

Questões Atuais em **Direito** **Administrativo** e **Governança** **Pública**

Estudos em Homenagem à
Prof.^a Maria Lírda Calou de Araújo e Mendonça

Prefácio de
Ligia Maria Silva Melo de Casimiro



Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza (Orgs.)



Essa obra entrega à comunidade jurídica do Direito, no Ceará e no país, uma visão atual sobre temas de Direito Administrativo, tendo como referência maior a Professora Doutora Maria Lírida Calou, homenageada por sua notória trajetória acadêmica. A íntegra da obra traz temas que culminam em uma determinada compreensão sobre institutos de significativa importância para a esfera pública e sua relação com a sociedade, garantindo um diálogo de significativa importância para o momento atual. Essa coletânea que pode ser enquadrada como uma produção científica rica em assuntos importantes como serviços públicos, improbidade administrativa, concessões públicas, transparência, desapropriação, licitações sustentáveis, responsabilidade dos advogados públicos, políticas públicas e dignidade da pessoa humana entre outros, tratados com seriedade e adequação ao momento vivido pelo Brasil do século XXI. Trata-se de uma obra que oferecerá aos leitores farto material de pesquisa para conhecimento e reflexão sobre os tópicos analisados, todo organizado a partir de uma mentalidade promotora do perfil interventor, humanista e eficiente do Estado Democrático e Social Brasileiro, consagrado na estrutura da Constituição Federal de 1988 e nas legislações de conteúdo específico.

Lígia Maria Silva Melo de Casimiro



**Questões Atuais em
Direito Administrativo e
Governança Pública**



*Série Estudos
Avançados em* **Direito
Administrativo**

Diretor da Série

Prof. Me. Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho

Mestre em Planejamento e Políticas Públicas, Universidade Estadual do Ceará (UECE), Brasil
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Comitê Editorial Científico

Prof.a. Dra. Clarissa Sampaio Silva

Doutora em Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa (UL), Portugal
Professora do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Ph.D. Francisco Humberto Cunha Filho

Pós-Doutor em Direito, Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), Itália
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Me. Francisco Jório Bezerra Martins

Doutorando em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil
Professor do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. LD. José Filomeno de Moraes Filho

Livre-Docente em Ciência Política, Universidade Estadual do Ceará (UECE), Brasil
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof.a. Dra. Lucíola Maria de Aquino Cabral

Doutora em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil
Professora do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof.a. Dra. Lígia Maria Silva Melo de Casimiro

Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Brasil
Professora da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil

Prof. Me. Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho

Mestre em Planejamento e Políticas Públicas, Universidade Estadual do Ceará (UECE), Brasil
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof.a. Ph.D. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Pós-Doutora em Direito Tributário, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil
Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Me. Paulo Henrique Studart Pinho

Doutorando em Administração de Empresas, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Me. Paulo Roberto Meyer Pinheiro

Doutorando em Direito Público, Universidade de Coimbra (UC), Portugal
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Me. Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto

Doutorando em Direito Constitucional, Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Ph.D. Rômulo Guilherme Leitão

Pós-Doutor em Ciência Política, Boston University (BU), Estados Unidos
Professor do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Questões Atuais em Direito Administrativo e Governança Pública

Estudos em Homenagem à
Prof.^a Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Organizadores

Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Estudos Avançados em Direito Administrativo - 2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de; SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de (Orgs.)

Questões atuais em direito administrativo e governança pública: estudos em homenagem à Profa. Maria Lirida Calou de Araújo e Mendonça [recurso eletrônico] / Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho; Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

323 p.

ISBN - 978-85-5696-807-4

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Direitos Humanos; 3. Questões; 4. Direito Administrativo; 5. Governança Pública; I. Título II. Série

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Agradecimento

*Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça*¹

Não conheço palavras que digam da gratidão que sinto por todos que me homenagearam neste livro, só o coração magnânimo do Professor Marco Praxedes da UNIFOR, da querida e doce Professora Patrícia Sobral da UFS e da prefaciadora da obra Professora Ligia Casimiro da UFC.

Marco Praxedes, Patrícia Sobral, Ligia Casimiro, Carlos Eufrásio, Humberto Cunha, Humberto Bayma, Francisco Lisboa, Glauco Magalhães, Mary Correia, Morgana Duarte, Natalie Almeida, Philippe Magalhães, Renato Abrantes, Roberto Victor, Ruth Viana e Saulo Nunes, vocês é que são maravilhosos, mil vidas eu viva ainda assim não serei capaz de dizer como vocês foram carinhosos e generosos comigo.

Não sou essa mulher maravilha que vocês descreveram, sou apenas alguém que escolheu por ser feliz na vida e na profissão. Não optei por ser, também professora, mas por ser professora. Pelas demais atividades que laborei não tinha paixão e sim responsabilidade e senso do dever a cumprir.

A vida exige que se tenha amor e paixão por e para viver. Sou apenas uma mulher de coração amante e apaixonado por tudo que faz, que pensa, que diz e que vive, pelo dia que amanhece e pela noite que cai, seja no sertão pernambucano de onde vim ou nas praias ensolaradas do litoral do Ceará. Não tenho vergonha de dizer que sou feliz, preciso de poucas coisas

¹ Pós-Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

materiais para viver, quero ter, no entanto, o direito de ter familiares, amigos e alunos pelos quais sinto-me no dever de cuida-los como se meus filhos e meus netos fossem.

Muito grata por todas as palavras carinhosas que li e por existirem.
Amo vocês.

Sumário

Prefácio.....	11
Ligia Maria Silva Melo de Casimiro	
Apresentação.....	13
Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho; Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza	
Depoimentos	19
1.....	33
Análise da ouvidoria no cenário dos hospitais públicos como instrumento de controle interno	
Andreza Abraham Ohana de Souza; Samilla Ferreira Dantas	
2.....	47
Transparência e governo eletrônico: estratégias de governança na administração pública cearense	
Caio Graco Carneiro de Carvalho; Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho	
3.....	67
A tutela antecipada na ação de improbidade administrativa à luz do novo código de processo civil	
Gina Copola	
4.....	86
Análise da constitucionalidade, em seu aspecto formal e material, da Lei de Improbidade Administrativa	
Humberto Bayma Augusto	
5.....	115
Transformações da noção de serviço público e a Lei Federal nº 8.987/95	
Irene Patrícia Nohara	

6.....	142
Desapropriação via concessionários de serviço público	
José Marcelo Ferreira Costa	
7.....	161
A atuação da administração pública brasileira nas licitações sustentáveis	
Lívia Oliveira de Melo	
8	187
É possível o uso de mecanismos negociais pelo ministério público no curso da ação civil pública de improbidade administrativa?	
Mariana Dionísio de Andrade	
9.....	218
Intervenção do Estado na atividade econômica e suas formas de ação	
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza	
10	256
Responsabilidade dos advogados pareceristas na administração pública	
Paula Andrade Rattacaso	
11.....	278
Licitação pública das concessões e permissões de serviços públicos	
Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka	
12	301
O prazo prescricional dos atos de improbidade administrativa (art. 23, I e II, LIA)	
Victor Galeno Rodrigues Lima	

Prefácio

*Ligia Maria Silva Melo de Casimiro*¹

Essa obra entrega à comunidade jurídica do Direito, no Ceará e no país, uma visão atual sobre temas de Direito Administrativo, tendo como referência maior a Professora Doutora Maria Lírida Calou, homenageada por sua notória trajetória acadêmica. A íntegra da obra traz temas que culminam em uma determinada compreensão sobre institutos de significativa importância para a esfera pública e sua relação com a sociedade, garantindo um diálogo de significativa importância para o momento atual.

O livro ora apresentado, intitulado *QUESTÕES ATUAIS EM DIREITO ADMINISTRATIVO E GOVERNANÇA PÚBLICA - Estudos em Homenagem à Profa. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça*, organizado com maestria por Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho e Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza é uma obra que pode ser enquadrada como uma produção científica rica em assuntos importantes como serviços públicos, improbidade administrativa, concessões públicas, transparência, desapropriação, licitações sustentáveis, responsabilidade dos advogados públicos, políticas públicas e dignidade da pessoa humana entre outros, tratados com seriedade e adequação ao momento vivido pelo Brasil do século XXI.

Trata-se de uma obra que oferecerá aos leitores farto material de pesquisa para conhecimento e reflexão sobre os tópicos analisados, todo

¹ Advogada. Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA).

organizado a partir de uma mentalidade promotora do perfil interventor, humanista e eficiente do Estado Democrático e Social Brasileiro, consagrado na estrutura da Constituição Federal de 1988 e nas legislações de conteúdo específico.

Parabéns aos coordenadores da obra pela publicação de um livro que será de leitura essencial para os profissionais, alunos e professores que se dedicam aos temas fundamentais do Direito Público. Parabéns à Professora Maria Lírida Calou pela vida que inspirou autores e autoras a se dedicarem à reflexão detalhada de temas tão instigantes.

Apresentação

Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza

É com imenso regozijo que a Série Estudos Avançados em Direito Administrativo, repositório técnico-acadêmico chancelado pela festejada Editora Fi (Porto Alegre/RS), chega ao segundo fascículo, coletânea especializada sob a direção geral do Professor Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho. O presente volume continuou seguindo os mesmos vetores logísticos do tomo inaugural, sempre reunindo pesquisas inéditas de renomados profissionais brasileiros, abordando temáticas palpitantes que envolvam o direito público, com ênfase no direito administrativo e na governança pública.

A obra inicia suas primeiras laudas com o prefácio de Ligia Maria Silva Melo de Casimiro, Professora da Universidade Federal do Ceará (UFC) e Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA). Em seguida foi aberto um espaço informal para homenagens recheadas de gratidão, onde vários amigos de docência tiveram a oportunidade de manifestar publicamente seus agradecimentos sinceros à Professora Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça pela dedicação ao ensino e pesquisa. Logo após, adentrando na parte tecnicista do livro, estão os artigos propriamente ditos, um franco diálogo entre a teoria e a prática, visando despertar a atenção do leitor e contribuir para o debate do assunto.

O primeiro artigo examina a “Análise da ouvidoria no cenário dos hospitais públicos como instrumento de controle interno”, de autoria de Andrezza Abraham Ohana de Souza e Samilla Ferreira Dantas. Diante dos avanços das políticas sanitárias realizadas no Brasil, em especial as realizadas no âmbito do SUS, buscou-se evidenciar o papel da ouvidoria como

um importante instrumento estratégico no apoio ao Controle Interno dos Hospitais Públicos, respaldadas na atuação do cidadão como fiscalizador da saúde pública no país. Concluiu-se que, por intermédio deste instrumento, a sociedade monitora as atividades e procedimentos desenvolvidos na Administração Pública e, com isso, auxilia de forma significativa o trabalho do Controle Interno.

A pesquisa seguinte tratou da “Transparência e governo eletrônico: estratégias de governança na Administração Pública cearense”, escrito por Caio Graco Carneiro de Carvalho e Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho. Uma das formas mais eficazes de incentivo à transparência e, consequentemente, à uma boa governança na Administração Pública é por meio da implementação de estratégias de Governo Eletrônico. Através delas, serviços públicos modernizam-se, reduzindo custos e aumentando eficiência, e portais públicos na *internet* são criados para permitir uma prestação de serviços públicos de forma mais democrática, dando ao contribuinte um contato direto com o seu direito à publicidade e à cidadania. O objetivo do trabalho de analisar a concretização da transparência da Administração Pública cearense por meio de estratégias de Governo Eletrônico foi alcançado. Em linhas gerais, pode-se concluir que o Estado do Ceará vem buscando, no decorrer das últimas duas décadas, algumas medidas – prêmios de incentivos, programas de melhoria no acesso à *internet*, sistemas de ouvidoria, leis que favorecem o acesso à informação e portal da transparência – que propiciem uma maior participação do cidadão nas políticas públicas. Constatase também que há um maior interesse do cidadão cearense a respeito de informações sobre o Governo do Estado, visto o crescente e vertiginoso número de acessos ao Portal da Transparência nos últimos anos.

O terceiro estudo aborda a “A tutela antecipada na ação de improbidade administrativa à luz do novo Código de Processo Civil”, de autoria de Gina Copola. O texto cuida do tema relativo à tutela antecipada nas ações de improbidade administrativa, à luz do Novo Código de Processo Civil, com a abordagem de questões jurídicas concernentes aos requisitos para a concessão da tutela antecipada em ações de improbidade administrativa,

bem como as sérias consequências de tal medida de urgência, como ocorre no caso do afastamento do servidor público, ou da indisponibilidade de bens do acusado, além da análise do relevante tema em outros países.

A investigação posterior debateu acerca da “Análise da constitucionalidade, em seu aspecto formal e material, da Lei de Improbidade Administrativa”, escrito por Humberto Bayma Augusto. Com a vigência da Lei Federal nº 8.429/1992, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, grande celeuma foi gerada no meio jurídico brasileiro, ensejando, assim, várias teses e ensaios acerca de plausíveis inconstitucionalidades, tanto em seu aspecto formal, quanto em seu âmbito material. Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas no Pretório Excelso, juntamente com uma Reclamação Constitucional. Nessa linha, o presente trabalho tem como objetivo a análise dessas questões, através de uma pesquisa bibliográfica e documental, onde se presumirá a factível constitucionalidade material da norma. Já em sua seara formal, se vislumbrará pela possível violação ao art. 65 da Constituição Federal, no que diz respeito ao seu processo legislativo.

O quinto trabalho se debruça sobre as “Transformações da noção de serviço público e a Lei Federal nº 8.987/95”, de autoria de Irene Patrícia Nohara. O brilhante ensaio, que aborda as mutações do conceito de serviço público, exibiu a temática organizada nos seguintes tópicos: problemática delimitação da noção de serviço público, crises da noção de serviços públicos, histórico pendular da utilização das concessões, privatização no Brasil e novo perfil de regulação de serviços públicos, análise da Lei nº 8.987/95 (conteúdo, lacunas e problemas técnicos), concessão em contraposição com o modelo de Parceria Público-Privada e usuário de serviço público e direito ao serviço adequado. Ao final, restou concluído, em apertada síntese, que a noção de serviço público é composta de elementos formais, mas jamais se deve perder de vista sua dimensão material, que justifica a existência da categoria, pois eles servem para suprir necessidades coletivas.

A exploração consecutiva analisou a “Desapropriação via concessionários de serviço público”, escrito por José Marcelo Ferreira Costa. O

estudo tem por objeto o instituto da desapropriação, cujo regime é a aquisição unilateral, concreta, imediata e compulsória de bens sob o fundamento de utilidade pública para compor o acervo do aparato estatal ou das concessionárias de serviço público. Parte-se da figura do Estado garantidor calcado na prestação de serviços tidos por essenciais viabilizado pela intervenção direta ou indireta e que demanda cada vez mais a instalação de estruturas físicas para sua eficiência. Debate-se o papel das delegatárias de serviços públicos para expropriação de bens imóveis necessários ao desempenho de suas atividades, sobretudo quanto à fragmentação existente entre o regime da competência para expedição do ato e da efetivação da desapropriação.

