de hierarquia.

O contexto histórico em que particularmente vivenciamos no Brasil aponta para a necessidade de um novo paradigma, que faça frente à almejada celeridade imposta pelos avanços tecnológicos, que não admite o ordenamento jurídico alheio a essa realidade, o que gera o amadurecimento acerca da supremacia do interesse público, da regulação, do legalismo, da relativização das relações, da complexidade social que anseia pela eficácia em meio à precariedade de estrutura, desconhecimento técnico e inúmeros outros entraves à inerentes à cultura de conflitos, que atribui unicamente ao Estado a responsabilidade de apontar soluções.

Nesse diapasão, a assertiva de que o desconhecimento técnico acerca dos meios de solução de conflitos, assim como a ausência de políticas públicas que os pautem na agenda governamental contribui para a resistência institucional em aplicá-los.

Se não houver significativa e estratégica mudança na cultura de judicialização também por parte da Administração Pública, à medida que o Judiciário aparelhar-se, obviamente, um maior número de demandas de qualquer natureza a ele será submetido, em clara demonstração do retrato do poder público que não dialoga com a sociedade.

Sendo assim, a pacificação de controvérsias no âmbito da Administração Pública demanda uma interação transparente e eficiente, considerando que não mais é possível a postergação desse debate.

Nessa linha de raciocínio, os métodos alternativos de resolução de

conflitos ultrapassam referências hierarquizadas, sustentados por uma matriz democrática, paritária, que rompem a litigiosidade de disputas jurídicas, sem que isso implique no enfraquecimento do Judiciário.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM

A Lei de Arbitragem estabelece que o árbitro funcione como um juiz de fato e de direito, não estando suas decisões sujeitas à homologação do Poder Judiciário. Dessa forma, a arbitragem passou a ser considerada como atividade jurisdicional. Em decorrência deste entendimento concluiu-se em análise inicial que tal norma conflitaria com o monopólio judicial estatal, entendeu-se que tal norma conflitaria com o monopólio judicial do Estado, em afronta ao texto constitucional acerca do direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), à ampla defesa e à dupla instância de julgamento (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, julgando pedido de homologação de sentença estrangeira manifestou pela sua constitucionalidade, em razão de que a arbitragem só é cabível se as partes forem capazes e os interesses tratarem de direitos disponíveis, sem qualquer ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Ademais, a Constituição Federal não assegura o duplo grau de jurisdição, que se afigura como atividade típica de Estado, mas não exclusiva. Para a Suprema Corte, a Lei de Arbitragem sendo constitucional, representa a faculdade das mencionadas partes absolutamente capazes dirimirem conflitos afetos a seus direitos disponíveis, sem que isso implique na imposição de renúncia à via judicial.

Nessa ocasião o Ministro Carlos Velloso apresentou seu voto nos seguintes termos:

“Senhor Presidente, dou pela constitucionalidade dos preceitos impugnados na Lei 9.307/96. Com efeito, a Constituição estabelece o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV). Dirige-se o ordenamento constitucional ao legislador. É dizer: este não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário

lesão ou ameaça a direito. Entretanto, a Constituição não estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário. Ora, se a parte pode transacionar em torno de seus direitos substanciais, podendo, inclusive, desistir da ação que está promovendo, não me parece razoável, data vênia, a afirmativa de ser atentatório à Constituição art. 5º, XXXV, desistir a pessoa, física ou jurídica, do direito instrumental, mediante cláusula compromissória, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis. Posta assim a questão, parece-me correta a afirmativa, contida no parecer do Procurador-Geral da República, no sentido de que 'direito de ação' não quer dizer 'dever de ação judicial'. Nada impede exercer a pessoa, física ou jurídica o direito de transigir a respeito de direitos disponíveis. Não trata mal o princípio da inafastabilidade do controle judicial a pessoa que, capaz de contratar, submete à arbitragem os litígios seus, ainda mais se, ocorrendo causa de nulidade, pode ela pedir a tutela jurisdicional. O art. 33 assegura aos interessados o acesso ao Judiciário, no caso de alegação de nulidade da sentença arbitral e também prevê a possibilidade de ser arguida a nulidade em embargos do devedor (art. 33, § 3º, da Lei n. 9.307/96, c/c o art. 741 do Código de Processo Civil), conforme registra, aliás, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em trabalho de doutrina, 'A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro'. Em suma, Sr. Presidente, a lei não institui a arbitragem em termos obrigatórios, caso em que ocorreria ofensa ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, mas, simplesmente, faculta às partes prevenirem ou terminarem o litígio mediante à arbitragem. "Com essas breves considerações, peço vênia ao eminente Ministro Relator, e aos que o seguiram, para acompanhar o voto do eminente Ministro Nelson Jobim, que inaugurou a divergência".

Assim, segundo entendimento do STF, a Lei da arbitragem é constitucional e não fere, portando, a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, entretanto, existem posicionamentos em sentido contrário, com fundamento de que a referida lei é inconstitucional por afrontar de maneira clara o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

De acordo com o artigo 31 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral é prolatada em única instância, produz entre as partes os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, não está submetida a recurso e, sendo condenatória, constitui

título executivo. Em caso de descumprimento da sentença arbitral, poderá ser executada, perante o Judiciário, como título executivo judicial equiparado à sentença judicial, bem como poderá ser pleiteada a competente decretação de nulidade, em casos de ocorrência de vícios processuais. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é legítima a cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, sem ofensa à norma constitucional.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade “*é fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei*”. (Curso de direito administrativo, p. 103)

A inserção de meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo da arbitragem não constitui invasão da esfera de atuação do Judiciário, cujos diversos órgãos, singulares ou colegiados permanecem com a mesma competência. Se diversa fosse a disposição legal, por óbvio haveria a propositura de alteração no texto constitucional, o que não ocorreu.

4. OS DISPUTE BOARDS NO DIREITO BRASILEIRO

A questão econômica que envolve alguns conflitos se revela como vetor de peso para a adoção de procedimentos alternativos de solução de controvérsias. O tempo demandado para solução desses conflitos reflete na economicidade da contratação, assim como a sua pertinência ou adequação técnica, revestindo de complexidade algumas relações contratuais.

Nesse cenário surgem os *Dispute Boards*, que nada mais são do que comitês formados por profissionais com irrepreensível conhecimento e experiência, imparciais, contratados para acompanhar disputas, sem que seja necessária a atuação judicial ou de árbitros.

Os mencionados profissionais, intitulados *dispute boards*,

constituem-se por especialistas da área jurídica e técnica, de acordo com o objeto contratual, que acompanham a sua execução desde o início. Via de regra conhecem com muita propriedade os contratos a serem executados, revelando-se aptos a propor soluções rápidas e eficazes à solução de controvérsias advindas das pactuações, evitando paralisações que podem representar prejuízos de grande monta às partes.

A adoção desta forma de solução de conflitos pode representar expressiva economia em contratações complexas e de longo prazo, especialmente naquelas de construção e infraestrutura.

Estabelecendo uma distinção a respeito dos *dispute boards*, Arnoldo Wald os conceitua como sendo:

(...) painéis, comitês ou conselhos para solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato, e que acompanham a sua execução até o fim podendo, conforme o caso, fazer recomendações ou tomar decisões, ou até tendo ambas as funções, dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.