O sétimo artigo examina “A atuação da Administração Pública brasileira nas licitações sustentáveis”, de autoria de Livia Oliveira de Melo. O trabalho tem por objetivo realizar um estudo descritivo e exploratório acerca da atuação da Administração Pública brasileira nas licitações sustentáveis, procedimentos administrativos de observância obrigatória pelos gestores públicos, conforme previsto na Lei nº 8.666/93 e na Constituição Federal. Inicialmente, analisa-se o desenvolvimento sustentável e a maneira como os países que integram a Comunidade Internacional tratam o assunto, bem como abordar os acordos estabelecidos por estes para estimular tal desenvolvimento e apresentar o conceito aceito mundialmente sobre sustentabilidade. Em seguida, retrata-se a forma que o governo brasileiro encontrou para intensificar no país o desenvolvimento sustentável, qual seja, a licitação sustentável. Dessa forma, pretende-se destacar nos procedimentos licitatórios os prós e contras, que interferem na inserção da sustentabilidade no país, a partir da atuação dos entes federados.

A pesquisa seguinte tratou se “É possível o uso de mecanismos negociais pelo Ministério Público no curso da ação civil pública de improbidade administrativa?”, escrito por Mariana Dionísio de Andrade. O estudo se propõe a responder dois problemas de pesquisa: 1) existe coerência no fato de o Ministério Público ter a possibilidade de transacionar no inquérito

civil, mas ser proibido de fazê-lo no curso da ação civil pública de improbidade administrativa? 2) seria possível aplicar à ação civil pública de improbidade administrativa os instrumentos negociais previstos na legislação e no *plea bargaining* brasileiro? Para responder a estas questões, o estudo se apoia na análise dos conceitos que envolvem instrumentos negociais, a atuação do Ministério Público no controle da probidade do gestor público e o aparente conflito de normas. Restou concluído que é preciso preservar a coerência do microsistema jurídico de combate à corrupção, de maneira que eventuais acordos de colaboração premiada não sejam inibidos pelo temor dos investigados sofrerem um *bis in idem*.

O nono estudo aborda a “Intervenção do Estado na atividade econômica e suas formas de ação”, de autoria de Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza. O artigo tem como temática a intervenção do Estado na atividade econômica e suas formas de ação, cujo objetivo foi desvelar a evolução do modelo estatal e da atividade econômica, sob o enfoque constitucional, da Administração Pública, suas formas e sua estrutura organizacional. Inferiu-se que, através da evolução do modelo de prestação de serviço público houve a necessidade de se criar entidades para proteção dos bens e serviços, conferindo ao administrador público, inobstante os imperativos de segurança nacional ou interesse coletivo, uma discricionariedade limitada no que tange à opção de prestar um serviço de maneira direta ou indireta.

A investigação posterior debateu acerca da “Responsabilidade dos advogados pareceristas na Administração Pública”, escrito por Paula Andrade Rattacaso. O artigo apresenta como proposta a discussão acerca da responsabilidade dos advogados pareceristas nos procedimentos licitatórios na Administração Pública. Com a análise dos princípios e dos preceitos gerais da licitação, abordou-se, antes da finalização com o tema central, a responsabilidade dos advogados pareceristas quanto às decisões que o gestor tem que tomar e quando o agente público ultrapassa os limites legais. Fundamenta-se o estudo na doutrina e legislação pertinentes e na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Supremo

Tribunal Federal (STF). Conclui-se que, na licitação, visando a uma maior lisura nos atos do Poder Público, deve haver mais rigor na análise da responsabilização dos agentes que participam do certame.

O décimo primeiro trabalho se debruça sobre a “Licitação pública das concessões e permissões de serviços públicos”, de autoria de Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. Cediço que as concessões e permissões da prestação de serviços públicos devem ser realizadas mediante prévio procedimento licitatório, consoante estatui o art. 175 da Constituição Federal. A investigação em tela realizou uma análise didática sobre diversos pontos deste microsistema jurídica, dentre eles o objeto da licitação em sentido amplo, serviço público intransferível e adequado, permissão de serviço público, distinção das concessões previstas na Lei nº 8.987/95 e a Parceria Público-Privada, objeto da licitação em sentido estrito, modalidades da licitação, critérios de julgamento e empresas em consórcio.

A exploração consecutiva analisou “O prazo prescricional dos atos de improbidade administrativa (art. 23, I e II, LIA)”, escrito por Victor Galeno Rodrigues Lima. O artigo versa sobre as normas atinentes à prescrição das ações de improbidade administrativa, com enfoque na divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Buscou-se tratar especificamente as regras referentes ao artigo 23 da Lei nº 8.429/92, sem a análise dos casos envolvendo ações de ressarcimento ao erário em decorrência de atos de improbidade administrativa. Foi destacada a natureza do instituto da prescrição, nos termos do art. 189 do Código Civil. Ressaltou-se que a Lei de Improbidade Administrativa procurou estabelecer prazos prescricionais distintos, a depender do vínculo do agente perante a Administração Pública. Ressaltou-se, por fim, a existência de projeto de lei que tramita perante a Câmara dos Deputados, que estabelece, para todos os casos, o prazo prescricional de 10 anos, contado da data do ato de improbidade administrativa.

Depoimentos

“Uma grande honra falar um pouco sobre a grande professora e pesquisadora Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, cuja vida acadêmica profícua demonstra sua garra e tenacidade. Somente recorrendo à Cora Coralina para descrever o perfil desta mulher: "Fiz a escalada da montanha da vida removendo pedras e plantando flores." E que jardim belo e diversificado plantaste e cuidas diuturnamente. Sua paixão pelo magistério e pela pesquisa a qualificam como uma grande jurista: Pós-doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional - Mestrado e Doutorado - e professora do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Com certeza uma referência nacional no âmbito do Direito, em especial Administrativo e Tributário. Uma grande jurista com certeza. Mas permitam-me falar um pouco sobre a Lírida que conheço há mais de 20 anos quando iniciei a exercer o magistério na Universidade de Fortaleza. Abençoada e privilegiada é a pessoa que tem a chance de conhecer uma alma tão generosa, sensível e bela como a tua amiga Lírida. Lutadora e guerreira, que age com o pulso forte de uma gigante, e ao mesmo tempo com a doçura de uma criança. Incansável defensora do que é justo e correto, possui um coração maior do que ela mesma. Zelosa e verdadeira no seu jeito de tratar as pessoas, percebe-se em seu olhar e em suas atitudes o quanto ela é confiável e extremamente fiel aos seus princípios, daí conquistar a admiração de alunos e professores. Naturalmente consegue encantar a todos com a sua personalidade, forte, única e sempre com uma sensatez admirável. Apaixonada pela vida, por seus amigos e por sua família, possui a capacidade louvável de acreditar que o

impossível é o que nunca foi tentado. Traz no rosto a marca inconfundível de um sorriso que contagia as nossas almas. Um abraço sempre acolhedor e uma palavra sempre motivadora com um sotaque peculiar às suas origens e às suas raízes do sul do Ceará. Através das suas atitudes e exemplos vem despertando e aguçando a inquietação intelectual de todos que cruzam seu caminho. São mais de 20 anos de uma amizade sincera destas que a gente faz questão de guardar do lado esquerdo do peito e fechando a sete chaves. Lembrar sempre da tua essência é um exercício maravilhoso contemplando a beleza encantadora de uma pessoa iluminada. Daí a razão de chamá-la carinhosamente de minha amiga e meu anjo por sua disponibilidade em entender a mão a todos que a ti recorrem. Nota-se que ela adora a simplicidade, gosta de um bom bate papo e de dar boas risadas, adora uma boa amizade, enfim, vive plenamente os momentos especiais em sua vida como a chegada do neto. Diante de tantos atributos presentes em sua pessoa, consigo entender porque te quero tão bem, e no quanto DEUS foi bom quando nos presenteou com a tua presença entre nós. Saúde e vida longa amiga!!! Paz e bem”.

Carlos Augusto Fernandes Eufrásio ¹



“Faz duas décadas que conheço Lírida Calou, o mesmo tempo que estou na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), isso porque ela compôs a banca de seleção que me examinou enquanto candidato a professor de Direito Constitucional; era, ademais, umas das Coordenadoras do Curso de Direito. Depois disso nos tornamos colegas no Curso de Doutorado e na docência do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Nesse convívio tão longo percebi sempre sua

¹ Advogado. Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

dedicação aos alunos, sua franqueza para com os colegas e sua abnegada dedicação ao trabalho, o que fazem dela uma pessoa querida, respeitada e merecedora de todas as homenagens”.

Francisco Humberto Cunha Filho ²



“Fui convidado pelo amigo Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho para deitar algumas notas a respeito da ilustre Profa. Lírida Calou, do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). A alegria de que fui tomado é comparável ao deleite de contemplar a vida de pessoas especiais, de seres que passam por esta vida e constroem um caminho de rosas para os demais não pisarem em areia. Conheci a Profa. Lírida Calou na Universidade de Fortaleza (UNIFOR) quando éramos colegas na Graduação e ela integrava o seletor grupo dos Professores do Mestrado da mesma Instituição. Os laços de amizade logo se estreitaram, em parte possibilitado por sua filha Tânia que forma minha aluna na Graduação em Direito. De pronto percebi a singularidade de vida daquela “senhora”, de andar calmo, sereno e que espalhava carinho e amizade por onde passava. O tempo cuidou para que nos tornássemos amigos, o que foi intensificado durante o período em que cursei Mestrado e Doutorado na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Profa. Lírida compôs minhas bancas (Mestrado e Doutorado) com muita competência. Posso testemunhar que se trata de uma profissional competente, dedicada, de vocação acadêmica reconhecida e sempre aberta aos que a procuram. Todavia, o que me chama a atenção é sua bondade, seu coração sempre pronto a ajudar, a compreender e a erguer os “caídos” acadêmicos. Tenho usufruído

² Advogado da União (AGU). Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB/Itália). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas (ACLJUR). Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais (IBDCULT).

de seus conselhos e orientações por esses anos de amizade, inclusive em momentos de dificuldades pessoais que demandam a ajuda de pessoas de bom coração. Ao escrever estas poucas e simples linhas só me vem um sentimento: obrigado, Profa. Lírida, pela amizade e por existir”.

Francisco Lisboa Rodrigues ³



“Eu já era professor da Faculdade de Direito da UFC quando ingressei mediante concurso na UNIFOR. Naquela oportunidade, eu conheci a profa. Lírida Calou, que era Coordenadora e estava responsável por distribuir as disciplinas para os novos professores. Entre outras, ela me confiou uma disciplina que já lecionava: Direito das Obrigações. Ali, começamos uma grande amizade e aprendi a admirá-la pela sua gentileza e pelo seu talento evidenciado no fato de lecionar disciplinas tanto do Direito Público como do Direito Privado. Como colegas no Doutorado pela UFPE/UNIFOR, compartilhamos ricos momentos de discussão jurídica como um pequeno e seletto grupo de professores, que hoje se destaca na Academia. Ainda tive o prazer de estar com ela em evento da FCRS (Quixadá), onde coordenou o Curso de Direito. Respeitada pelos professores, admirada e querida pelos alunos, trouxe excelência para aquele curso e para aquela Faculdade. O nosso Estado orgulha-se de sua competência!”

Glauco Barreira Magalhães Filho ⁴

³ Procurador do Município de Fortaleza (PGM). Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULISBOA/Portugal). Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Processo Administrativo pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor de Direito Constitucional da Faculdade Terra Nordeste (FATENE).

⁴ Livre-Docente em Filosofia pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Doutor em Ministério pela Faculdade de Teologia Metodista Livre (FTML). Doutor em Teologia pelas Faculdades Integradas Interretnicas (ETNIA). Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Teologia Histórica e Dogmática pela Faculdade Entre Rios do Piauí



“Foi com enorme alegria que atendi o convite feito pelo amigo Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, organizador da presente obra, para tecer uma justa homenagem à professora Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Conheci a professora Lírida no segundo ano do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), em 2001, onde a então Mestra lecionou brilhantemente as disciplinas de Direito Administrativo e Direito Tributário. Nessa época, a nobre e carismática docente estava empolgadíssima com sua recente aprovação no Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pela afinidade com o Direito Público, passei a reconhecê-la e admirá-la como um dos grandes expoentes na pesquisa relativa ao presente tema, tanto que, na Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito e Processo Constitucional na UNIFOR, em 2009, tive a felicidade de ser aluno da agora Doutora, sendo, desta vez, orientado por ela no trabalho de conclusão de curso. Nossos caminhos se cruzaram novamente no Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas da Universidade Estadual do Ceará (UECE), instituição onde a atual Pós-Doutora é professora efetiva aposentada, participando do respectivo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Aqui, mais uma vez, fui seu orientando, dispondo de toda sua atenção e conhecimento para a feitura da minha dissertação. Desta feita, venho expressar minha sincera gratidão pela oportunidade e satisfação de ter convivido com esta excepcional jurista, que engrandece com suas inúmeras qualidades o nosso meio acadêmico. Muito obrigado, professora Lírida!”

Humberto Bayma Augusto ⁵

(FAERPI). Bacharel em Teologia pela Universidade Metodista de São Paulo (UMESP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Associado I da Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas (ACLJUR).

⁵ Procurador do Município de Pacajus/CE. Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) - Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de



“Tive o prazer de conhecer a Profa. Maria Lírida ainda nos primeiros anos de faculdade, durante o Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), na condição de discente do módulo de Direito Administrativo I. A empatia foi imediata, devido a leveza como a matéria era lecionada, mas sobretudo pela figura matriarcal que lhe é peculiar na relação com seus alunos. O destino foi bastante generoso, podendo desfrutar da sua agradável companhia em outros momentos da minha trajetória acadêmica, proporcionando frutíferos debates e profundas reflexões sobre o direito público, tendo sido novamente minha professora no Curso de Especialização em Direito e Processo Administrativos na Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e minha orientadora no Curso de Mestrado em Planejamento e Políticas Públicas na Universidade Estadual do Ceará (UECE). Ao longo dessas duas décadas de fraterna convivência só tenho boas recordações da Profa. Maria Lírida, hoje amiga de docência superior, fonte permanente de inspiração. Trata-se de uma profissional vocacionada e dedicada ao universo acadêmico, tendo como marca registrada pesquisas envolvendo o direito público, especialmente nas áreas de Direito Administrativo e Direito Tributário, pertencendo ao seletor grupo de notáveis pensadores da ciência jurídica pátria contemporânea, motivo da presente homenagem. Meus sinceros e profundos agradecimentos à Profa. Maria Lírida por todos esses anos de paciência, atenção e respeito”.

Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho ⁶

Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

⁶ Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). MBA em Gestão Pública pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Visitante da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro e Sócio Fundador do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA). Sócio do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro



“Como definir a estimada professora Lírida Calou? Apaixonada pela vida e por sua profissão, amante da natureza, incansável na arte de ensinar e aprender. A professora Lírida possui muitas virtudes, como a generosidade em partilhar seus conhecimentos, a fortaleza de espírito e caráter, a honradez e a humildade. Não fui sua aluna, mas a conheço de perto; somos colegas de profissão e trabalhamos na mesma instituição. Dedicada à educação, não mediu esforços para o seu aperfeiçoamento na seara do conhecimento jurídico, sendo atualmente pós-doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC), professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional - Mestrado e Doutorado - e professora do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Além de ser ex-coordenadora e ex-professora titular do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá (UNICATÓLICA), e professora aposentada da Universidade Estadual do Ceará (UECE). E, ainda coordenadora-geral do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT)”.

Mary Lúcia Andrade Correia ⁷

(IDASAN). Membro da Academia Cearense de Direito (ACED). Membro da Academia de Letras dos Municípios do Estado do Ceará (ALMECE). Membro do Centro Cultural do Ceará (CCC).

⁷ Advogada e Consultora Ambiental. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Geografia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Geografia pela Universidade da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Coordenadora e Professora do Curso de Especialização em Direito Ambiental da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora de Direito Ambiental do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).



“O querido amigo e colega de Mestrado Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho me concedeu a honra de prestar meu testemunho sobre a professora Lírida Calou nesta obra coletiva, o que para mim é um enorme prazer. Tive o privilégio de ter a professora Lírida como minha orientadora na dissertação de Mestrado em Planejamento e Políticas Públicas da UECE, e essa experiência foi um divisor de águas em minha vida. Pelo nome de peso que possui, de reconhecimento público, esperava encontrar uma mulher intransigente e cheia de verdades absolutas, mas encontrei uma pessoa aberta ao diálogo, compreensiva, um ser humano iluminado, de coração gigante, de uma simpatia sem igual, que passa seu conhecimento de forma límpida, segura e com muita paciência. No decorrer de nossos encontros, minha admiração pela professora Lírida só aumentava, e fui percebendo o grande presente que a vida tinha me dado, de muito aprendizado. É, realmente aprendi muito com minha orientadora querida. Aprendi sobre o tema da minha dissertação, com certeza, mas meu maior aprendizado foi perceber a sabedoria de uma mulher tão forte e tão doce, como uma verdadeira mulher nordestina. Forte na luta diária e em suas convicções, sem tê-las como inquestionáveis; doce no trato com o outro, cheio de respeito, compreensão e compromisso. Sou sua eterna fã”.

Morgana Duarte Chaves ⁸



“Professora, mãe, tutora, protetora: uma amiga. Ao exercer todos esses papéis, com a excelência que lhe é peculiar, de forma incontida e

⁸ Promotora de Justiça do Estado do Ceará (MP/CE). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

ilimitada, professora Lírida vem cumprido seu papel de ensinar, ser sal e luz na terra, semeando a vida de tantos. E quando, limitada à minha pequenez, imaginei com ela conhecer mais, e cada vez mais, sobre Direito Tributário, novamente me ensinou muito além, não se restringindo a me instruir na esfera acadêmica. Tenho o privilégio de junto a ela apreender, profundamente, sobre humanidade e humildade, sobre a alma feminina sensível e forte, sobre paciência e proatividade, sobre finitude e heranças, sobre ser família e cuidar de tantos quereres-bem, sobre ser global e importar-se com o local, sobre buscar determinado nível intelectual e ainda assim não perder suas raízes. E por tantos aprendizados, pessoais e profissionais, sou-lhe grata. Almejo tornar-me, minimamente, a mulher aguerrida e capacitada que és, mas já sou feliz em tê-la como inspiração. Com carinho e eterna admiração”.

Natallie Alves de Almeida ⁹



“A Douta Professora Lírida Calou é indubitavelmente vocacionada para o magistério, em cujo mister atua proficientemente, difundindo suas ideias na tecelagem do dia-a-dia, condimentando com as mais raras especiarias o seu maior ideal: SER PROFESSORA. Há uma palavra muito utilizada pelos anglo-saxões que define muito bem a professora Lírida: *LEADERSHIP*. O *leadership* tem a qualidade de saber o certo, de escolher o porto seguro, de saber como conduzir seguramente as pessoas pelo caminho certo. O *leadership* não quer brilhar, mas sim que os outros brilhem; não quer ser o melhor, mas quer conduzir cada um ao seu florescimento. Este é o papel do verdadeiro professor: ser um formador de talentos, um dedicado caçador de

⁹ Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus (FDJ). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Tecnologia de Palmas (FTP). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

diamantes e esmeraldas, um pertinaz acendedor de lampiões, um fazedor de cidadania. E é este o brilhante papel que a eminente professora Lírida desempenha no prosclênio da pedagogia. Foi num evento do CONPEDI (Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação) em São Paulo que tive a subida honra de conhecer a professora Lírida: mulher singular e ao mesmo tempo plural, digna do lugar mais alto no Panteão da intelectualidade cearense. Lírida a todos encanta com o seu imensurável cabedal de sabedoria e, sobretudo, com o esplendor de sua humildade. Expresso aqui a minha admiração por esta insigne educadora, com a qual mantenho uma crescente amizade. Detentora de irrefutável capacidade acadêmica, revela-se uma pessoa humana da melhor qualidade. Devotada pensadora do Direito, quem ouve as lições da Professora, facilmente percebe que elas têm o condão de suscitar e instigar nos seus discípulos o anseio do saber, o inevitável desejo de ir além. Não por acaso, a Dr^a. Lírida se define como PROFESSORA. E ela o é, na mais plena acepção do termo. Tocados por sua liderança, entusiasmo e didática ímpares, acabamos por desvendar nossos próprios talentos, e nos vemos lançados na busca de conhecimentos mais profundos, aprendendo a rejeitar as facilidades do que está na superfície das coisas. Não é possível separar a Professora Maria Lírida de sua resplandecente biografia. Sua produção científica é fértil, composta por livros e centenas de artigos publicados em revistas, apresentados e registrados em anais de congressos, conferências e eventos jurídicos de grande magnitude. Aprendamos com ela, enfim, a valorizar o que é essencial, a romper paradigmas obsoletos e a ter compromisso permanente com a seriedade, com a pesquisa e o rigor técnico, valores fundamentais para todo aquele que pretende ser um diligente operador do Direito”.

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza ¹⁰

¹⁰ Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE/SE). Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Educação pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Bacharel em



“Escrever em poucas linhas sobre nossa querida Professora Lírída é ao mesmo tempo simples e desafiador. Simples porque ela assim o é no trato dos seus numerosos alunos e orientandos, carregando sempre consigo uma generosidade materna ímpar. Desafiador pois eleger algumas poucas ou uma característica para homenageá-la nos faz beirar constantemente o risco da omissão, considerando a grandeza do seu nome e de sua obra”.

Philippe Magalhães Bezerra ¹¹



“Mestra, colega e amiga. Sob as perspectivas de aluno, colega de docência e amigo, convivo com a Profa. Lírída Calou, que me marcou profundamente desde o nosso primeiro contato, em 2010, em sala de aula. Baluarte do ensino jurídico, não passa despercebida, destacando-se pela franqueza e objetividade no trato e no relacionamento, qualidades que apenas a tornam única, mas lhe atraem uma legião de admiradores, entre os quais, com muito orgulho, me incluo”.

Renato Moreira de Abrantes ¹²

Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professora Titular do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (CNPQ/UNIT). Membro da Academia Sergipana de Letras (ASL). Membro da Academia Sergipana de Ciências Contábeis (ASCC). Membro da Academia Itabaianense de Letras (AIL). Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe (IHGSE). Membro da Associação Sergipana de Imprensa (ASI).

¹¹ Procurador Federal (AGU). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas na Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo pela Universidade de Brasília (UNB). Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor da Pós-Graduação da Universidade Regional do Cariri (URCA). Instrutor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Instrutor da Escola de Administração Fazendária (ESAF). Professor e Fundador do Instituto Brasileiro de Contratações Públicas (IBCP).

¹² Advogado. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Educação e Ensino pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Direito Processual Canônico pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Especialista em Direito e Processos Constitucionais pela Faculdade Católica Rainha



“A Professora Lírida nos traz a certeza da aurora de dias melhores. A garantia de um amanhã otimista. Quem educa com o coração e com a alma participa da construção do futuro. O nosso presente jurídico cearense deve muito a Maria Lírida Calou. Quantos homens e mulheres hoje foram tallhados por ela. A Professora Lírida encara a educação como a grande profetisa do futuro. O que a educação disser hoje será o amanhã. É a Professora Lírida para mim mestre que cristaliza a visão dos neófitos e admiradores da ciência jurídica. É o farol da imensa grandeza que permite aos estudiosos navegar em águas profundas, sabedores de que em suas aulas está a iluminação e a orientação para os peregrinos nas noites nubladas e escuras que atravessamos hodiernamente”.

Roberto Victor Pereira Ribeiro ¹³



“Em minha vida, sempre tive dificuldade para entender os professores. O papel de autoridade máxima, para mim, parecia distante do que se

do Sertão (FCRS). Especialista em Gestão Pública pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Bacharel em Direito pela Faculdade Católica Rainha do Sertão (FCRS). Licenciado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC). Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFANOR/WYDEN. Juiz do Tribunal Eclesiástico Regional e de Apelação do Ceará (TERACE). Avaliador do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP/MEC).

¹³ Advogado Parecerista, Jornalista, Escritor, Professor e Chefe do Departamento de Direito Processual do Centro Universitário Farias Brito (UNIFB). Presidente da Academia Cearense de Direito (ACED). Presidente da Academia Brasileira de Direito (ABD). Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas (ACLJUR). Membro do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH). Membro da Academia Cearense de Retórica (ACERE). Membro da Academia Brasileira de Hagiologia (ABRHAGI). Ex-Secretário-Geral do Instituto dos Advogados do Ceará (IAC). Ex-Juiz-Conselheiro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/CE. Ex-Diretor Ouvidor da Escola Superior de Advocacia (ESA/CE). Editor da coluna “Direito & Arte” na Revista Visão Jurídica. Membro de diversos Conselhos Editoriais. Autor das seguintes obras: O Julgamento de Jesus Cristo sob a luz do Direito; O Julgamento de Sócrates sob a luz do Direito; Questões Relevantes de Direito Penal e Processual Penal; Voando com os Deuses da História; Manual de História do Direito.

preconizava como ensinamento e aprendizagem. Essa sensação de desconexão entre o transmitir e o assimilar, compreender e criticar, percorreu anos em minha vida. Mal sabia que eu teria uma reviravolta deste sentimento na fase adulta. Aconteceu quando conheci, durante o Mestrado em Direito Constitucional, da Universidade de Fortaleza, a Professora Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Uma pessoa ímpar e, portanto, capaz de causar um reboiço de emoções no ensinar. Entre o conhecimento profundo do Direito e a conexão com os alunos, sentia muito mais do que conteúdo, mas a conexão entre mestre e aprendiz. Professora Lírida inspira vontade de conhecimento em seus alunos, simplesmente por que transmite o desejo de assisti-los a compreender a mensagem entre o ser e o saber, respeitando o tempo, a vontade e a maturidade, e contradizendo métodos de ensino avassaladores! Quando a conheci, a admirei imediatamente. Finalmente, alguém que enxergava no aluno, muito mais do que uma fonte para armazenar conteúdos, mas um ser humano interessado em aprender, dialogar, discutir, crescer e desenvolver suas próprias habilidades. Professora Lírida, quando fui convidada pelo Professor Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho para te escrever uma nota de agradecimento, fiquei lisonjeada! Eternizar o sentimento de aprendizagem e docência que você trouxe para minha vida é um presente. Assim, só te desejo tudo que há de melhor neste mundo e que continue enxergando em seus alunos a humanidade que cada um deles carrega em suas distintas formas.”

Ruth Araújo Viana ¹⁴

¹⁴ Juíza de Direito do Estado do Rio Grande do Norte (TJ/RN). Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).



“É com grande satisfação que aproveito a oportunidade para enfrentar o desafio de, com poucas palavras, tentar captar a grande importância da professora Lírida Calou na minha formação acadêmica e profissional. Guardo, com muito apreço, a honra de ter sido seu primeiro (de muitos que certamente virão) orientando de pós-doutorado. Considero-a maior responsável por toda a minha trajetória, oferecendo as primeiras oportunidades de adentrar tanto a carreira de pesquisador como docente. Com o seu jeito único, mesclando sabedoria e carinho, disponibilidade e liberdade, ela se tornou a responsável pelo afloramento de uma vasta quantidade de profissionais do Direito que, certamente, sempre possuirão o sentimento de gratidão por terem tido a sorte de, em algum momento, contar com a sua presença em suas vidas”.

Saulo Nunes de Carvalho Almeida ¹⁵

¹⁵ Advogado. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutor em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito do Trabalho, Tributário e Previdenciário pela Faculdade Ateneu (FATE). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Centro Universitário Católica de Quixadá (UNICATÓLICA). Professor do Centro Universitário UNIFANOR/WYDEN. Editor da Revista Direito & Desenvolvimento do Centro Universitário Católica de Quixadá (UNICATÓLICA).

Análise da ouvidoria no cenário dos hospitais públicos como instrumento de controle interno

*Andrezza Abraham Ohana de Souza*¹

*Samilla Ferreira Dantas*²

Introdução

O aumento progressivo do engajamento da população dentro das atividades inerentes à gestão pública possibilitou a disseminação do sentimento de participação nos cidadãos, resultando no aumento da procura pelos porquês e formas de execução de políticas públicas. As pessoas desejam monitorar os gastos do orçamento público para assim opinar e construir alternativas eficazes para sua aplicação além de garantir a qualidade da prestação dos serviços.

Nesse contexto, as reformas introduzidas pela constituição de 1988 estabeleceram uma unidade importante para a garantia dos princípios legais da Administração Pública: o controle interno, ele possibilitou a ampliação da autofiscalização da gestão pública. Este tipo de controle é inserido nas organizações como um auxiliar de grande relevância para a gestão pública, especialmente quando se refere ao controle dos procedimentos, atividades e orçamento público. O conjunto de agentes, órgãos e

¹ Analista Administrativo da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). Especialista em Comunicação em Mídias Digitais pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduada em Biblioteconomia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: andrezza.ohana@gmail.com.

² Assistente Administrativo da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). Mestranda em Administração e Controladoria pela Universidade Federal do Ceará (UFC). MBA em Gestão Pública pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Administração pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). E-mail: samilladantas@ymail.com.

serviços formados pelo Estado precisa demonstrar transparência à população, especialmente referente às suas receitas e despesas. Portanto, não há como não estruturar e não dar a devida atenção ao controle interno uma vez que este instrumento permite a criação de indicadores diários das atividades desenvolvidas pelos gestores públicos (LIMA, 2011).

Como ferramenta valiosa desta unidade de controle, a ouvidoria se estabelece como ponte entre o cidadão e a gestão das instituições da administração direta e indireta, para ouvir e direcionar as manifestações recebidas, reconhecendo os procedimentos deficientes dentro da gestão pública e alimentando o senso crítico dos cidadãos referente ao cumprimento da legalidade das atividades. Ela é um importante instrumento de administração para a construção de diagnóstico e garantia que os serviços prestados estão de acordo com a necessidade da população (FALCÃO, 2010).