A importância crescente dos dispute boards decorre, como já assinalamos, da inviabilidade de termos um hiato na execução do contrato e da velocidade que o mundo moderno exige dos empresários para a tomada de decisões. O tempo do dispute board é diferente do da justiça e da arbitragem, mesmo, se, em alguns casos mais complexos, o acerto final das contas, em virtude de uma renegociação, pode ser deixado para um outro momento, desde que as partes sejam solventes e hajam garantias adequadas, e desde que não se prejudique o andamento do contrato.

Depreende-se, portanto, que os *dispute boards* tiveram seu início na indústria dos contratos de construção e infraestrutura, dando origem a um comitê de especialistas que agregam uma ampla e clara visão às controvérsias contratuais, conferindo um efetivo acompanhamento que gera impacto nos custos dos projetos, de forma célere.

O mencionado mecanismo é formado desde o início da relação, evitando a adoção de medidas drásticas na execução do contrato, com vistas à contenção de prejuízos financeiros, a exemplo da paralisação de obras públicas.

De forma objetiva e simples, os *dispute boards* expressam a autonomia da vontade das partes inserida em cláusula contratual, com vistas à sua inclusão como mecanismo de resolução de controvérsias que venham a surgir no curso da execução contratual.

O cenário anteriormente delineado, somado à ineficiência da jurisdição estatal para lidar com divergências técnicas propiciou o surgimento de meios alternativos de solução de controvérsias, que afastem a busca pelo Judiciário para dirimir impasses contratuais. Como bem elucidou **Roberto Hernández García**, a arbitragem encontrou nessa seara de obras públicas um espaço fértil para o seu desenvolvimento, com vantagens diversas para as partes:

No caso das controvérsias no setor da construção, a jurisdição estatal, através de disputas embasadas na potestade originária do Poder Judiciário de um país administrar justiça teve nos últimos anos certas crises como consequência do grande acúmulo de assuntos que os tribunais de um país têm que enfrentar com a consequente falta de celeridade e de oportunidade que um projeto de construção requer. Nesse contexto, os anos 80 viram nascer na maioria das jurisdições um novo impulso crescente pela arbitragem comercial na construção pública e privada. A arbitragem, de forma resumida é um meio alternativo de controvérsias baseado no acordo de duas ou mais partes que celebram um contrato em que um ou mais terceiros integrados em um tribunal privado resolvam as controvérsias que são submetidas à sua consideração, emitindo uma decisão (laudo) com força legal de uma sentença judicial.

Dessa forma, em razão das peculiaridades que envolvem os contratos de construção e infraestrutura, é primordial que as controvérsias sejam prontamente conhecidas e enfrentadas, sem consequências irremediáveis, com a necessária imparcialidade de técnicos.

No Brasil, os *dispute boards* foram inseridos nos contratos para a expansão do metrô de São Paulo, na Parceria Público-Privada para construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte, Minas Gerais, em contratos firmados para a construção ou reforma de estádios para a Copa do Mundo de 2014, dentre outras obras.

Em que pese a real possibilidade de utilização desse método

nos contratos privados, os comitês têm sido usados no Brasil em obras do Poder Público, sobretudo em contratos de concessão e de parceria público-privadas. Com respaldo na diretriz básica do princípio da legalidade, que a aplicação dos *dispute boards* nos contratos administrativos se revela diferente da sistemática adotada para os contratos privados, pela imprescindível e expressa disposição legal que autorize a Administração Pública a adotar essa conduta, em homenagem à supremacia do interesse público e sua indisponibilidade.

5. OS LIMITES À UTILIZAÇÃO DOS MECANISMOS ALTERNATIVOS À SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A discussão acerca da viabilidade jurídica de submeter litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis pela Administração ainda se revela assunto tormentoso, a uma pela dificuldade conceitual em estabelecer a definição de “direitos patrimoniais disponíveis”, a duas pelo necessário enfrentamento acerca da visão do direito administrativo que admite a atuação do estado a partir do interesse público, pertencente à coletividade, portanto, indisponível.

A linha de raciocínio que compreende a atuação da Administração absolutamente presa aos princípios da supremacia do interesse público e da legalidade, inviabiliza a adoção da arbitragem entre entes públicos e particulares.

De outra senda, em razão de contínua alteração legislativa no direito brasileiro estabeleceu-se posicionamentos favoráveis à utilização de meios alternativos para solução de controvérsias havidas em relações jurídicas estabelecidas entre particulares e a Administração Pública, com a clara flexibilização do rigor do princípio da indisponibilidade do interesse público, rompendo a estreita visão de verticalidade, em acolhimento à existência de prerrogativas especiais do Estado nos casos em que há justa motivação, em detrimento de privilégios anteriormente permitidos.

Parte da abalizada doutrina sustenta a legalidade da submissão

do Poder Público ao juízo arbitral, apoiado em precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal que reconheceu *“a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.”*

Imperativo registrar que não se transige direito público indisponível, devendo a arbitragem ser adotada em que seja prevalente o aspecto de patrimonialidade, pela incidência relativa de indisponibilidade, com cautela redobrada na gestão dos recursos públicos.

De acordo com brilhante crítica feita pelo Ministro Eros Grau, a arbitragem apenas previne, mas não encerra a jurisdição, inexistindo na Constituição Federal o regime jurídico próprio dos contratos administrativos, não se pode confundir disponibilidade de direitos patrimoniais e indisponibilidade do interesse público, porquanto não há correlação entre ambos. Nesse sentido, razoável a utilização da arbitragem pela Administração.

6. MUDANÇA DE PARADIGMAS

No tocante às funções constitucionais do Estado convém esclarecer que a função do Estado social de direito é precipuamente estabelecer e executar ações, atividades e programas, com vistas à supremacia do interesse público. A Constituição Federal elenca em seu artigo 3º os objetivos fundamentais a serem alcançados pelo Estado e, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, *“para atingir esses objetivos fundamentais (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado tem que se organizar no **facere** e **praestare**, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de direito transforma-se em Estado democrático de direito”*.

Com efeito presenciamos um novo modo de pensar a justiça e a atuação da Administração Pública. A interdisciplinariedade se revela como fator marcante para a solução de conflitos, na medida em que reabilita formas de composição adequadas.

A Arbitragem é um poderoso instrumento para a superação da

burocracia, em contraposição às sistemáticas processualistas formais, que justificam uma justiça tardia e morosa, cujo papel revela a importância que o legislador brasileiro conferiu na Lei nº 13.105/15, aos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

Nesse contexto de crescimento exponencial da litigiosidade, condimentada pelo descrédito nas instituições, os meios alternativos de solução de conflitos se posicionam como resposta às intermináveis demandas da sociedade, ávida por mudanças factíveis. Nesse trilhar creio na viabilidade da Administração Pública paritária, que relativiza a relação vertical com o particular.

Imperioso o enfrentamento imediato e responsável acerca do cenário delineado no âmbito da Administração Pública, bombardeada pelo fracasso na gestão da coisa pública, convenientemente amparada por posicionamentos que a coloca acima dos conflitos, configurando má administração e maculando o ordenamento jurídico.

O Brasil foi colonizado por um Estado falido, cujas ilegalidades iniciaram na sua própria concepção, perdurando práticas de corrupção presentes na normalidade das instituições, que muito contribuíram para a construção cultural da Administração, inerentes ao comportamento de seu povo.