É indispensável ressaltar, ainda, que os gestores públicos que não constroem diálogos transparentes com a população tornam-se corruptíveis ou politicamente vulneráveis. Ao estimular a comunicação, os administradores conseguem direcionar as políticas públicas para as necessidades e desejos dos cidadãos e, assim, constroem um governo legitimado (GRAHAM JUNIOR; HAYS, 1994).

Desta forma, o objetivo deste artigo é analisar o da ouvidoria como um importante instrumento estratégico no apoio ao Controle Interno dos Hospitais Públicos, respaldadas na atuação do cidadão como fiscalizador da saúde pública no país.

1. Controle interno

Dentro da democracia, o interesse público sempre será norteador de todas as ações governamentais. Não se admite o governante autossuficiente que possa estabelecer a forma como os recursos públicos serão gastos, tendo por parâmetro somente a sua vontade (MOREIRA, 2007). Por isso surge a necessidade de se fiscalizar os atos dos agentes públicos.

O controle é a ação de dirigir, fiscalizar e orientar processos da melhor maneira possível. Pode ser realizado pela sociedade, pela Administração, pelo Poder Legislativo, pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas. Quando o agente que exerce o controle faz parte da Administração Pública, se está diante de um controle interno (MOREIRA, 2007).

O Controle Interno é uma exigência legal, mas acima disto, sua existência se justifica principalmente para promover a otimização dos escassos recursos públicos, sendo um instrumento de promoção da defesa do patrimônio público, em especial no tocante à vigilância dos índices da dívida pública (MOREIRA, 2007, p. 2).

O sistema de controle interno é obrigatório para todos os órgãos integrantes da Administração Pública. Esse sistema é essencial durante os procedimentos desenvolvidos em instituições. É importante ressaltar que não é permitido desenvolver o controle interno separado destas atividades. O sistema é um aliado da gestão transparente, além de demonstrar o desempenho de entidades públicas. Destaca-se, ainda, que o agente público que faz parte do sistema de controle interno deve garantir a prioridade do interesse público, desenvolver com comprometimento todas as atividades designadas e recomendar ações viáveis dentro da gestão pública (MOREIRA, 2007). Deve-se levar em consideração que:

a Administração clássica cada vez mais é questionada. Buscam-se novas formas e meios para a prestação dos serviços públicos. Daí a importância de também serem criados órgãos de Ouvidoria, responsáveis por acolher as sugestões dos cidadãos e, se possível, colocá-las em prática. Tais órgãos poderiam desempenhar suas funções de forma integrada ao Controle Interno (MOREIRA, 2007, p. 3).

Além de ser um instrumento de relevância para o Controle Interno, a ouvidoria também tem correlação direta com o Princípio da Eficiência, estabelecido pela emenda constitucional nº 19/95. Este princípio exige que a Administração Pública Direta e Indireta faça o uso do bem comum em

suas atividades, de forma imparcial, transparente, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade para maior utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social (MORAES, 2000).

É importante esclarecer que as atividades desenvolvidas pela Ouvidoria não buscam culpados ou listar defeitos apontados dentro das Instituições, mas sim buscar soluções para falhas nos procedimentos internos e melhorar a qualidade do serviço prestado (BRASIL, 2006a). O contexto histórico desenvolvido sobre as ouvidorias esclarece que a intenção deste instrumento sempre foi voltada para o controle da Administração Pública, apesar dos autores internacionais não concordarem entre si (FALCÃO, 2010).

As ouvidorias fazem parte de diversas ações promovidas pelo Estado com o objetivo de democratizar a Administração Pública e permitir a vivência da sociedade dentro da gestão das organizações, colaborando para que todos os indivíduos compreendam que os serviços públicos oferecidos são pagos por cada um dos contribuintes e deve ser objeto de fiscalização e controle realizado por todos os cidadãos, sendo este um direito e um dever da sociedade.

2. Contexto histórico das ouvidorias

Por ser um instrumento de valor significativo para o exercício da plena cidadania e também uma ferramenta estratégica para o apoio da gestão de qualidade dos serviços prestados pelas organizações. Ao longo da história, a ouvidoria foi escolhida para ser um canal entre o usuário do serviço e a administração das Instituições. A partir do momento que atende o valor democrático usado pelo regime de governo vigente torna-se fundamental para a Administração Pública, já que leva em consideração a participação do povo (LÍDICE, 2017).

No contexto mundial, a figura do Ombudsman, ou Defensor dos Homens, surge na Suécia em 1713, quando o rei Carlos XII nomeia um

Supremo Representante de nome *hagte ombudsmannen*, cujas atividades eram controlar se as tarefas desenvolvidas pelos funcionários públicos estavam de acordo com as leis e regulamentos (AUTO FILHO, 2004). Além disso, representava o cidadão perante o estado, pois agia como um interlocutor entre o governo e a sociedade, sempre objetivando fortalecer os direitos do povo frente ao Poder do Estado (BRASIL, 2006b).

Já no Brasil, após 20 anos de regime militar, se estabeleceu um processo de redemocratização, especialmente após a abertura política. Foi neste período que as ouvidorias reapareceram, pois houve registro da existência da figura do ouvidor desde o período do Brasil Colônia, entre os séculos XVI e XIX (MENDONÇA, 2008).

Bastos explica que:

no Brasil, a primeira proposta de criação de um instituto que se aproximava ao modelo do Ombudsman sueco ocorreu em 1823, por iniciativa do Deputado Constituinte José de Sousa Melo, representante da Província de Alagoas, que apresentou um projeto estabelecendo a instituição, em cada província, de um "Juízo do Povo" para que a população pudesse recorrer nos casos de opressão para apresentar na Corte suas queixas (BASTOS, 2006, p. 21).

As tentativas para estabelecerem o Instituto da Ouvidoria no Brasil após o processo de redemocratização culminaram em 1985, primeiramente em uma empresa privada - Laboratório Farmacêutico Rhodia (FUQUES; NORÕES, 2002). Em 1992, surgem as primeiras ouvidorias universitárias. Um marco para a saúde no país aconteceu em 2003, quando foi publicado do Decreto nº 4.726, onde foi instituído o Departamento de Ouvidoria Geral do Sistema Único de Saúde - SUS (MORAES et al., 2010).

O fortalecimento das organizações democráticas públicas e privadas ajudam a ratificar a figura do ouvidor, oferecendo principalmente aos serviços de ouvidoria a oportunidade de melhorar a relação com o cidadão usuário (FERNANDES E SILVA, 2006). A confiança se desenvolve através do tempo com ações preventivas e educativas, pautadas, sobretudo na

ética. O papel do ouvidor é cuidar do cidadão especialmente contra a violação de direitos, abuso de poder, injustiças e má administração do pública, colocando a transparência governamental sempre em primeiro plano (MORAES et al., 2010).

3. Ouvidoria

Através do recebimento de elogios, sugestões, críticas e reclamações dos usuários, pode-se apurar as manifestações apresentadas, propor aperfeiçoamento em processos e a moderação de conflitos. Por estar embasada na responsabilidade social, assegura a confidencialidade e impede qualquer tipo de retaliação, atuando com celeridade nos processos, senso crítico e autonomia para tomada de decisões. Visa, também, a aplicabilidade das medidas cabíveis, bem como a efetiva solução de conflitos e a busca de informação requerida pelo cidadão (LÍDICE, 2017).

Nesse contexto, a ouvidoria é um instrumento de gestão fundamental para a consolidação da cultura e da transparência, pois, através dela, a imagem, as ações de prestação de contas e responsabilidade social das Instituições Públicas são reconhecidas pelos cidadãos. Ela é indispensável à garantia da integridade, impessoalidade e eficácia do exercício da função pública (LYRA, 2000).

Atualmente a qualidade da administração pública está sendo avaliada por critérios técnicos, transparência, ética, eficiência, eficácia, capacidade de melhorar a qualidade de vida entre outros, abandonando critérios políticos e subjetivos (BRANS, 2003; MATIAS-PREIRA, 2003, 2010). Assim, através de relatórios gerenciais, a ouvidoria auxilia os gestores públicos na avaliação e diagnóstico quanto a eficiência ou ineficiência na prestação de serviços, utilizando ou baseando-se em análises qualitativas de dados estatísticos (MARCELINO, 2014) dando ênfase à necessidade de as organizações desenvolverem uma administração mais transparente em relação aos processos de tomada de decisão e atos praticados pelos seus administradores (BORGES; SERRÃO, 2005).

Os cidadãos estão mais conscientes de seus direitos e por sua vez vêm produzindo demandas cada vez mais refinadas, desse modo, as expectativas para as respostas aumentaram na mesma proporção. A postura ética e transparente dos administradores públicos é extremamente valorizada, sobretudo diante de decisões morais desafiantes e das pressões por melhores resultados econômicos, sem abandonar o aspecto social. A importância da ética e transparência na gestão, hoje, deve-se, notadamente, ao fato de que a legitimidade e a credibilidade da administração têm sido questionadas e cobradas com mais intensidade por todos (MELLO, 2006; TEONÓRIO, 2007). Diante disso, é necessário que as instituições públicas sejam acessíveis a qualquer um que lhe buscar, tornando-se confiáveis aos seus usuários (BENEDICTO, 2013).

Salientamos, enfim, que o cidadão exige estar engajado e atualizado - em tempo real - do que acontece no dia-a-dia da Gestão Pública, garantindo que a sua contribuição tributária seja aplicada de forma oportuna. O indivíduo não aceita ser passivo nesta relação, ele quer ser ouvido, ter direito a reclamar, criticar e sugerir, ou seja, participar de algum modo na execução das políticas públicas (LIMA, 2011).

Essas atitudes ativas justificam o fato de que grandes organizações do país, incluindo universidades, hospitais e indústrias disponibilizarem serviços de ouvidoria para aprimorar o relacionamento com o cidadão usuário (FERNANDES; SILVA, 2006).

4. Ouvidoria nos hospitais públicos

É importante compreender que todo o histórico da Saúde Pública do nosso país está intimamente ligado com a política do Brasil. Seguindo a linha cronológica, tivemos o Período Colonial, Republicano que inclui o governo de Getúlio Vargas, os comandos sucessivos de governos militares e, por fim, a redemocratização. Logo após, ocorreu a instituição do Sistema Único de Saúde - SUS pela constituição de 1988 (FALCÃO, 2010). Os princípios norteadores do SUS são a descentralização, o atendimento integral,

a hierarquização através de uma rede regionalizada, a universalidade no atendimento e a participação da comunidade.

Como consequência deste Sistema Público de Saúde brasileiro, manifestam-se os mecanismos para promover a participação dos cidadãos no SUS. Dentre as ferramentas oferecidas estão as Ouvidorias (FALCÃO, 2010). A sinalização formal para inserir esta ferramenta ocorreu em 1996, durante a 10^a Conferência Nacional de Saúde, conforme o seguinte texto: “Os conselhos e Gestores do SUS devem constituir e implementar novos mecanismos de participação. Entre esses mecanismos incluem-se: Ouvidorias e serviços de disque-saúde em todos os níveis do SUS” (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1998). Esta foi uma das etapas implementada que promoveu mudanças nas práticas dentro das Instituições, em todos os âmbitos, repercutindo principalmente nos hospitais que, segundo Pereira (2002), configura-se como a principal instituição do Sistema de Saúde do Brasil voltado para o atendimento à população.

O resultado da relação entre hospitais e ouvidorias é o entendimento que este mecanismo inserido no âmbito hospitalar é um importante auxiliar para o desenvolvimento das estratégias de gestão (PEREIRA, 2002).

É por meio das ouvidorias que os órgãos podem ter ciência a respeito das falhas de seus procedimentos. Hirschman (1993) expõe que, assim como as organizações, os hospitais também lidam com a falta de recurso, com problemas éticos e com disfunções em seu corpo funcional.

A ouvidoria assume um papel estratégico: ela se converte em um legítimo canal de comunicação entre o cidadão e o poder público. Cabe a ela viabilizar o direito de petição nessa esfera, ouvindo e examinando o que o cidadão tem a dizer sobre os procedimentos e as ações dos seus agentes, órgãos e entidades públicas e propor adoção de medidas que visem corrigir e prevenir as falhas e omissões na prestação do serviço público (BRASIL, 2004, p. 3)

Dar voz aos usuários por meio de um mecanismo alternativo e político por excelência (PEREIRA, 2002), foi uma forma de impor aos órgãos

que prestam serviço público a reparação do seu bom funcionamento. Forçou os hospitais a buscar alternativas para seus problemas internos (HIRSCHMAN, 1973).

Os serviços de saúde também são beneficiados com o estabelecimento da figura do ouvidor dentro dos Hospitais Públicos, visto que a opinião dos usuários acerca da qualidade dos serviços contribuirá para o planejamento das ações dos profissionais de saúde, gestores e administradores (VÉRAS, 2005).

Atualmente o SUS conta com uma Ouvidoria-Geral que é um espaço de recebimento, tratamento e encaminhamento de manifestações da população, além de atuar também como um canal informativo dando orientações sobre doenças, políticas e programas da própria rede SUS (BRASIL, 2014).

5. Metodologia

Em relação às escolhas metodológicas o estudo quanto aos seus objetivos é uma pesquisa exploratória e quanto aos procedimentos classifica-se como pesquisa bibliográfica.

Oliveira (2011, p. 20) considera que as pesquisas exploratórias “possibilitam aumentar o conhecimento do pesquisador sobre os fatos, permitindo a formulação mais precisa de problemas, criar novas hipóteses e realizar novas pesquisas mais estruturadas”.

Gil (1999) evidencia que a pesquisa exploratória deve progredir com o objetivo de evidenciar uma visão geral sobre algum assunto específico. Esse tipo de pesquisa é geralmente escolhido quando o tema a ser abordado é pouco explorado e, por esta razão, existe dificuldades para criar hipóteses precisas e possíveis de se operacionalizar.

Neste caso optou-se por fazer uma revisão de literatura levando em consideração a prévia existência de publicações sobre assunto abordado, apesar de estarem disponíveis em poucas quantidades.

Já os procedimentos na pesquisa científica referem-se à maneira pela qual se conduz o estudo e, portanto, se obtêm os dados. Neste contexto, Cervo e Bervian (1983) afirmam que a pesquisa bibliográfica tem como principal objetivo definir um problema, a partir de referenciais teóricos já publicados anteriormente. Segundo Gil (1999) por meio destas bibliografias é possível juntar vários conhecimentos sobre o assunto pesquisado.

Os referenciais teóricos foram obtidos nas bases de dados Capes, Ebsco, Bdt, Scholar e Scielo. Foi evidenciado um pequeno número de publicações sobre o assunto abordado neste artigo, principalmente estudos que relacionassem o instituto da ouvidoria como instrumento do controle interno, apesar da grande relevância do assunto para a melhoria da qualidade dos serviços públicos ofertados à população. Além de serem raras, essas análises não são atuais.