A partir do governo Fernando Henrique Cardoso, foi estruturado o que se entende por administração gerencial. Nesse sentido, explica Bresser Pereira:

A administração gerencial, também conhecida como Nova Administração Pública parte do pressuposto de que o estado não deve ser um simples instrumento para garantir a propriedade e os contratos. Ao contrário, devem formular e implantar políticas públicas estratégicas para a sociedade, tanto na área social quanto científica e tecnológica (PEREIRA, 1998, p. 7)

A Administração Pública Brasileira se encontra em um momento de transição, tendo no princípio da moralidade e combate à corrupção a intenção de manejo de ações positivas, em contraposição aos aspectos negativos que sempre nortearam a execução dos

serviços públicos. A mudança é lenta.

REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO, A. C.; LINO, M. dos S. O dispute board nos contratos de concessão de serviços públicos. In: MARCONDES, F. (Org.). *Direito da construção: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção*. São Paulo: PINI, 2014.

FREY, Klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro, n. 21, junho., 2000.

GALVÃO, A. de M. V. Os dispute review boards e o sistema jurídico brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, n. 32, p. 190-211, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008

MARCONDES, A. F. M. Os dispute boards e os contratos de construção. In: MARCONDES, F. (Org.). *Direito da construção: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção*. São Paulo: PINI, 2014.



PRINCÍPIO FEDERATIVO, AUTONOMIA MUNICIPAL E A EPIDEMIA DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

Lázaro Reis Pinheiro Silva

1. INTRODUÇÃO

Apesar de formalmente investido como parte da estrutura federativa apenas em 1988, com o advento da Constituição Cidadã⁸⁵, a figura do município enquanto centro de poder e decisão tem estado presente na vida social e política brasileira desde os primórdios da história do nosso país.

Com efeito, apesar de a Federação brasileira haver se formado por descentralização ou desagregação, como costumam pontuar os constitucionalistas pátrios – já que inexistiam entes soberanos independentes, mas sim um poder central, unitário, materializado no Império – tem-se que a construção da identidade nacional brasileira deu-se gradualmente, a partir do sentimento de pertencimento a determinada região do país. Mesmo no período próximo à independência, em 1822, os brasileiros identificavam-se primordialmente com suas províncias e vilas, donde ressaí a percepção de que a ideia de unidade nacional passou sempre pela preservação dos interesses locais e regionais.

Ilustrativas desta afirmação são as constatações históricas de que “às vésperas da independência, os deputados da capitania de São

85 Tal constatação foi bem identificada por José Afonso da Silva em obra clássica sobre o tratamento conferido ao município na Constituição de 1988. Não se desconhece, contudo, que o citado mestre ponderou posteriormente que a inclusão dos municípios como entidade federativa consistiu no acolhimento de tese equivocada, como se infere do seu indispensável Curso de Direito Constitucional Positivo.

Paulo, presentes às cortes de Lisboa, diziam abertamente não serem representantes do Brasil mas de sua capitania”, de que “*em 1824, logo após a independência, a revolta da Confederação do Equador, liderada por Pernambuco, separou várias províncias do resto do país e proclamou uma república*”, bem como de que, à mesma época, um destacado deputado mineiro, ao qual não caberia imputar o predicado de separatista, “*falando a seus conterrâneos referia-se a Minas Gerais como ‘minha pátria’, em contraste com o Brasil, que seria o ‘Império’*” (CARVALHO, 2016, p. 81-82).

Neste passo, ao exame das constituições brasileiras é possível observar que mesmo anteriormente a 1988, a despeito de ainda não figurar como ente federativo, o Município brasileiro já ostentava relevância política, social e jurídica. Em outras palavras, já se traduzia como um centro de decisões, a partir do qual emanavam escolhas políticas essenciais ao cotidiano dos seus habitantes, tanto que esteve presente em todas as constituições republicanas, ainda que, por vezes, timidamente⁸⁶.

Ao se discutir o problema da efetividade da autonomia municipal, pois, não se pode dizer que seja este um tema novo. Contudo, inegável é que a Constituição de 1988, através do seu art. 1º, trouxe nova conformação à federação brasileira e à estatura jurídica dos municípios. Esta nova conformação, por outro lado, ensejou importantes desdobramentos no aspecto da tributação e das finanças públicas e persistentes discussões que se renovam até os dias de hoje, momento em que a doutrina jurídica se debruça sobre uma possível reforma constitucional tributária.

Assim, com olhos no princípio federativo e na autonomia municipal, o presente trabalho pretende campear pelo tema da repartição das competências tributárias e das receitas provenientes de sua arrecadação, abordando especificamente o problema das inúmeras

86 A primeira constituição republicana de 1891 já enunciava a necessidade de que os Estados fossem organizados de modo a conferir autonomia aos municípios. Tal diretriz foi reforçada em 1926, através da Emenda Constitucional nº 03, que conferiu ao Governo Federal a possibilidade de interferir nos *negócios peculiares aos Estados*, a fim de assegurar a autonomia dos municípios.

contribuições especiais editadas pela União desde o advento da Constituição de 1988, que, em linha de princípio, parecem hostis ao equilíbrio da federação, alijando os demais entes federativos e, em especial, os municípios brasileiros.

2. O PRINCÍPIO FEDERATIVO E A RIGIDEZ DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. SUA RELAÇÃO INTRÍNSECA COM O PROBLEMA DA AUTONOMIA FINANCEIRA DOS ENTES POLÍTICOS

Ao falar em sistema, o estudioso é imediatamente conduzido à ideia de reunião de elementos distintos, de um todo composto de partes unitárias. Trata-se de raciocínio que, se não equivocado é, ao menos, incompleto.

O mestre Geraldo Ataliba bem advertiu que os elementos de um sistema não consistem em um mero somatório, um simples agregado de diferentes peças, na medida em que desempenham funções coordenadas, uns em relação aos outros. Assim, ao mergulhar no estudo de qualquer temática jurídica, por mais simples que lhe possa parecer a virtual solução, deve o intérprete, na maior medida possível, manusear com cuidado o seu objeto de estudo, tomando como ponto de partida a matriz constitucional dos institutos em exame e buscando compreender as interações normativas que lhe dão conformação jurídica.

Com esteio na doutrina de Gregório Robles, Estevão Horvath traz à baila a distinção entre ordenamento jurídico e sistema. Nas suas lições, compreende-se por ordenamento o texto jurídico positivado, que é o elemento bruto submetido a refinamento pela dogmática jurídica, a fim de que dele se extraia o sistema, produto de um verdadeiro trabalho de lapidação do intérprete.

Tomando outro caminho, Aurora Tomazini de Carvalho principia por trazer os elementos comumente considerados pelos autores para definição da noção de sistema. Sinaliza que o signo *sistema* é frequentemente utilizado em acepção ampla – enquadrando tanto a

Ciência do Direito como o direito positivo em seu campo denotativo – , e, noutras vezes, adotado em sentido restrito, nela restando enquadrada apenas a Ciência do Direito, ou seja, excluindo-se o direito positivo do conceito de sistema.

Ao conceito difundido de *sistema* como uma totalidade composta de diversas partes, acrescenta uma outra nota distintiva consistente na existência de um referencial comum, salientando em seguida que, “*onde houver a possibilidade de reunirmos, de forma estruturada, elementos que se conectam sob um princípio unificador, estará presente a noção de sistema*” (2014, p. 128).