6. Considerações finais

As evidências analisadas no referencial teórico reafirmam que, além de ser uma exigência constitucional, o controle interno das instituições é uma importante unidade de apoio à gestão pública. É através dele que temos a garantia de que as metas da Administração direta e indireta estão de acordo com os princípios descritos em nossa carta magna e que os recursos estão sendo aplicados de forma eficiente e eficaz.

Foi descrito também neste artigo, além dos conceitos de controle interno e ouvidoria, a relação entre os dois. A ouvidoria como instrumento de participação popular existe para garantir a qualidade dos serviços públicos prestados ao cidadão, ressaltado aqui a questão da Saúde Pública. É por meio desta ferramenta que a população poderá identificar falhas processuais dos órgãos e apontá-las para os responsáveis. Ainda, é um meio de dar voz aos pedidos da sociedade e de adequar às obrigações públicas às necessidades do povo.

Foi especificado que é no hospital público, principal ator da Saúde Pública do Estado, que a maioria dos atendimentos dos serviços de saúde

acontecem. Nele há uma relação frágil de interação humana, pois sempre teremos alguém em posição vulnerável, por estar doente e precisando de amparo. A ouvidoria se torna um ambiente seguro, onde as fragilidades da gestão poderão ser relatadas e apuradas, com as devidas providências sendo tomadas em casos cabíveis com a orientação da figura do ouvidor.

Reafirmamos, enfim, que o conceito de ouvir o principal interessado na gestão pública do país, através das ouvidorias públicas, reafirma os cidadãos como fiscalizadores e norteadores das atividades desenvolvidas, contribuindo, assim, para qualificar o serviço oferecido pelas instituições públicas, melhorar a eficiência dos agentes públicos e garantir o cumprimento da constituição federal.

A participação efetiva da população é uma relação em construção constante, assim como o sistema de saúde brasileiro. O processo é cíclico e sempre há algo a ser melhorado. Por isso o controle do usuário, este que é o protagonista no que podemos chamar de “fazer saúde no Brasil”, é tão essencial para a melhoria constante do serviço. Pois não existiria SUS sem a população que a sustenta de todas as formas.

Por fim, como sugestão para pesquisas futuras, recomenda-se: medir a influência das sugestões dos usuários dos serviços de saúde pública do país dentro das instituições do Estado; identificar se os canais oferecidos à população para ouvi-los são confiáveis e de fácil acesso; e evidenciar através de indicadores as melhorias reais desenvolvidas dentro dos órgãos públicos incentivados através do serviço de ouvidoria.

Referências

- AUTO FILHO, F. Ouvidoria: em busca do culto corajoso da liberdade In: SÁ, A.; VILANOVA, F.; MACIEL, R. (Org.) **Ombudsman, ouvidores: transparência, mediação e cidadania**. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2004. p. 139-161.
- BASTOS, M. A. **A Ouvidoria pública no Paraná**. 2006. 78 f. Monografia (Especialização em Administração Pública). Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2006.

- BENEDICTO, S. C. et al. Governança corporativa: uma análise da aplicabilidade dos seus conceitos na administração pública. **Organizações Rurais & Agroindustriais**, v. 15, n. 2, p. 286-300, 2013.
- BORGES, L. F. X.; SERRÃO, C. F. B. Aspectos de governança corporativa moderna no Brasil. **Revista do BNDES**, v. 12, n. 24, p. 111-148, 2005.
- BRANS, M. Comparative public administration: from general theory to general frameworks. In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Ed.). **Handbook of public administration**. London: Sage, 2003. p. 424-439.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Ouvidoria Geral do SUS. **Ouvidoria-geral do SUS: um espaço de cidadania**. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. 28 p. Disponível em: < http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/ouvidoria_geral_espaco_sus_cidadania.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.
- BRASIL. Política Nacional de Humanização da Atenção e da Gestão do SUS. **Material de apoio**. Documento base para gestores, 3. ed. Brasília: Ed. do MS, 2006a.
- BRASIL. Presidência da República. Controladoria Geral da União. Ouvidoria Geral da União. **Orientações para implantação de Unidade Ouvidoria**. 3. ed. Brasília: Presidência da República, 2006b. 24f.
- BRASIL. Presidência da República. Controladoria Geral da União. Ouvidoria Geral da União. **Orientações para implantação de Unidade Ouvidorias**. Brasília: Presidência da República, 2004. 30f.
- CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. **Metodologia científica**: para uso dos estudantes universitários. São Paulo: McGraw-Hill da Brasil, 1983.
- CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Relatório final da 10ª Conferência Nacional de Saúde, Brasília-DF, 2 a 6 de setembro de 1996**. Brasília: Ministério da Saúde, 1998. Disponível em: < http://www.conselho.sau.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_10.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.
- COSTA, C. Ouvidoria, controle social e democratização da Administração Pública. In: ENCONTRO REGIONAL DE OUVIDORIAS PÚBLICAS, 2. 2006, Brasília. **Anais**. Brasília: Controladoria Geral da União, 2006. p. 35-58.

FALCÃO, R. A. B. **Subsídios da ouvidoria do Hospital Universitário Walter Cantídio da Universidade Federal do Ceará para a gestão do complexo hospitalar.** 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Políticas Públicas e Gestão de Educação Superior) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

FERNANDES, F.M.V.; SILVA I. B. A. Ouvidoria como instrumento de mediação entre a universidade pública e a comunidade usuária. In: FREIRE, Fátima de Souza et al. (Org). **Gestão Universitária: integrando aprendizagem e conhecimento na UFC.** Fortaleza: Imprensa Universitária, 2006. p. 49-76.

FUQUES, D. G. L; NORÕES, N. M. R. **Ouvidoria em saúde pública: guia de implantação.** Fortaleza: Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, 2002. 52f.

GRAHAM JÚNIOR, C. B.; HAYS, S. W. **Para administrar a organização pública.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HIRSCHMAN, A. **Saída, voz e lealdade.** São Paulo: Ed. Perspectiva, 1973.

LÍDICE, R. Ouvidoria como instrumento de controle interno na administração pública: transparência como instrumento democrático. **Revista Jurídica Síntese,** ed. 137, 15-20, 2017.

LIMA, J. O. Interlocução do controle interno da Administração Pública com a sociedade. A experiência cearense. **Revista Jus Navigandi,** ano, 16, n. 2942, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19601>>. Acesso em: 27 out. 2017.

LYRA, R. P. (Org.). **A Ouvidoria na esfera pública brasileira.** João Pessoa: Ed. Universitária/UFPB; Curitiba: Ed. Universitária/UFPR, 2000.

MARCELINO, K. J. **A Ouvidoria na perspectiva do Controle Interno e Social.** 2014. Disponível em: <<http://karlajuliam.blogspot.com.br/2014/06/a-ouvidoria-na-perspectiva-docontrole.html>>. Acesso em: 27 out. 2017.

MARCONI, M. A; LAKATOS, E. V. **Metodologia do trabalho científico.** São Paulo: Atlas, 2001.

MATIAS-PEREIRA, J. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. **APGS**, v. 2, n. 1, p. 109-134, 2010.

MATIAS-PEREIRA, J. Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil. **Revista de Administração Mackenzie**, v. 4, n. 1, p. 39-58, 2003.

MELLO, G. R. **Governança corporativa no setor público federal brasileiro**. 2006. 127 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MENDONÇA, M. S. **A Ouvidoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: gênese, evolução e consolidação**. 2008. 50 f. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Administração Judiciária, Escola Superior de Magistratura, Universidade Vale do Acaraú – UVA, 2008.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 8. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 28/00. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, D. et al. **A Ouvidoria como um processo democrático: sua história e experiência no Pará**. Belém: UFPA, 2010. Disponível em: < <http://www.sead.pa.gov.br/sites/default/files/ouvidoriacomoprocesso democraticohistoriadasouvidorias.pdf>>. Acesso em : 27 out. 2017.

MOREIRA, M. M. O controle interno como paradigma da administração pública gerencial. **Boletim de Informação Gerenciais**, n. 05, p.1-8, 2007.

OLIVEIRA, M. F. **Metodologia científica: um manual para a realização de pesquisas em Administração**. Catalão: UFG, 2011.

PEREIRA, L. H. A voz do usuário no sistema hospitalar: ouvidorias. **Sociologias**, ano 4, n. 7, p. 82-121, 2002.

TENÓRIO, F. G. **Cidadania e desenvolvimento local**. Rio de Janeiro: FGV; Ijuí: UNIJUÍ, 2007.

VÉRAS, M. M. S. **A satisfação dos usuários do SUS com o serviço de ouvidoria em saúde de Fortaleza – CE**. 2005. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Saúde Pública) - Universidade Federal de Ceará, Fortaleza, 2005.

Transparência e governo eletrônico: estratégias de governança na administração pública cearense

*Caio Graco Carneiro de Carvalho*¹

*Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho*²

Introdução

Atualmente, as mudanças no âmbito social, econômico, cultural e político que vêm surgindo na sociedade propulsionam o Estado a modernizar-se cada vez mais e a buscar políticas eficazes que ampliem a democracia. O reflexo disso é um governo mais transparente e participativo para o cidadão, onde o mesmo possa influenciar no planejamento público e ter acesso às informações³. Para isso, o crescimento do uso das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) tem papel fundamental nesta nova realidade presente na Administração Pública.

¹ MBA em Gestão Pública da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Administração de Empresas pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). E-mail: caiogcc@gmail.com.

² Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). MBA em Gestão Pública pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Visitante da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro e Sócio Fundador do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA). Sócio do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Membro da Academia Cearense de Direito (ACED). Membro da Academia de Letras dos Municípios do Estado do Ceará (ALMECE). Membro do Centro Cultural do Ceará (CCC). E-mail: marco.praxedes@tjce.jus.br.

³ A noção de ambiente público, no qual a ideia de transparência está inserida, advém de tudo aquilo que vem à público e que pode ser visto por todos e ouvido por todos, isto é, que do conhecimento geral e coletivo (ARENDDT, 2001, p. 59).

Os conceitos de Governo Eletrônico e Transparência são indissociáveis, uma vez que o primeiro é tido como um instrumento do segundo. Na evolução da Administração Pública brasileira, essa relação é algo ainda recente.

No mundo, a Administração Pública Burocrática surgiu no século XIX. Porém, no Brasil, ela nasceu na década de 1930, com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público, o Dasp, que visava, dentre outros objetivos, centralizar o Estado, racionalizar métodos e combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Após o golpe militar de 1964, o modelo burocrático ganhou mais força e desenvolveu-se na Ditadura. Durante o período histórico em que este modelo foi predominante, havia um controle dos processos que trazia como consequência apego exagerado às normas, resistência a mudanças e falta de flexibilidade. Além disso, a desconsideração para com o cidadão era evidente, uma vez que o governo considerava mais relevante atender a seus próprios interesses, voltando-se para si mesmo. Com o foco nos processos e a forte centralização administrativa no Estado, era difícil para o contribuinte brasileiro ter conhecimento, por exemplo, sobre o que os governantes faziam com o dinheiro público (PALUDO, 2013).

Todavia, este controle rígido, que pode ser traduzido como a garantia do poder do Estado, tinha como vantagem a efetividade no controle dos abusos. Corrupção e nepotismo eram evitados enquanto a meritocracia, a capacitação e o profissionalismo eram incentivados por meio de medidas, como avaliações de desempenho e admissão de pessoal através de concursos públicos (CHIAVENATO, 2008).

Em 1967, com o Decreto-Lei nº 200, houve um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática. Enquanto havia, por causa do regime militar, uma centralização política e de recursos, a expansão da administração indireta e o conseqüente enfraquecimento da administração direta eram frutos da descentralização administrativa. Este decreto é visto como o primeiro momento da Administração Gerencial no Brasil. Porém, não teve todas as suas medidas implementadas (PEREIRA, 2000).

Próximo ao fim da Ditadura e início da Democracia, o diagnóstico organizacional na Administração Pública brasileira evidenciava que faltava integração entre planejamento, modernização e recursos humanos. Em meio a crises econômicas e políticas, em 1979, foi criado o Programa Nacional de Desburocratização - PrND, tendo como proposta mudar a Administração Pública de forma a direcioná-la, principalmente, para o atendimento das demandas do cidadão. As ações do programa voltaram-se para a simplificação de procedimentos, economia de recursos, privatizações e aumento na eficiência dos serviços prestados à população (PALUDO, 2013).

Todavia, após a transição democrática, ocorreu um retrocesso burocrático, também conhecido como “retrocesso de 1988”. Com o fim da Ditadura, a Constituição Federal de 1988 veio descentralizada politicamente e centralizada administrativamente – exatamente o inverso do Decreto-Lei nº 200, de 1967. As medidas constitucionais promoveram um engessamento do aparelho estatal com as mesmas velhas práticas burocráticas rígidas. Apesar disso, a introdução da democracia favoreceu um maior controle social da gestão pública, incentivando a descentralização política e resgatando a importância do planejamento (PALUDO, 2013).

Segundo o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), de 1995, o Estado brasileiro não carecia de governabilidade, mas sim de governança:

O governo brasileiro não carece de "governabilidade", ou seja, de poder para governar, dada sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil. Enfrenta, entretanto, um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas estava limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa.

Uma reforma administrativa para trazer mais transparência, modernidade e eficiência tornara-se imprescindível. A transição do modelo burocrático para o modelo gerencial trouxe a importância pela busca da governança, ou seja, a capacidade de governar, tomar decisões e implementar políticas públicas com foco no atendimento ao usuário-cidadão,

além da ênfase nos resultados, do incentivo à inovação e da comunicação participativa. De modo geral, a Administração Pública passou a refletir sobre como implementar ferramentas que promovessem a cidadania, importassem com o interesse da coletividade e melhorassem os serviços públicos.

Após o lançamento do PDRAE, o Estado brasileiro deparou-se com a necessidade de criar meios que reforçassem a sua governança, focando na flexibilidade, eficiência e efetividade de suas ações para um melhor atendimento ao cidadão. A viabilização da adoção dessa estratégia passou pelo incentivo à publicização e privatizações, promoção da liberalização comercial e ajuste fiscal. Desta forma, reduziu o seu papel como executor para ter atuação também na regulação, fomento e fiscalização. Na área administrativa, descentralizou as agências reguladoras do Estado, definiu indicadores de desempenho para as organizações resultantes e criou mecanismos de controle social (PEREIRA, 2000).

A transparência e a *accountability*⁴ são ferramentas intrínsecas aos Estados intitulados como sendo democráticos e modernos, estabelecendo-se na essência da democracia. O Estado deve buscar não somente a publicidade de seus próprios atos, mas também a responsabilização dos administradores públicos. Quanto mais o Estado prestar contas de modo transparente e deixar os cidadãos terem acesso às informações estatais, auxiliado sobretudo pelo uso das TICs, mais haverá visibilidade social e incentivos para a manifestação do exercício da cidadania (PALUDO, 2013).