Mais adiante, pontua que o caráter sistêmico do direito positivo independe da existência de certas incoerências entre os seus elementos, que, aliás, somente se revelam possíveis justamente por estarem os mesmos dispostos em torno de um referencial comum, ou seja, por pertencerem a um mesmo sistema – já que não seria lógico falar em conflitos entre diferentes sistemas (conflitos intersistêmicos). Assim, afasta a distinção proposta por Robles e assevera que o direito positivo deve ser tomado como um sistema.

Na lição de Geraldo Ataliba, entende-se por sistema constitucional tributário “*o conjunto de princípios constitucionais que informa o quadro orgânico de normas fundamentais e gerais do direito tributário, vigentes em determinado país*” (1968, p. 8), e, se sistema é comumente entendido como um conjunto ordenado de elementos segundo uma perspectiva unitária, conseqüentemente “*o sistema constitucional tributário brasileiro pode ser traduzido como o conjunto ordenado das normas constitucionais que tratam da matéria tributária*” (1968, p. 8). Adotando-se esta premissa, para que se possa falar em sistema é imprescindível que os elementos em exame estejam dispostos no entorno de um ou mais elementos comuns, a fim de que, por meio de alguma ordenação de tais elementos, se alcance a necessária perspectiva unitária.

Neste quadrante, ao se discutir o tema ou instituto da autonomia municipal sob a ótica tributária, emerge de imediato a necessidade de que se tome em consideração a esfera de competência tributária

reservada aos entes federativos e da repartição dos produtos das respectivas arrecadações. Em suma, para que se dê *tratamento sistemático* ao tema da autonomia, entendemos curial examinar o princípio federativo e a característica rígida do sistema constitucional de repartição de competências tributárias, tomando-os como o *princípio unificador* em torno dos quais gravitam os elementos normativos implicados.

A Federação consiste apenas em uma forma de estado, revelando-se infrutíferos os esforços por conferir-lhe um conteúdo definitivo, acabado, que se aplique universalmente. Traduz-se numa união de Estados, com o propósito de constituir um novo ente, diferente daqueles que o integram.

No entanto, como bem adverte Roque Carrazza, apesar de existir significativa divergência em torno do assunto, própria da fluidez do conceito de Federação, muitos autores adotam o posicionamento de que a existência de um Estado Federal pressupõe a participação direta e indireta dos seus elementos na formação da vontade federal. Demais disso, entende-se que os entes federativos devem desfrutar de alguma autonomia, constitucionalmente regida por meio da delimitação de competências, cuja usurpação resta veementemente vedada aos demais entes integrantes do *todo federativo*.

Na esteira dos ensinamentos do referido mestre, extrai-se do denominado *princípio federativo* a vedação a tratamentos jurídicos que criem distinções ou preferências entre as pessoas políticas, o que, por evidente, inclui as diferenças tributárias. É nesse contexto que vislumbra a possibilidade de se falar em um *princípio da lealdade federativa*, a impor que os entes políticos se abstenham da adoção de posturas discriminatórias e prejudiciais aos legítimos interesses uns dos outros.

Em suma, como o próprio pórtico da Lei Maior revela, o federalismo – com seu consectário conatural, que é a autonomia dos entes federativos – dá a tônica do Estado Brasileiro.

De fato, inexistente hierarquia jurídica entre os entes federativos. Todos são pessoas jurídicas dotadas de plena capacidade política, enquanto atuam dentro de suas esferas de competência, constitucionalmente

traçadas. Portanto, a harmonia deve presidir a convivência dos entes federativos (pessoas políticas). Há, aliás, implícita na Constituição brasileira a ideia de que desta *convivência harmoniosa* resultará o bem de toda a Nação. (2015, p. 173).

O art. 1º da Constituição da República, citado alhures, já deita a composição da Federação brasileira, ali incluindo os Municípios, o que é posteriormente reforçado pelo art. 18, ao dispor sobre a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil. Contudo, foi a partir do art. 145 do texto constitucional que o legislador constituinte cuidou de assegurar aos entes federativos os recursos necessários a fim de que pudessem desempenhar suas competências constitucionais, outorgando-lhes, nesse passo, certas competências legislativas, a fim de que possam instituir seus próprios tributos.

É sabido que, ao dispor sobre as espécies tributárias, o constituinte contemplou a possibilidade de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituírem *impostos, taxas e contribuições*. Ocorre que, se quanto às taxas e às contribuições o texto constitucional foi econômico nas palavras, dado o caráter vinculado de tais exações – com exceção da competência da União para a instituição de contribuições especiais para custeio da seguridade social, que contou com significativo detalhamento constitucional no art. 195 –, foi quanto aos impostos que o legislador constituinte revelou-se mais atento aos detalhes, explicitando, cuidadosamente, as faixas de competência dos entes políticos.

De fato, nos artigos 153, 155 e 156 o constituinte definiu a competência tributária dos entes federativos para a instituição de impostos com base nas materialidades, ou seja, através da delimitação de fatos jurídicos representativos de riquezas potencialmente atingíveis pela atividade tributante. Assim, reservou aos municípios a instituição de impostos sobre (i) a *propriedade predial e territorial urbana*, (ii) a *transmissão inter vivos de bens imóveis*, (iii) e os *serviços de qualquer natureza*, excluídos aqueles compreendidos na competência dos Estados (art. 155, II).

É assente na doutrina a ideia de que a distribuição de

competências tributárias constitui uma autêntica limitação ao poder de tributar. Aliás, sob a égide da Constituição Cidadã sequer há que se falar em poder tributário, mas apenas em competência tributária, já que “*a força tributante estatal não atua livremente, mas dentro dos limites do direito positivo*” (CARRAZZA, 2015, p. 592).

No mesmo sentido, registre-se o entendimento de Regina Helena Costa, para quem, ao definir as faixas de competência para a instituição de tributos, conferida a cada ente federativo em caráter privativo, a Constituição acaba por excluir as demais pessoas políticas. Com efeito, aduz a nobre professora que a repartição das competências tributárias constitui autêntica limitação constitucional ao poder de tributar:

As limitações à competência tributária são traduzidas, essencialmente, na repartição de competências tributárias, bem como na indicação de princípios e imunidades.

A repartição de competências tributárias entre as pessoas políticas, já examinada, constitui autêntica limitação, porquanto a Lei Maior, ao definir a aptidão para instituir tributos cabente a cada ente federativo, em caráter privativo, exclui as demais pessoas políticas da mesma aptidão. Assim é que, quando atribui à União a competência para instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, está, implicitamente, afastando as demais pessoas políticas da possibilidade de fazê-lo. (2017, p. 78)

Por esse motivo é que Roque Carrazza identifica a delimitação das competências impositivas como um “*reclamo imposterável dos princípios federativo e da autonomia municipal e do Distrito Federal, que nosso ordenamento jurídico consagrou*” (2015, 589-601)⁸⁷, na justa medida em que somente assim restam assegurados aos entes federativos os recursos necessários ao desempenho de suas incumbências constitucionais, o que interessa sobremaneira aos Municípios, historicamente relegados a segundo plano na formação da vontade federal.

O que há de se ter sempre em conta é que a delimitação de

87 Para o mestre, “*a rígida discriminação de competências tributárias assegura a isonomia das pessoas políticas, já que lhes garante a autonomia financeira e, graças a ela, as autonomias política, administrativa e legislativa*” (CARRAZZA, 2015, p. 589 e 601).

competências tributárias pelo constituinte originário traduz-se num esquema formal de partilha do *poder tributário* entre os entes federativos. Ora, tendo a Constituição criado entes autônomos, cada qual dotado de atribuições específicas no todo federativo, era imperiosa a necessidade de que restassem assegurados a cada qual os recursos indispensáveis para que fizessem frente às suas obrigações constitucionais. Referida partilha, todavia, deu-se no momento pré-constitucional, de modo que promulgada a Constituição da República, já não se pode falar propriamente em poder tributário, mas apenas nas competências tributárias rigidamente definidas, inexistindo a possibilidade de que qualquer dos entes venha a constringer, direta ou indiretamente, as esferas de competência outorgadas aos demais.

Neste sentido, é sempre indispensável a firme advertência lançada pelo Professor Roque Carrazza:

No Brasil, por força de uma série de disposições constitucionais, não há falar em *poder tributário* (incontrastável, absoluto), mas, tão somente, em *competência tributária* (regrada, disciplinada pelo Direito).

De fato, entre nós, a força tributante estatal não atua livremente, mas dentro dos limites do direito positivo. Como veremos em seguida, cada uma das pessoas políticas não possui, em nosso país, poder tributário (manifestação do *ius imperium* do Estado), mas competência tributária (manifestação da autonomia da pessoa política e, assim, sujeita ao ordenamento jurídico-constitucional). A competência tributária é determinada pelas normas constitucionais, que, como é pacífico, são de grau superior às de nível legal, que – estas, sim – preveem as concretas obrigações tributárias.

Em boa técnica, não se pode dizer que as pessoas políticas têm, no Brasil, *poder tributário*. *Poder tributário* tinha a Assembleia Nacional Constituinte, que era soberana. Ela, realmente, tudo podia, inclusive em matéria tributária. A partir do momento, porém, em que foi promulgada a Constituição Federal, o *poder tributário* retornou ao povo (detentor da soberania). O que passou a existir, em seu lugar, foram as *competências tributárias*, que a mesma Constituição Federal repartiu entre a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. (2015, p. 591).

A intrínseca relação entre autonomia financeira das pessoas políticas e a rigidez das competências impositivas não escapou à pena do Professor Geraldo Ataliba, que, em suas sempre lembradas lições, pontificou que “*a circunstância de se conferir competência privativa a um ente, importa em pôr obstáculo erga omnes ao exercício da mesma competência*”. (1968, p. 35). Nota-se, porém, que o mestre foi além nas suas análises, asseverando que “*a rigidez do sistema brasileiro não foi intencional, mas resultou da preocupação do constituinte em assegurar a autonomia das entidades federadas e municípios*”, chamando atenção, mais adiante, para o problema da participação de uns entes no produto de impostos que se inserem na competência de outros, reconhecendo aí certos “*direitos e deveres de natureza financeira, formalmente constitucionais*” (1968, p. 91), de grande relevância, a despeito de não se tratar de tema propriamente tributário.

Assim, percebe-se que o problema da autonomia municipal, conquanto intimamente ligado à temática do regular exercício das próprias competências impositivas do ente político, nele não se esgota, alcançando ainda, e *em certa medida*, o exercício da competência tributária dos demais entes federativos, uma vez que a Constituição da República traz regras minuciosas acerca da repartição das receitas tributárias – artigo 157 e seguintes da Constituição. O exame das competências impositivas à luz desta perspectiva interessa especialmente aos Municípios, destinatários de parte do produto dos impostos arrecadados pela União e pelos Estados, nos termos dos artigos 158 e 159 da Constituição da República.

3. A COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO PARA INSTITUIR CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS. UTILIZAÇÃO DESENFREADA DA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA E O PROBLEMA DA TREDESTINAÇÃO DO PRODUTO DE SUA ARRECADAÇÃO

Como brevemente assentado linhas acima, *em certos termos*, o regular exercício da competência tributária pela União e pelos Estados interessa naturalmente aos Municípios e ao Distrito Federal,

assim como, aos Estados e ao Distrito Federal, interessa que a União exerça suas competências impositivas adequadamente⁸⁸. Trata-se do problema da repartição das receitas tributárias que, a despeito de propriamente *financeiro*, já que concerne à destinação do produto da arrecadação, num ponto cronológico em que de obrigação tributária já não se cuida, tem especial relevância quando se considera o tema das contribuições especiais de competência da União.

Nos termos do art. 149 da Constituição da República, compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas. Assim, afirma-se que o texto constitucional prevê três modalidades de *contribuições especiais*, a saber, as interventivas, as corporativas e as sociais.

Sobre o tema das contribuições, é clássica a lição de Geraldo Ataliba que, com o senso crítico peculiar à sua preciosa obra, destaca a necessidade de que as contribuições, para que se configurem como espécie tributária distinta dos impostos e das taxas, tenham na sua hipótese de incidência uma atuação estatal, e carreguem, como base impositiva, uma medida do elemento intermediário que se põe entre o benefício auferido pelo contribuinte e a atuação estatal que lhe é mediatamente referida. Nesse sentido, aliás, denuncia a censurável postura legislativa de instituir-se tributos com *nomen iuris* de “*contribuições*”, diante da dificuldade de enquadrá-lo propriamente como taxa ou imposto:

Não é difícil reconhecer as diferenças entre imposto e contribuição. Basta recordar que o primeiro é tributo não vinculado e a segunda é tributo vinculado.

A dificuldade está em discernir a contribuição da taxa, em certos casos limítrofes.

88 Note-se que o ente político não está obrigado a transferir recursos não arrecadados, como se dá nos casos em que são concedidas isenções de tributos cujo produto da arrecadação há de ser partilhado, como fixou o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 705.423 (Tema 653). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>. Acesso em: 17.03.2018.

Na maioria das vezes, no Brasil, quando o legislador “sente” ou intui que o tributo que vai instituir não é bem taxa nem imposto, dá-lhe o nome de contribuição. Ao exegeta fica a tarefa de determinar a espécie criada, independentemente do *nomem iuris* adotado e com abstração dos aspectos financeiros (pré-legislativos), ainda que transparentes do próprio texto legal. (2016, p. 184).

Examinando o texto constitucional, percebe-se que, como regra, o constituinte não indicou as hipóteses de incidência e bases de cálculo das contribuições, como se deu com relação aos impostos. Limitou-se a Constituição a prescrever as finalidades a serem atingidas por meio das contribuições, donde resulta uma vinculação intrínseca do produto de sua arrecadação à intervenção no domínio econômico, ao atendimento de categorias profissionais ou econômicas e ao custeio da seguridade social.

Calha observar que, como decorrência natural da destinação específica do produto da arrecadação e com exceção da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, §4º, tais espécies tributárias não estão abrangidas pelos artigos 157 a 159 da Constituição da República, de modo que os recursos arrecadados pela União com sua instituição e cobrança, em regra, não são repartidos com os Estados, Distrito Federal e Municípios. Antes, tais contribuições tem como característica a vinculação a uma finalidade constitucionalmente definida, razão pela qual são denominados tributos “*finalisticamente afetados*”.