O Governo Eletrônico auxilia na modernidade da Administração Pública oferecendo serviços e informações através da utilização das TICs. Também conhecido como Governo Digital, teve o seu início no Brasil durante os anos de 1990. Muito mais do que uma mera implementação de

² Sem tradução direta para o português, *accountability* pode ser entendido como a capacidade do sistema político de prestar contas de suas promessas aos cidadãos (PALUDO, 2013). Outros dois conceitos que sempre o acompanham são o de governabilidade e governança. O primeiro diz respeito às “condições sistêmicas e institucionais sob as quais se dá o exercício do poder, tais como as características do sistema político, a forma de governo, as relações entre os Poderes, o sistema de intermediação de interesses” (SANTOS, 1997, p. 342). Por sua vez, o segundo “refere-se ao modus operandi das políticas governamentais – que inclui, dentre outras, questões ligadas ao formato político-institucional do processo decisório, à definição do mix apropriado de financiamento de políticas e ao alcance geral dos programas” (SANTOS, 1997, p. 341).

governo eletrônico, o surgimento dos portais públicos na *internet*, bem como o uso interno das TIC pelos gestores através da *intranet*, foram importantes para edificar a democracia no país (PALUDO, 2013).

De acordo com Vaz, Ribeiro e Matheus (2010, p. 46),

O desenvolvimento das TICs passou a permitir ir além da publicação de relatórios ou o acesso a consultas a bases de dados. Tornou-se possível ofertar bases de dados em estado bruto, para serem livremente manipuladas, filtradas ou cruzadas com outras, inclusive permitindo a construção de novas aplicações e conhecimentos pela própria sociedade civil. São os chamados Dados Governamentais Abertos (DGA).

A implantação e operação de Governo Eletrônico na Administração Pública possuem algumas diretrizes que servem como referência para estruturar as estratégias do órgão ou ente público. O Governo Eletrônico, promovendo a cidadania e inclusão social, vincula-se aos princípios de universalidade, favorecendo a igualdade perante a lei e a equidade na oferta de serviços e informações. Também favorece a racionalização do uso de recursos e reduz os custos unitários, incentivando o desenvolvimento compartilhado em ambiente colaborativo. A integração de políticas, sistemas, padrões e normas ajuda a garantir a eficácia das estratégias de Governo Eletrônico, pois de nada adianta manter o isolamento entre diferentes atores governamentais. Enfim, a boa utilização dessas estratégias fortalece as práticas de governança, ao flexibilizar, democratizar e dar mais eficiência à Administração Pública (CARRANZA, 2018).

Apesar de importantes conquistas em um espaço de tempo relativamente curto, a carência por respeito ao cidadão ainda é bastante perceptível. As leis foram bem feitas, mas inexiste também um total respeito a elas. Ademais, os portais públicos não divulgam todas as informações que são relevantes para a população. Este fato é mais presente nos portais de governo estaduais, onde na maioria há uma ausência de prestação de contas à sociedade. Gestores de alguns órgãos e entidades divulgam apenas informações que são de importância do governo, esquivando-se dos interesses do contribuinte.

Na contramão desta realidade está o Estado do Ceará, que em 2016, de acordo com o Ministério Público Federal (MPF), tornou-se a unidade federativa mais transparente do Brasil. Diante do exposto, foi estabelecido o seguinte problema de pesquisa: de que forma a transparência, um dos princípios de governança, está presente na Administração Pública cearense através de estratégias de Governo Eletrônico?

A pesquisa se classifica como exploratória, qualitativa e estudo de caso. Foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, tendo sido analisadas as práticas de estratégias de Governo Eletrônico e associadas ao conceito de Transparência. Este artigo está estruturado em cinco seções, contando com esta introdução. A segunda descreve a transparência como princípio da Administração Pública. A terceira analisa a transparência especificamente no Governo do Estado do Ceará. A quarta aborda o Governo Eletrônico como estratégia de governança cearense. A quinta se encontra a conclusão do presente estudo.

1. A transparência como princípio da administração pública

O dever da transparência surge pelo fato do povo, titular do poder, ter direito à informação e ao controle do exercício do Poder Público (SUNDFELD, 1995). A transparência é a própria informação disponível sobre a agência apresentada por ela e a interatividade é a facilidade com que as informações dispostas podem ser acessadas pelos cidadãos no site governamental (LAPORTE, DEMCHAK, FRIIS, 2000).

Apesar da transparência não estar expressamente dentre os princípios fundamentais da Administração Pública, ela pode ser extraída a partir dos já anunciados. Assim, a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade com o princípio democrático e o direito constitucional à informação (LIMBERGER, 2000).

Em relação à transparência na Administração Pública, de acordo com Taborda (2002, p. 258),

é a abertura da Administração ao administrado, e contém, pelo menos, três aspectos: o primeiro, que diz respeito à publicação das decisões administrativas, responde mais às necessidades de ação do que à ideia de transparência e, nesta acepção é uma 'norma-regra'; o segundo, que é o momento em que a Administração faz conhecer os motivos de sua ação, explica-se e diz porque decidiu, já é o domínio da transparência ('norma-princípio'): o último, e o mais importante, é o diálogo que a Administração estabelece com o cidadão, que se expressa em uma verdadeira participação do particular nas decisões administrativas. Neste caso, a transparência é um dever da Administração e um direito fundamental do cidadão.

A transparência torna-se uma via de mão dupla quando, de um lado, a Administração Pública tem o dever de dar publicidade aos seus atos e, do outro, o cidadão tem o direito a ser informado (LIMBERGER, 2000). A publicidade é considerada um princípio administrativo porque, diante a Administração Pública, os contribuintes devem ter acesso, através de uma forte transparência, às informações necessárias sobre o que os governantes estão fazendo (SILVA, 2011). Desta forma, a publicidade contribui para o controle da sociedade acerca das informações governamentais, facilitando evitar, assim, diversos vícios da Administração Pública, como, por exemplo, a corrupção (VAZ; RIBEIRO; MATHEUS, 2010). Evita-se também que o cidadão desinformado dos assuntos públicos se torne um ignorante. Com a diminuição dos desvios de dinheiro gerados pela corrupção é possível viabilizar a melhoria das prestações sociais, que podem ser oferecidas à população, ou seja, concretizam-se direitos (LIMBERGER, 2000).

Após o longo período em que o poder do Estado foi administrado pelos militares, a democratização tinha como pressuposto o controle do aparelho do Estado pela sociedade. O surgimento de ferramentas que promovessem a cidadania era necessário. A transparência na Administração Pública, por meio do acesso à informação governamental, surgia para ser um projeto de igualdade e, conseqüentemente, para fortalecer a democracia no país (JARDIM, 1999).

Esta transparência traduz-se na divulgação periódica de relatórios, na realização de audiências públicas e na prestação de contas dos chefes

dos poderes, tornando-se, deste modo, em requisito para a boa governança e para a fortificação de um elo entre Estado e sociedade civil (CULAU; FORTIS, 2006).

1.1 A transparência no âmbito constitucional

Antes mesmo da reforma administrativa e da promulgação de leis que incentivaram a transparência dentro dos governos, já estava explícito na Carta Cidadã um meio que tendia a viabilizar o controle popular sobre a coisa pública. Segundo o art. 5º, XXXIII da CF/88, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse geral ou coletivo, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade. Pode-se dizer que este direito é derivado do princípio da publicidade da atuação da gestão pública, pois exige uma atuação transparente, decorrente da própria indisponibilidade do interesse público. O cidadão passou a ter não apenas direito a informações de seu interesse particular, como também informações sobre o que diz respeito à ações do governo, facilitando a fiscalização da Administração Pública⁵.

De acordo com o art. 37 da CF/88, a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Embora a transparência não apareça de forma explícita, a sua exigência na atuação administrativa está fortemente ligada ao vetor da publicidade⁶.

O controle social no Estado brasileiro tem como um exemplo o princípio da publicidade. Este princípio apresenta dois significados: o primeiro, é a exigência de publicação oficial como requisito de eficácia, ou seja, enquanto não publicado, o ato não está apto a produzir os seus efeitos externos; o segundo, derivado do princípio da indisponibilidade do interesse público, é a exigência

⁵ Todavia, este direito não é absoluto, uma vez que o Poder Público pode limitá-lo, caso o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

⁶ Enquanto alguns juristas, como Alexandre de Moraes, entendem que a transparência está atrelada ao princípio da eficiência, sendo rotulado com uma característica deste, outros pesquisadores, como Vladimir da Rocha França, entendem que a transparência, na realidade, está vinculada ao princípio da publicidade, sendo ferramenta essencial para o controle jurisdicional viável da administração pública (FRANÇA, 2000, p. 171).

de transparência na atuação administrativa, isto é, os atos administrativos em geral devem ser motivados, através de exposições por escrito dos motivos, para serem considerados legítimos. O fundamento para a necessidade desta motivação é a cidadania, pois ela assegura o efetivo controle da administração, inclusive o controle popular (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

O direito de participação do administrado na gestão dos serviços públicos, declarado na Emenda Constitucional nº 19/98, presente no parágrafo terceiro do mesmo artigo 37 da Constituição, regula o direito de reclamação contra a ineficiente prestação de serviços públicos, o direito de acesso dos usuários dos serviços públicos a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, e o direito de representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função na Administração Pública.

Segundo Moraes Filho (2015, p. 68),

é possível verificar um nítido entrelaçamento entre o princípio básico da transparência no âmbito da governança pública e o princípio constitucional da publicidade na seara da Administração Pública. Enquanto o primeiro possui a missão de criar um ambiente de confiança nas relações internas e externas, o segundo possui o dever de conferir eficácia e moralidade aos atos administrativos exarados. Essa correlação principiológica reforça a necessidade de um diálogo permanente e duradouro entre as ciências da política, da economia, da sociologia, do direito e da Administração Pública em benefício da boa governança.

Este direito do cidadão à participação tem também forte ligação com o princípio da eficiência, constituindo sua instituição e as garantias constitucionais nele inspiradas um grande instrumental jurídico para a concretização normativa da eficiência. Deste modo, com um Estado mais eficiente, conseqüentemente eleva-se a importância para com a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum (MORAES, 1999).

O surgimento de uma nova forma de governança pública, mais participativa e cooperativa, beneficia a abertura para múltiplas parcerias – entre governo, mercado e sociedade – na tomada de decisão e implementação das

políticas públicas. Busca-se práticas que fortaleçam a auto-organização da sociedade civil, onde a legitimidade desloque-se do poder constituído para os canais institucionalizados de participação popular (GRIN, 2008).

1.2 A transparência no âmbito infraconstitucional

Posteriormente, a Lei nº 9.755, promulgada em 1998, tornou-se a iniciativa legal da transparência na Administração Pública, criando uma página na *internet* administrada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) para consulta e apreciação pelos cidadãos e entidades da sociedade civil. A instituição brasileira responsável pelo controle externo passou a divulgar dados e informações sobre relatórios, balanços e orçamentos dos entes federados. No ano seguinte, em 1999, o Tribunal emitiu a Instrução Normativa nº 28, estabelecendo regras para a implementação do *site* Contas Públicas. A I.N. nº 28 definiu parâmetros a serem seguidos pelos entes federados na publicação de informações, definindo os instrumentos, elementos e prazos para que os entes disponibilizassem. Assim, esta instrução buscou efetivar os meios eletrônicos como instrumento eficaz no acesso de informações pelo cidadão.

Logo em seguida, a Lei da Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101), promulgada em 2000, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com aparo no capítulo II (das finanças públicas) do título VI (da tributação e do orçamento) da Constituição Federal de 1988. A LRF visa, dentre outras medidas, impor controle aos gastos das pessoas políticas, primando pelo equilíbrio entre receitas e despesas e dando transparência à gestão fiscal. Esta lei modernizou a Administração Pública financeira do país ao fundamentar-se no planejamento como medida para evitar ao máximo desperdício de dinheiro público traduzido como, por exemplo, gastos imediatistas. O Plano Plurianual – PPA, que estabelece as diretrizes, objetivos e metas de governo num período de 4 anos, é o planejamento estratégico de médio prazo da Administração Pública. Por sua vez, a Lei de Diretrizes

Orçamentárias – LDO estabelece as metas e prioridades, além de orientar a elaboração da Lei Orçamentária Anual – LOA, que concretiza os objetivos e metas estabelecidos. A Lei de Responsabilidade Fiscal mudou a cultura do país, uma vez que atualmente exige mais participação popular e transparência das ações governamentais (CARVALHO, 2014).

Antes da lei definitiva do direito ao acesso às informações, existia, quanto ao assunto, uma legislação muito espaçada, dispersa em vários dispositivos e de forma bastante parcial, o que provocava interpretações diferentes acerca do mesmo tema. Tais normas estavam inseridas na Lei Complementar nº 101, na lei sobre a questão da guarda de arquivos, sobre preservação do meio-ambiente etc. Durante alguns anos, coube à Controladoria Geral da União (CGU), Ministério da Justiça, Ministério da Defesa, Ministério das Relações Exteriores, entre outros, fazer uma minuta de projeto de lei quanto ao acesso à informação. Esta iniciativa do Poder Executivo resultou no Projeto de Lei (PL) nº 5.228/2009, que estabelecia obrigações a todos os órgãos e entidades públicas, deixando subentendida sua aplicação a todos os poderes.

Na Câmara dos Deputados, este projeto de lei recebeu as principais modificações, na forma de um substitutivo ao PL enviado pelo Poder Executivo, sendo aprovado pela Comissão Especial de Acesso a Informações da Câmara. Algumas mudanças significativas foram com relação aos órgãos afetados pela lei, ao tempo de guarda dos documentos sigilosos, ao encaminhamento dos recursos administrativos, às autoridades competentes para a classificação de documentos sigilosos, à revisão periódica dos documentos sigilosos, etc (PAES, 2011).

Em 2011, foi promulgada a Lei nº 12.527 (Lei de Acesso à Informação), que logo tornou-se um marco na Administração Pública brasileira como ferramenta de transparência, governança e, conseqüentemente, democracia. Trata-se de uma lei de normas gerais, de caráter nacional, englobando todos os entes federados, que estabelece diretrizes a serem observadas no intuito de assegurar o direito fundamental de acesso à informação, sendo uma delas, por exemplo, o aumento da utilização do

Governo Eletrônico, visto que a divulgação de dados em páginas da *internet* tornou-se obrigatória (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

Segundo o art. 10, § 3º da Lei de Acesso à Informação (BRASIL, 2011), “são vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.” Desta forma, a lei consagra a “transparência ativa”, isto é, o direito ao arquivo aberto, à divulgação de informações de interesse público independentemente de provocações. Quanto à tramitação dos requerimentos de acesso, a lei garante ao requerente o direito de obter o teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia. Outro ponto relevante foi a criação de uma instância recursal procedimental à parte, determinando à CGU a deliberação sobre alguns assuntos. Desta forma, o controle para garantir a correta aplicação da lei, além de ser feito internamente por meio do órgão ao qual o pedido foi dirigido, também será feito por outro ente. Além disso, a lei também traz inovações quanto à responsabilização dos agentes em relação à algumas condutas, e garante maior proteção aos servidores que denunciam irregularidade (PAES, 2011).