Pois bem. Na seara das contribuições especiais, chama atenção a disciplina jurídica daquelas dispostas no art. 195, destinadas ao custeio da seguridade social, e que são tomadas como exemplo nas presentes linhas. Ao contrário do que ocorre com as demais contribuições especiais, o constituinte tratou de especificar o núcleo de suas hipóteses de incidência.

Em sua redação originária, o dispositivo em comento previa as seguintes contribuições sociais: *I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; II – dos trabalhadores; III*

– *sobre a receita de concursos de prognósticos*. Assim, verifica-se que as contribuições a cargo do empregador, incidentes sobre o faturamento e o lucro, já traziam materialidades próprias de impostos – fatos desvinculados de qualquer atuação estatal –, o que sempre levou a doutrina a reconhecer em tais contribuições verdadeiros *impostos com destinação específica*.

Tais *impostos com destinação específica*, portanto, foram desde logo enquadrados pelo constituinte como contribuições especiais, donde resulta que, a despeito de suas hipóteses de incidência próprias de imposto – ou até coincidentes, como é o caso da contribuição sobre o lucro, que acaba por atingir a mesma materialidade do imposto sobre a renda –, não há dúvida quanto à legitimidade de sua destinação específica. Em suma, quis o poder constituinte originário que as receitas tributárias provenientes das materialidades ali descritas fossem destinadas ao custeio da seguridade social, excepcionando a regra constitucional de vedação à vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa – art. 167, IV da Constituição da República.

Ocorre que a redação do art. 195 sofreu posteriores alterações pelo constituinte derivado. A Emenda Constitucional nº 20 alargou sobremaneira o seu alcance, ampliando não apenas a possível sujeição passiva – *a contribuição passa a ser devida pelo empregador, empresa e entidade a ela equiparada* – mas também os possíveis aspectos materiais das hipóteses de incidência a serem adotados pelo legislador infraconstitucional – *a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; e a receita*.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 42/03 também cuidou de delinear nova hipótese de incidência de contribuição especial para a seguridade social, a cargo do “*importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar*”, acrescentando o inciso IV ao citado artigo 195.

Convém registrar inicialmente que o expediente adotado pelo

legislador para delinear as novas hipóteses de incidência foi flagrantemente equivocado. O §4º do art. 195 já admitia a possibilidade de que viessem a ser instituídas outras fontes de custeio para a seguridade social, desde que fosse observado o art. 154, I, que dispõe sobre a competência tributária residual da União, de modo que as novas contribuições seriam *instituídas por lei complementar, não cumulativas, e não teriam fato gerador ou base de cálculo próprios dos impostos já discriminados na Constituição*.

No entanto, por meio de emenda à constituição, abriu-se à União a possibilidade de instituir novos *impostos com destinação específica* até então não autorizados pelo texto constitucional. Tais exações, portanto, acabaram infringindo o disposto no §4º do art. 195, combinado com o art. 154, I da Constituição da República, como bem salientado por Roque Carrazza:

Lembramos que, nos termos do §4º do art. 195 da CF, a União ‘poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I. A só leitura deste parágrafo já nos revela que outras contribuições sociais para o custeio da seguridade social, isto é, que não se ajustem às regras-matrizes estampadas no art. 195, I e II, da CF (em sua redação original), só podem ser instituídas obedecidos os requisitos do art. 154, I, do mesmo Diploma Magno”. Dito de outro modo, as contribuições sociais para a seguridade social poderão incidir sobre outros fatos econômicos, além da folha de salários (folha de pagamento dos empregados), o faturamento e o lucro. Para que isto, porém, validamente aconteça, é mister venham instituídas por meio de lei complementar, sendo-lhes vedada a cumulatividade. Devem, por igual modo, obedecer, em tudo e por tudo, ao regime jurídico tributário, traçado na Constituição. (2015, p. 716).

Demais disso, percebe-se que, se a redação originária do art. 195, I veiculava uma legítima exceção constitucional à regra da desvinculação das receitas provenientes de impostos, já que posta pelo próprio constituinte, o mesmo não se pode dizer das materialidades ali inseridas pelo reformador constitucional, por meio de emenda à constituição, mormente na medida em que produzem uma *sobrecarga*

sobre outra materialidade, reservada ao imposto sobre a renda, de competência da União, ainda que indiretamente. Ao contrário, emerge fundada dúvida acerca da legitimidade da ampliação do art. 195, I, levada a cabo sob o fundamento de viabilizar novas fontes de custeio para o orçamento da seguridade social.

É bem certo que a vocação constitucional de tais exações é indubitavelmente nobre. Aliás, em suas notas de atualização à obra de Aliomar Baleeiro, Misabel Derzi chega a apontar que a destinação assume relevância não apenas sob a ótica tributária, como também no aspecto constitucional e legitimador do exercício da competência da União.

Contudo, também a destinação constitucional de tais contribuições vem sendo diuturnamente desatendida pela União.

Ainda em 1997, menos de uma década após a promulgação da Constituição da República de 1988, a Emenda Constitucional de Revisão nº 1 instituiu o Fundo Social de Emergência, descaracterizando a contribuição social sobre o lucro e a destinada ao custeio do seguro-desemprego. A partir de então se seguiram diversas desfigurações, através da chamada Desvinculação de Arrecadação de Impostos e Contribuições Sociais da União – DRU, tendo a mais recente delas sido introduzida pela Emenda Constitucional nº 93/16, que acrescentou os artigos 76, 76-A e 76-B ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁸⁹.

Desse modo, num contexto em que se discute uma eventual reforma constitucional tributária, com a possível redução das competências impositivas reservadas aos Municípios, calha questionar sobre a legitimidade constitucional de tais contribuições sob a ótica do princípio federativo e da autonomia municipal. Como temos indicado, o tema ganha cor diante da rigidez do sistema constitucional tributário, que reservou determinadas materialidades aos impostos atribuídos a

89 Nos termos do novo art. 76 do ADCT, “São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral de Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data”.

cada ente político, vedou a vinculação de seus recursos a órgão, fundo ou despesa – ressalvadas as exceções constitucionais – , assegurou a participação dos Municípios no produto da arrecadação da União e dos Estados e, por fim, criou mecanismos para a *preservação das próprias materialidades eleitas*, como passamos a analisar.

4. ANÁLISE DOS ARTIGOS 195, §4º, 154, I E 167, IV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NECESSIDADE DE CONFERIR MAIOR EFETIVIDADE À AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS, EM ESPECIAL A DOS MUNICÍPIOS

Discutir a constitucionalidade de uma dada exação em atenção à destinação do produto da sua arrecadação é tarefa que acaba por encontrar significativa resistência e importantes percalços teóricos, sobretudo porque o tema, como já afirmado, diz mais intimamente ao direito financeiro, versando sobre a aplicação de recursos arrecadados que, a rigor, já não podem ser identificados como tributo. Não é esta a tarefa a qual o presente artigo se propõe, mas sim a de suscitar a reflexão sobre se determinados regramentos constitucionais constituem mecanismos de resguardo do interesse dos demais entes políticos, funcionando como limites à hipertrofia das contribuições especiais, verificada nestes trinta anos de vigência da Constituição Cidadã.

É sabido que a Constituição da República implementou um fortalecimento da autonomia dos Municípios, tanto através da reserva de fontes próprias de receita tributária, quanto por meio da sua participação no produto da arrecadação da União e dos Estados. Como bem leciona José Afonso da Silva, esta técnica de distribuição de receitas tributárias de uma entidade federativa para outras consiste no chamado *federalismo cooperativo*, francamente iniciado no Brasil já com a Constituição de 1934.

Contudo, a disparidade entre os municípios brasileiros tem demonstrado que muitos deles não conseguem fazer face aos seus orçamentos por meio das receitas próprias que lhes foram conferidas

pelo texto constitucional. Ao contrário, muitos são altamente dependentes dos repasses realizados por meio do chamado Fundo de Participação dos Municípios.

Tais realidades, tão discrepantes, foram lucidamente adiantadas por Aires Fernandino Barreto, em impressões iniciais sobre o tratamento conferido aos Municípios pela Constituição de 1988. Nas suas lições, indicou que seria um grande equívoco dispensar a todos os municípios brasileiros um mesmo tratamento, chegando a apontar que, relativamente aos municípios marcadamente rurais, deveriam ser reservados percentuais diferenciados das receitas dos impostos federais e estaduais.

O saudoso professor, aliás, antecipou com maestria a situação de abandono e dependência que adviria aos municípios marcadamente rurais, o que acabou por se confirmar substancialmente, sobretudo nas regiões mais pobres do país, por meio de um crescente êxodo populacional:

Ao versar essas entidades constitucionais, a Constituição não teve em conta que os Municípios é que formam a Nação e não a Nação que forma os Municípios. A tendência, portanto, será a do recrudescimento de um já assustador e acentuado êxodo rural. Os números falam por si só. Tomemos, como exemplo, o período que vai de 1950 a 1980. A partir da década de 50 vem ocorrendo no País o fenômeno da concentração urbana da população. Em decorrência, principalmente, do processo de industrialização, o fenômeno da urbanização foi tão violento que em apenas três décadas inverteu a situação anterior. Efetivamente, em 1950, um terço ou, mais precisamente, 36% da população vivia nas cidades; em 1960 esse percentual passava a 45%; em 1970, a 56%, e em 1980 mais de dois terços da população brasileira já vivia nas cidades. (1990, p. 82).

Dúvida não há de restar, portanto, que o tema da repartição de receitas tributárias é, apesar de marcadamente financeiro, umbilicalmente relacionado ao princípio federativo e à autonomia municipal. Por outro lado, as eventuais distorções existentes na distribuição dos recursos arrecadados sempre vem à tona num contexto de reforma tributária, donde resulta o maior interesse pela questão posta em exame.

A experiência constitucional sob a égide da Carta de 1988

trouxe, por meio da Emenda 20/98, um alargamento da competência da União para instituir contribuições especiais, sobretudo através da alteração do art. 195 da Constituição, na medida em que se ampliou, além da própria sujeição passiva, as possíveis hipóteses de incidência a serem adotadas pelo legislador infraconstitucional – *a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; e a receita*. Com efeito, através de tais exações a União está a colher receitas a partir das mesmas manifestações de riqueza dos contribuintes que, *em maior ou menor medida*, serão alcançadas pelo imposto sobre a renda – ainda que não se venha a verificar uma identidade absoluta do aspecto material das hipóteses de incidência – , cujas receitas são partilhadas com os demais entes federativos, através dos fundos de participação previstos no art. 159 da Constituição da República – o que atinge com mais intensidade os Municípios, sobretudo aqueles mais dependentes da repartição de receitas tributárias.

Noutro quadrante, sabe-se que a vinculação do produto da arrecadação de um imposto tornaria inconstitucional a norma instituidora, por força do artigo art. 167, inciso IV da Constituição da República. Contudo, quando se trata de contribuições, e partindo-se da premissa de que aquelas previstas no inciso I do art. 195 sejam verdadeiros *impostos finalísticos*, tem-se que a vinculação do produto da arrecadação é da própria essência destes tributos.

Neste sentido, Roque Carrazza adota o entendimento de que *mesmo quando estas contribuições revestirem natureza jurídica de imposto*, dadas as características de sua hipótese de incidência, ainda assim a vinculação do produto da arrecadação não tornaria tais contribuições inconstitucionais. Tal entendimento é perfeitamente aplicável às contribuições previstas na redação originária do art. 195 da Constituição da República, que, por força de uma interpretação sistemática, somente poderia ser entendida como uma exceção à regra do art. 167, inciso IV, inserida pelo próprio constituinte.

Contudo, remanesce o questionamento: e quanto àquelas

materialidades afetadas às contribuições especiais para a seguridade social cujas hipóteses de incidência tenham sido delineadas no artigo 195, I por meio de *emendas constitucionais*? Pode-se afirmar sejam elas legítimas exceções à regra constitucional proibitiva da vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa?

Primeiro, entendemos necessário segregar, de um lado, as situações em que a contribuição carrega na hipótese de incidência uma materialidade própria de imposto, mas não prevista no texto constitucional, e, de outra parte, aqueles casos em que o legislador instituiu contribuição cuja hipótese de incidência traz, *em alguma medida*, aspecto material imbricado com o de imposto de competência da União, já previsto no texto originário – ainda que não se trate de uma identidade completa entre os aspectos materiais.

No primeiro caso, ao inserir uma nova hipótese para a instituição de contribuição, o reformador constitucional estaria a incorrer apenas em violação ao art. 195, §4º, que determina mecanismos próprios para a previsão de outras fontes de custeio para a seguridade social – observância do art. 154, I da Constituição da República. Já na segunda situação, parece estar presente uma violação à rigidez das competências tributárias, o que, segundo entendemos, destina-se não apenas a proteger a competência instituidora de tributos dos entes políticos, mas também a *assegurar que as materialidades reservadas não sejam tredestinadas, sobrecarregadas ou até mesmo exauridas*.

Aliás, examinando-se o artigo 194, §4º da Constituição da República, é possível perceber uma diretriz clara de que, optando por instituir novas fontes de custeio para a seguridade social, deveria o legislador fazê-lo nos estritos termos do art. 154, I do texto magno. Referido dispositivo, a seu turno, afasta a possibilidade de que, no exercício desta competência residual, venha a União a escolher “*fato gerador ou base de cálculo próprio dos discriminados nesta Constituição*”.

O cotejo destes dispositivos parece indicar seguramente uma *intangibilidade das materialidades* já previstas no texto constitucional

para os impostos. Tanto que o inciso II do mesmo artigo 154 somente admite em caráter excepcional que, na iminência ou no caso de guerra externa, venha a União a instituir impostos extraordinários, *sejam eles compreendidos ou não em sua competência tributária*, o que se justifica claramente, já que o esforço de guerra interessaria a toda a Federação, podendo atingir diversas manifestações de capacidade contributiva.

Parece que estes preceitos constitucionais devem ser sopesados sistematicamente com o que dispõe o artigo 167, inciso IV da Constituição da República, ao vedar a vinculação da receita de imposto a órgão, fundo ou despesa. Segundo nos parece, a proibição constitucional tem alcance semântico mais abrangente, estando a determinar, outrossim, a *impossibilidade de vincular as receitas provenientes das exações que recaiam sobre as manifestações de capacidade contributiva postas no texto constitucional para os impostos*, já que elas se destinam a assegurar as fontes de receitas dos entes federativos, sustentando a própria Federação.