2. A transparência no governo do Estado do Ceará

Um importante passo para a consolidação do regime democrático e fortalecimento das políticas de transparência pública no âmbito da Administração Pública cearense foi a Lei nº 15.175/2012 (Lei Estadual de Acesso à Informação). Esta espécie normativa veio complementar a lei nacional, promulgada apenas um ano antes.

A Lei Estadual de Acesso à Informação ganhou regulamentação própria com a implementação do Sistema Estadual de Acesso à Informação, coordenado pela Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado (CGE), garantindo ao cidadão acesso e disponibilidade de informações tanto de interesse público quanto pessoal de forma flexível, célere e sem rigidez burocrática. Desde que esta lei foi sancionada, criando o Sistema Estadual de Acesso à Informação, até o mês de abril de 2017 foram contabilizadas

164.282 solicitações de informação, respondidas em uma média de 11 dias, pelo Serviço de Informação ao Cidadão (SIC) – criado através do Decreto Estadual nº 31.199/2013 –, localizados em todos os órgãos e entidades do Estado.⁷ A partir desta lei, determinou-se um rol mínimo de informações que devem estar divulgadas proativamente nos sítios institucionais dos órgãos e entidades, impulsionando, desta forma, a transparência ativa.

A existência de portais da transparência, em âmbito nacional, que disponibilizem os seus dados integralmente adotando os dados abertos ainda não é uma realidade no país. Porém, a única experiência brasileira que disponibiliza grande parte dos seus dados em formato aberto é o Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará (TCM-CE). O portal do TCM-CE disponibilizou todos os seus dados⁸ em formato que todos os computadores podem ler, bem como incentiva que os cidadãos os utilizem e encontrem novas maneiras de usá-los (VAZ; RIBEIRO; MATHEUS, 2010).

Em 2016, o ranking nacional da transparência, patrocinado pela Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal, pôs o Governo do Ceará em 1^a lugar entre os governos estaduais no índice de transparência das contas públicas⁹. Este ranking¹⁰, que avaliou a transparência ativa e passiva através de análises na divulgação de salários, diárias, contratos, licitações, empenhos, dentre outros, concentra-se na clareza das

⁷ GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ. “Lei de Acesso à Informação completa cinco anos de implantação”. Disponível em: <<http://www.ceara.gov.br/2017/05/16/lei-de-acesso-informacao-completa-cinco-anos-de-implantacao>>. Acesso em: 05 de junho de 2018.

⁸ “O TCE/CE mais uma vez transforma o óbvio em realidade: abrimos os dados. Só que agora de uma maneira diferente, estamos possibilitando que programas de computador acessem os dados facilmente. O TCE/CE está disponibilizando os dados do SIM via Interface de Programação de Aplicativos. Acreditamos na criatividade coletiva e através dela temos a certeza que a comunidade tem condições de criar suas próprias aplicações fazendo uso dos dados da maneira que melhor lhe convier. E para isso, nada melhor que facilitar a criação desses aplicativos. Buscamos estabelecer contato com desenvolvedores interessados em criar seus próprios aplicativos usando os dados do TCE/CE” (Disponível em: <www.api.tcm.ce.gov.br>. Acesso em: 25 junho de 2018).

⁹ Composta por três titulares e três suplentes, a 5^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal é dedicada ao combate à corrupção e atua nos feitos relativos aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, nos crimes praticados por funcionário público ou particular (artigos 332, 333 e 335 do Código Penal) contra a administração em geral, inclusive contra a administração pública estrangeira, bem como nos crimes de responsabilidade de prefeitos e de vereadores previstos na Lei de Licitações.

¹⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. “Ranking da Transparência: Ceará aparece em 1º lugar entre os estados”. Disponível em: <www.mpf.mp.br/ce/sala-de-imprensa/noticias-ce/mpf-apresenta-novo-ranking-da-transparencia>. Acesso em: 04 de junho de 2018.

contas públicas como instrumento para fortalecer a participação social no controle das receitas e despesas.

Para chegar a esta posição de referência no país, uma das medidas em destaque tomada pelo Governo do Ceará foi o incentivo à implementação de ferramentas de Governo Eletrônico para facilitar o acesso do contribuinte às informações.

3. O governo eletrônico como estratégia de governança cearense

Não é de hoje que o Estado do Ceará investe em estratégias de Governo Eletrônico para o fortalecimento da gestão pública e da transparência das ações governamentais. Percebe-se, no decorrer dos últimos 20 anos, algumas medidas feitas pelo Governo do Estado que explicam de certa forma o destaque que o Ceará tem atualmente em relação à transparência de suas informações.

A Empresa de Tecnologia da Informação do Ceará (ETICE) foi criada pela Lei estadual nº 13.006, em 2000, com o intuito de, dentre outras competências, coordenar de forma articulada e integrada as ações de Governo Eletrônico para fomentar e viabilizar a utilização da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) e, em particular, da *internet*, na agilização dos processos administrativos internos, na obtenção de maior transparência das ações do governo e na universalização e melhoria da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

Posteriormente, com o Decreto nº 27.387, de 2004, foi instituído o Prêmio Ceará Governo Eletrônico, visando incentivar a Administração Pública Estadual a automatizar os seus serviços e processos, reconhecendo e premiando ideias inovadoras. Este prêmio objetiva destacar projetos implementados e que efetivamente contribuam para a melhoria da gestão, dos serviços públicos e das informações disponibilizadas pelo Governo do Estado.

Mais adiante, em 2011, com a Lei estadual nº 15.018, foram instituídos o Programa Estadual de Banda Larga e o Cinturão Digital do Ceará. O

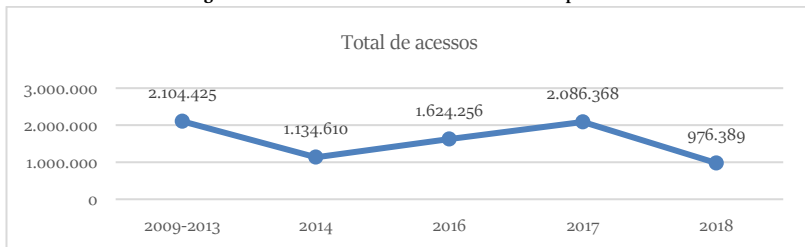
primeiro, com o apoio da ETICE, tem como principais objetivos fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de TIC, bem como promover a inclusão digital, acelerando, assim, o desenvolvimento econômico e social do estado. O segundo é uma rede de transmissão de dados em forma de uma grande infraestrutura de fibra óptica que conecta mais de 90 municípios cearenses, com o intuito de levar *internet* de alta velocidade e com qualidade para a maioria da população. Desta forma, serviços públicos serão beneficiados diretamente, trazendo mais agilidade e modernidade para os cidadãos. O Cinturão Digital do Ceará é hoje considerado a maior rede pública de banda larga do Brasil e pretende atender todo o território cearense até 2019.

Em 2018, os sistemas de Ouvidoria, Transparência e Acesso à Informação do Governo foram reunidos em uma única e nova plataforma: Ceará Transparente. Desenvolvido por uma empresa de tecnologia, sob gestão da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado, por meio de uma operação de crédito firmada entre o Governo do Estado do Ceará e o Banco Mundial, este sistema permite que os cidadãos de todo o Estado registrem manifestações, como reclamações, denúncias ou elogios à Ouvidoria, tenham acesso ao Portal da Transparência do Estado e solicitem dados não divulgados no Portal por meio da ferramenta de Acesso à Informação.

O Portal da Transparência do Estado do Ceará, criado em 2007 através da Lei Estadual nº 13.875/2007, em consonância com a LRF, é um sítio na *internet* que busca possibilitar que o cidadão cearense se torne um fiscal das ações públicas, aumentando a transparência da gestão e o combate à corrupção no estado. No portal, podem ser encontradas informações pormenorizadas a respeito das receitas e despesas, além de contratos e convênios firmados pelo governo.

O gráfico abaixo corresponde à estatística de acessos do Portal da Transparência de 2009 a 2018, excetuando o ano de 2015.

Figura 1: Estatísticas de acesso ao Portal da Transparência



Fonte: PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ (2018).

Observa-se através da Figura 1 um aumento progressivo no número de visitas ao Portal da Transparência. O ano de maior visitação foi o de 2017, quase atingindo o número de acessos dos anos de 2009 a 2013 juntos. Observa-se também que o ano de 2018 tende a ser o superior em número de acessos, uma vez que o primeiro quadrimestre do ano já supera e muito o mesmo período do ano anterior. Diante disso, pode-se constatar o crescente interesse da população pela fiscalização das ações pela Administração Pública cearense.

4. Procedimentos metodológicos

Esta pesquisa caracteriza-se como exploratória, bibliográfica e documental e de abordagem qualitativa (GIL, 2008; SPINK, 2004).

5. Considerações finais

Uma das formas mais eficazes de incentivo à transparência e, consequentemente, à uma boa governança na Administração Pública é por meio da implementação de estratégias de Governo Eletrônico. Através delas, serviços públicos modernizam-se, reduzindo custos e aumentando eficiência, e portais públicos na *internet* – frutos de leis de acesso à informação – são criados para permitir uma prestação de serviços públicos de forma mais democrática, dando ao contribuinte um contato direto com o seu direito à publicidade e à cidadania.

Desta forma, o objetivo do trabalho de analisar a concretização da transparência da Administração Pública cearense por meio de estratégias de Governo Eletrônico foi alcançado. Em linhas gerais, pode-se concluir que o Estado do Ceará vem buscando, no decorrer das últimas duas décadas, algumas medidas – prêmios de incentivos, programas de melhoria no acesso à *internet*, sistemas de ouvidoria, leis que favorecem a o acesso à informação e portal da transparência – que propiciem uma maior participação do cidadão nas políticas públicas.

Constata-se também que há um maior interesse do cidadão cearense a respeito de informações sobre o Governo do Estado, visto o crescente e vertiginoso número de acessos ao Portal da Transparência nos últimos anos.

Uma vez o Estado investindo em transparência e Governo Eletrônico, não ganha apenas o cidadão. A própria Administração Pública recebe largos pontos positivos, pois a sua capacidade de governar, de decidir e de implementar políticas públicas – enfim, a sua governança – é fortalecida. E isto reflete lá na frente com o aumento da efetividade de suas políticas.

Porém, a relevância da transparência na Administração Pública não deve ser encarada apenas como uma obrigatoriedade dos políticos vinda do cumprimento das leis. Este princípio constitucional da publicidade deve ser visto principalmente como um modo do cidadão sentir-se mais próximo ao Estado, tendo conhecimento e acesso fácil às políticas públicas que são executadas utilizando o dinheiro do povo.

Referências

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 9.755**, de 16 de Dezembro de 1998. Dispõe sobre a criação de homepage na *internet* pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que especifica, e dá outras providências.

_____. **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.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 04 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal e dá outras providências. CFC – Guia Contábil da Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, DF: CFC, 2001.

CARVALHO, Deusvaldo. **Orçamento e contabilidade pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

CEARÁ. **Lei nº 13.006**, de 24 de Março de 2000. Institui novo Modelo de Tecnologia da Informação para a Administração Pública Estadual, estabelece competências para as Secretarias do Planejamento e Coordenação SEPLAN, e da Administração - SEAD, autoriza a cisão, com extinção, do Serviço de Processamento de Dados do Estado do Ceará - SEPROCE, e a resultante constituição de empresa pública denominada Empresa de Tecnologia da Informação do Ceará - ETICE, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 15.018**, de 04 de Outubro de 2011. Institui o programa estadual de banda larga e dispõe sobre a participação de empresas privadas e órgãos públicos na exploração do cinturão digital do Ceará.

_____. **Decreto nº 27.387**, de 04 de Março de 2004. Institui e regulamenta o Prêmio Ceará Governo Eletrônico e dá outras providências.

CARRANZA, Giovanna. **Administração geral e pública**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração geral e pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CULAU, Ariosto Antunes; FORTIS, Martin Francisco de Almeida. Transparência e controle social na administração pública brasileira: avaliação das principais inovações introduzidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 2006, Ciudad de Guatemala. **Anais**. Ciudad de Guatemala: CLAD, 2006.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro/RJ, n. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRIN, Eduardo J. “**Governança participativa, eficácia gerencial e legitimidade política nos governos locais.**” In: XIII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Buenos Aires: nov. 2008.

JARDIM, José Maria. **Transparência e opacidade do estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental**. Rio de Janeiro: Editora UFF, 1999.

LAPORTE, T.; DEMCHAK, C., FRIIS, C. Webbing governance: national differences in constructing the face of public organizations. In: GARSON, G. Handbook of public information systems. New York: Marcel Dekker Publishers, 2000.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, São Paulo/SP, n. 220, p. 248-263, abr./jun. 2000.

MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. A transparência como instrumento de democracia na governança pública brasileira. **Revista FFBusiness**, Fortaleza/CE, v. 13, n. 16, p. 61-76, jul./dez. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PAES, Eneida Bastos. A construção da lei de acesso à informação pública no Brasil: desafios na implementação de seus princípios. **Revista do Serviço Público (RSP)**, Brasília/DF, n. 62, v. 4, p. 407-423, out./dez. 2011.

PALUDO, Augustinho. **Administração pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. **Direito constitucional descomplicado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 55-72, julho 2000.

SANTOS, Maria Helena de Castro. **“Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós Constituinte.”** In: DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997. pp. 335-376.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SPINK, Mary Jane (Org.). **Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio da publicidade administrativa.** Direito de certidão, vista e intimação. Revista de Direito Público, 1995.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro/RJ, n. 230, p. 251-279, out./dez. 2002.

VAZ, José Carlos; RIBEIRO, Manuella Maia; MATHEUS, Ricardo. Dados governamentais abertos e seus impactos sobre os conceitos e práticas de transparência no Brasil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal da Bahia (PPG-AU/UFBA)**, Salvador/BA, vol. 9, 2010, setembro, p. 45-62.

A tutela antecipada na ação de improbidade administrativa à luz do novo código de processo civil

Gina Copola ¹

Introdução

O presente trabalho tem como escopo o estudo do tema relativo à tutela antecipada nas ações de improbidade administrativa, à luz do Novo Código de Processo Civil.

Este estudo aborda as questões jurídicas concernentes aos requisitos para a concessão da tutela antecipada em ações de improbidade administrativa, bem como as sérias consequências de tal medida de urgência, como ocorre no caso do afastamento do servidor público, ou da indisponibilidade de bens do acusado.

Trazemos ao artigo o tema da tutela antecipada em diversos outros países. O texto colaciona jurisprudência sobre o tema.