Parece inadequado que se empreste o rótulo de contribuição a verdadeiros *impostos* que, em maior ou menor medida, acabam tangenciando as mesmas materialidades já reservadas pelo constituinte, ainda que a imposto da própria competência do ente instituidor da contribuição. Isto porque há desprestígio ao princípio federativo, já que aquelas materialidades sofrerão uma inegável *sobrecarga impositiva*, através de tributos que não se submeterão às regras constitucionais de repartição das receitas tributárias, o que acaba por prejudicar o interesse de Estados, Distrito Federal e Municípios, com especial destaque para estes últimos, já que muitos deles sequer conseguem exercitar suas competências tributárias a contento.

Em suma, à vista do texto constitucional, não seria possível à União instituir novas contribuições cujas hipóteses de incidência, ainda que não coincidentes com as materialidades já reservadas aos impostos, venham a tangenciá-las, atingindo as mesmas manifestações de riqueza. Parece possível aferir que tal conclusão é consentânea com o princípio federativo que, ao impor a rigidez

das competências tributárias, fixou também uma *intangibilidade* das próprias materialidades, de modo a assegurar o fluxo contínuo de recursos que permitirá a todos os entes políticos terem receitas suficientes ao desempenho de suas finalidades constitucionais.

5. CONCLUSÃO

Diante do cenário exposto, parece possível constatar que as contribuições especiais não podem ensejar que a União, por meio de emendas ao texto constitucional, produza verdadeira *sobrecarga impositiva* sobre manifestações de riqueza originariamente sujeitas às regras de repartição de receitas tributárias, sem dividir o produto da arrecadação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, através dos fundos de participação previstos no artigo 159 da Constituição da República. Conquanto tal possibilidade tenha sido inicialmente admitida, diante da redação originária do art. 195, a criação de verdadeiros adicionais de impostos da União sob o *nomem juris* de contribuições especiais tem violado o princípio federativo, a autonomia municipal e a vedação disposta no art. 167, IV da Carta Cidadã.

Portanto, no contexto das discussões em torno de uma eventual reforma constitucional tributária, urge que o tema das contribuições especiais seja posto em exame, a fim de que ele não continue a servir como fonte de desequilíbrio entre os entes políticos, o que fragiliza a própria ideia de Federação.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed., 16ª tir. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARRETO, Aires F. Os Municípios na Nova Constituição Brasileira. In: MARTINS, Yves Gandra da Silva. *A Constituição Brasileira de 1988: interpretações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 17.03.2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Publicação original. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 17.03.2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Texto compilado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17.03.2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 705.423* (Tema 653). Brasília, DF, 17/11/2016 (DJE nº 251, divulgado em 24/11/2016). «É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades» Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>. Acesso em: 17.03.2018.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 130.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

DERZI, Misabel. Notas de atualização. In: BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar* – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *O município da Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE GOIÁS – GESTÃO 2016-2018

Diretoria da OAB/GO

Lúcio Flávio Siqueira de Paiva - Presidente
Thales José Jayme - Vice-Presidente
Jacó Carlos Silva Coelho - Secretário-Geral
Delzira Santos Menezes - Secretária-Geral Adjunta
Roberto Serra da Silva Maia – Tesoureiro

Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/GO

Rafael Lara Martins - Diretor-Geral
Giovanny Heverson de Mello Bueno - Diretor-Adjunto
Luciana Lara Sena Lima - Diretora-Adjunta
Rildo Mourão Ferreira - Diretor-Adjunto

Conselho Federal da OAB/GO

Dalmo Jacob do Amaral Júnior
Fernando de Paula Gomes Ferreira
Leon Deniz Bueno da Cruz
Marcello Terto e Silva
Marisvaldo Cortez Amado
Valentina Jungmann Cintra

Diretoria da CASAG

Rodolfo Otávio Pereira da Mota Oliveira – Presidente
Marcelo Di Rezende Bernardes - Vice-Presidente
Ana Lúcia Amorim Boaventura - Secretária-Geral
Estênio Primo de Souza - Secretário-Geral Adjunto
Carlos Eduardo Ramos Jubé - Direto Tesoureiro
Cácia Rosa de Paiva - Diretora-Adjunta
Helvécio Costa de Oliveira - Diretor-Adjunto
Osório Evandro de Oliveira Silva - Diretor-Adjunto
Tênio do Prado - Diretor-Adjunto
Thiago Mathias Cruvinel - Diretor-Adjunto

Conselho Seccional da OAB/GO

Aibes Alberto da Silva
Allinne Rizzie Coelho Oliveira Garcia
Ana Carollina Ribeiro Barbosa
Ana Paula Félix de Souza Carmo Gualberto
André Luis Cortes de Souza
Arcênio Pires da Silveira
Ariana Garcia do Nascimento Teles
Bárbara de Oliveira Cruvinel
Bartira Macedo de Miranda Santos
Carla Franco Zannini
Carlos André Pereira Nunes
Caroline Regina dos Santos
Colemar José de Moura Filho
Daniella Grangeiro Ferreira
Danilo Di Rezende Bernardes
Danúbio Cardoso Remy
David Soares da Costa Junior
Diego Martins Silva do Amaral
Dirce Socorro Guizzo
Eduardo Alves Cardoso Júnior
Eliane Ferreira Pedroza de Araújo Rocha
Eliane Simonini Baltazar Velasco
Erlon Fernandes Cândido de Oliveira
Fabrício Antônio Almeida de Brito
Fabrício Cândido Gomes de Souza
Fabricio Rocha Abrão
Flávia Silva Mendanha Crisóstomo
Flávio de Oliveira Rodovalho
Flávio Henrique Silva Partata
Henrique Alves Luiz Pereira
Idélcio Ramos Magalhães Filho
Iraci Teófilo Rosa
Janine Almeida Sousa de Oliveira
Janúncio Januário Dantas
Jean Pierre Ferreira Borges
Jônatas Moreira
José Carlos Ribeiro Issy
José Humberto Abrão Meireles
José Mendonça Carvalho Neto
Juscimar Pinto Ribeiro
Leandro de Oliveira Bastos
Leandro Martins Pereira
Leandro Melo do Amaral
Lilian Pereira de Moura
Luciano de Paula Cardoso Queiroz
Luis Gustavo Nicoli
Marcos Cesar Gonçalves de Oliveira
Marlene Moreira Farinha Lemes
Maura Campos Domiciana
Maurício Alves de Lima
Milena Maurício Moura
Nadim Neme Neto
Osmar de Freitas Junior
Paulo Gonçalves Paiva
Philippe Dall'Agnol
Rafael Lara Martins
Raphael Rodrigues de Ávila Pinheiro Sales
Renata Abalém
Renata Medina Felici
Ricardo Gonçalves
Ricardo Silva Naves
Rildo Mourão Ferreira
Rodnei Vieira Lasmar
Rodrigo Lustosa Victor
Romildo Cassemiro de Souza
Rubens Fernando Mendes de Campos
Sara Mendes
Scheilla de Almeida Mortoza
Sérgio Murilo Inocente Messias
Simon Riemann Costa e Silva
Sirlene Moreira Fidélis
Telmo de Alencastro Veiga Filho
Valdir José de Medeiros Filho
Valéria Alves dos Reis Menezes
Vandelino Cardoso Filho
Vasco Rezende Silva
Vitor Hugo Albino Pelles
Viviany Souza Fernandes
Waldemir Malaquias da Silva
Weliton Soares Teles