1. A tutela antecipada

1.1 O que é tutela antecipada?

A tutela antecipada foi introduzida de forma definitiva em nosso sistema jurídico pela reforma processual civil levada a efeito através da edição

¹ Advogada. Especialista em Direito Administrativo pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Ex-Professora de Direito Administrativo das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Autora dos livros: *Elementos de direito ambiental*, Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003; *Desestatização e terceirização*, São Paulo: NDJ, 2006; *A improbidade administrativa no direito brasileiro*, Minas Gerais: Fórum, 2011; *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*, 2. ed. Minas Gerais: Fórum, 2012. E-mail: ginacopola34@hotmail.com.

da Lei federal nº 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, que *alterou dispositivos de nosso Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar*.

Tutela antecipada, que é espécie do gênero tutela de urgência, é o adiantamento da prestação jurisdicional, é antecipação da decisão de mérito concedendo o pedido formulado em sua totalidade, ou parcialmente, antes mesmo da instrução processual, sendo obedecido, porém, sempre que possível, o princípio constitucional do contraditório.

Em resumo tem-se que a tutela antecipada é o adiantamento dos efeitos do julgamento do mérito da ação proposta, ou seja, é a própria satisfação do direito, sem, contudo, fazer coisa julgada material.

1.2 Tutela antecipada não é medida cautelar ou liminar

A tutela antecipada e a medida cautelar (e também a medida liminar) têm sido utilizadas como se se tratassem de institutos idênticos e com os mesmos efeitos, isso porque ambas providências possuem caráter emergencial, e provisório.

Tem-se, porém, que tal fungibilidade não pode ser admitida processualmente uma vez que a medida cautelar se presta apenas a preservar o processo, enquanto a tutela antecipada é o meio eficaz de preservação do próprio direito envolvido.

A medida cautelar tem por objetivo proteger a tutela que se busca, enquanto na tutela antecipada busca-se o provimento antecipado da própria tutela.

Com todo efeito, na medida cautelar o pedido formulado não precisa necessariamente coincidir com o pedido principal, enquanto na tutela antecipada é de império que o pedido formulado coincida exatamente com o pedido da tutela final.

Sobre a distinção entre os dois citados institutos – medida cautelar e tutela antecipada – assim já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, em

Recurso Especial nº 60.607-SP, 2ª Turma, rel. Ministro Ademar Maciel, com o seguinte excerto da ementa:

A antecipação da tutela serve para adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final. Já a cautelar visa a garantir o resultado útil do processo principal. Enquanto o pedido de antecipação de tutela pode ser formulado na própria petição inicial da ação principal, a medida cautelar deve ser pleiteada em ação separada, sendo vedada a cumulação dos pedidos principal e cautelar num único processo.

É forçoso concluir, portanto, que as duas tutelas urgentes – medida cautelar e tutela antecipada – não podem ser utilizadas como sinônimas pelos aplicadores do direito, e sobre o tema cite-se fundamentado artigo elaborado pelo magistrado REIS FRIEDE, intitulado *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: distinções fundamentais*, e publicado na Revista Direito, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, jan /jun. 1999, pp. 67/74, com vasta citação de jurisprudência sobre o tema.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a petição inicial pode limitar-se ao pedido de tutela antecipada, com apenas a indicação do pedido de tutela final, porém, diversamente da cautelar, se não for interposto agravo contra a decisão que concede a tutela antecipada, a tutela de urgência torna-se estável.

E no caso da cautelar, tem-se que se a medida for concedida, a ação principal deve ser proposta em 30 (trinta) dias, nos termos do art. 308, do Novo Código de Processo Civil.

1.3 A tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil

Na redação do antigo Código de Processo Civil, os requisitos para a concessão a tutela antecipada eram previstos no art. 273, do Código de Processo Civil com a redação que lhe foi dada pela Lei federal nº 8.952/94.

Rezam, porém, os art. 303, e art. 304, do Novo CPC:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 10 Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 20 Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 10 deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 30 O aditamento a que se refere o inciso I do § 10 deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 40 Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 50 O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 60 Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 10 No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 20 Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 30 A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 20.

§ 40 Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 20, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 50 O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 20 deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 10.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Denota-se, portanto, que com o Novo Código de Processo Civil o pedido de tutela antecipada pode ser formulado em petição inicial específica para tal fim, desde que tal petição contenha a indicação do pedido final que se pretende alcançar, e, no caso de concessão da tutela antecipada, o autor tem que aditar a inicial, em quinze dias, com a juntada de novos documentos, e com a confirmação do pedido da tutela final, e, não o realizando, o processo é extinto sem resolução do mérito.

No pedido de tutela antecipada o autor tem que demonstrar o *perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo*, requisito que a nosso ver é o *perigo de dano irreparável* da antiga redação do Código de Processo Civil, e também chamado de *periculum in mora*, ou seja, a demora na prestação jurisdicional pode acarretar prejuízo à parte, e, portanto, surge a necessidade de concessão da tutela antecipada.

O perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo deve ser objetivamente demonstrado, e, portanto, não pode permanecer no campo das hipóteses.

Sobre o tema, assim ensina Tiago Asfor Rocha Lima com a redação antiga do CPC, mas em lição que pode perfeitamente ser aplicada ao novo texto²:

O receio de dano irreparável ou de difícil reparação pode ser equiparado inclusive ao conhecido *periculum in mora*, elementar para o deferimento das medidas cautelares, uma vez que inexistem questionamentos de que a postergação da análise do pedido antecipatório trará, indubitavelmente, dano irreparável ou de difícil reparação, em face do perecimento superveniente do objeto jurídico tutelado.

² LIMA, Tiago Asfor Rocha, *Antecipação dos efeitos da tutela*, Bahia: Editora Podivm, 2009, p. 95.

1.4 A efetividade da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil, e a possibilidade de reforma da decisão

Conforme reza o art. 304, do Novo CPC, a *tutela antecipada torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*, e o respectivo recurso é o agravo, previsto pelo art. 1.015, I, do Novo CPC.

Em tal hipótese o processo é extinto, conforme reza o art. 304, § 1º, do Novo CPC.

Ocorre que qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*, do art. 304, do Novo CPC, conforme reza o § 2º, do mesmo artigo, e, dessa forma, a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º, do art. 304, do Novo CPC. Ou seja, a decisão que concede a tutela antecipada não faz coisa julgada, mas a estabilidade de seus efeitos somente pode ser afastada por outra decisão que a revir, reformar, ou invalidar, conforme reza o § 6º, do mesmo art. 304.

E, por fim, a prescrição para tal pedido de revisão, reforma, ou invalidação da tutela antecipada é de 2 (dois) anos, conforme reza o § 5º, do art. 304, do Novo Código de Processo Civil.

1.5 Direito comparado: a tutela antecipada no direito estrangeiro

O professor Tiago Asfor Rocha Lima³ em sua obra *Antecipação dos Efeitos da Tutela* proferiu preciosas lições a respeito da tutela antecipada em diversos outros países, conforme abaixo se lerá.

3.1 ITÁLIA

Estreme de dúvidas que o direito italiano é uma das fontes inspiradoras de incontáveis ordenamentos jurídicos não originados do *common law*. Na processualística civil também não ocorre de maneira diversa, o *provvedimenti d'urgenza* encontra suas origens não no atual Código de Processo Civil italiano

³ LIMA, Tiago Asfor Rocha, *Antecipação dos efeitos da tutela*, Bahia: Editora Podivm, 2009, p. 58/70.

de 1940, com suas alterações posteriores, mas muito antes, como registra Osvaldo Barbero e Carlos A. Carbone, nas medidas inibitórias dos Códigos sardos de 1854 e 1859 e no Código Jurídico Canônico. (...)

Não se deve olvidar que no processo civil italiano a tutela antecipada pode inclusive ser deferida antes do ajuizamento do processo principal, tal como se dá no regime das medidas cautelares, dependendo, todavia, do ajuizamento do processo de conhecimento para que se mantenha a eficácia do provimento. É o que se colhe da doutrina de Edoardo F. Ricci: (...)

3.2 França

O abreviamento da prestação jurisdicional também não é estranho ao sistema processual francês, que não desconhece a existência de situações que impedem ao jurisdicionado aguardar o desfecho de um procedimento comum, dada a necessidade de urgência intervenção do Judiciário, sob pena de perecimento do direito da parte e de negativa ao acesso à justiça. (...)

3.3 ALEMANHA

No direito alemão, em geral, as medidas de urgência possuem função eminentemente cautelar (*einstweiligen Verfügungen*) e não antecipatória de mérito (*Rechtsfriedensfunktion*), de modo que tendem a garantir a eficácia de um futuro pronunciamento judicial, sem, contudo, antecipar a decisão de fundo de direito perseguida pela parte. (...)

3.4 ARGENTINA

O direito processual argentino tem acompanhado a sistemática moderna das medidas urgentes, que visam a imprimir celeridade na fruição da tutela judicial por parte dos jurisdicionados, tendo a doutrina platense cuidado de reformular, sob forte influência de regimes estrangeiros, a simplista e clássica teoria que reduzia os processos urgentes às medidas cautelares. (...)

3.6 URUGUAI

No regime uruguaio, as medidas antecipatórias são reguladas como se fossem uma espécie de procedimento cautelar, tanto é que Jaime Greif afirma que “*lo cierto es que la figura de la tutela anticipativa se inscribe en el marco de la tutela cautelar* (Tit. II, Cap,II)”. (...)

3.7 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Propositadamente, deixou-se para comentar por último a sistemática norte americana, especialmente por se tratar de país sujeito às tradições do *common law*, seguindo-se, pois, parâmetros parecidos com o da Inglaterra, em que o direito costumeiro prevalece sobre as regras positivadas (diametralmente oposto às nações ligadas ao *civil law*), as quais pouco influência exercem sobre a condução dos processos pelos magistrados, que possuem ampla discricionariedade no controle do procedimento, das partes, dos advogados e de terceiros, como bem esclarece Antonio Gidi.

Tem-se, portanto, que a tutela antecipada é instituto previsto e reconhecido também no direito estrangeiro como meio célere e eficaz a atingir a prestação jurisdicional, e para que o direito não pereça.

A atual redação do Código de Processo Civil tornou a tutela antecipada mais parecida com o instituto previsto em outros países, como na Itália, onde já era possível à parte ver concedida a tutela antecipada antes mesmo do ajuizamento da ação principal, ou seja, exatamente como prevê o novo CPC do Brasil.

Nos Estados Unidos o sistema jurídico é bem diverso do Brasil, e as tutelas antecipadas são concedidas com base nos costumes, e não no direito positivado.

Existem distinções entre os países, mas o que é de relevo destacar é que o instituto da tutela antecipada é previsto em diversos países sempre com o objeto de imprimir mais celeridade à prestação jurisdicional.

2. A ação de improbidade administrativa

O processo judicial por prática de ato de improbidade administrativa está previsto de forma detalhada no art. 17, da Lei federal nº 8.429, de 1.992, a chamada LIA.

Reza o art. 17, *caput*, da LIA, que

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Lê-se do dispositivo transcrito que a ação principal por ato de improbidade administrativa segue o rito *ordinário*, que é aquele previsto pelos art. 282, e seguintes do Código de Processo Civil.

A ação principal pode ser proposta pelo e. Ministério Público, com legitimidade também garantida pelo art. 129, da Constituição Federal, ou,

ainda, pela pessoa jurídica interessada, que é a “*administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei*”, conforme descrito no art. 1º, *caput*, da LIA.

Para a propositura da ação principal não é necessário que se tenha proposto prévia ação cautelar, mas no caso de proposta ação cautelar, e concedida a medida liminar, o prazo para a propositura da ação principal é de 30 (trinta) dias, sob pena de intempestividade.

É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, conforme reza o art. 17, § 1º, da LIA.

Com todo efeito, o e. Ministério Público do Estado de São Paulo ou a pessoa jurídica interessada, após proposta a ação principal, não estão autorizados a realizar transação, acordo ou conciliação com os réus, uma vez que o direito protegido em ação de improbidade é indisponível.

É cediço em direito que só existe e só se configura um ato de improbidade administrativa se nele existir o elemento subjetivo do **dolo**.

A ausência de dolo ou má-fé desnatura por completo o ato de improbidade administrativa, nos termos regidos pela Lei federal nº 8.429, de 1.992, e conforme o e. Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido.

Sem a figura do dolo resulta e é virtualmente impossível a caracterização de improbidade em ato algum de autoridade, ou de quem quer que seja.

Com todo efeito, tanto na doutrina quanto sobretudo na jurisprudência superior é pacífico e convergente o entendimento de que a ação de improbidade administrativa deverá ser manejada para os casos em que fica inequivocamente demonstrado que o agente público *utilizou-se de expediente que possa ser caracterizado como de má-fé*, com a nítida intenção de beneficiar-se pela lesão ao erário, e apenas assim.

O elemento subjetivo dos tipos contidos da LIA é o dolo e apenas o dolo, decorrente da vontade do agente público em locupletar-se às custas do erário, enriquecendo-se em detrimento do Poder Público.

Com efeito, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça é uníssona ao afirmar que os atos de improbidade apenas caracterizar-se-ão se houver demonstração da *má-fé do agente público* ou do terceiro, como se verifica no julgado proferido pelo e. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Laurita Vaz, 2ª T., REsp nº 269683/SC, julg. 06.08.02.

Tal entendimento se encontra totalmente pacificado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, conforme se lê do assaz de vezes suscitado julgamento do RESP nº 213994/MG.

Denota-se assim que a jurisprudência superior é pacífica e convergente no sentido de que sem o dolo, a má-fé, a desonestidade demonstrada, não se configura o ato de improbidade administrativa.

E, ainda, prestigiando este posicionamento de que a Lei nº 8.429/92 não é direcionada ao agente público desastrado ou inábil, o mesmo e. STJ pacificou que a má-fé é a premissa do ato ímprobo, mesmo que o ato praticado seja ilegal, pois sem este liame não há improbidade:

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito. (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, RESP 480387/SP, 1ª T., DJ de 24.05.2004, p. 163).

E, portanto, sem má-fé declarada e evidente não existe nem pode existir improbidade administrativa por parte de quem quer que seja, visto que ela é o componente básico, absolutamente essencial, dos três tipos elencados na Lei nº 8.429/92.

3. A tutela antecipada em ação de improbidade administrativa

3.1 A tutela antecipada e a LIA

A Lei federal nº 8.429, de 1.992, não prevê a possibilidade de concessão de tutela antecipada, mas apenas de medida cautelar, sendo que os dois institutos, conforme acima demonstrado, não podem ser confundidos.

Ocorre, porém, que a tutela antecipada pode ser concedida em ações de improbidade com fulcro no Código de Processo Civil, cuja aplicação é subsidiária, sendo, porém, que o requerente deve sempre comprovar os requisitos exigidos pelo art. 303, do Novo CPC, e também a ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

O que é de mais relevo, porém, é o fato de que não se pode conceder a tutela antecipada em ações de improbidade quando houver perigo de irreversibilidade, sob pena de afronta ao direito ao contraditório e à ampla defesa, pilares do Estado Democrático de Direito.

Ademais, e conforme acima demonstrado a tutela antecipada difere da medida cautelar, e também da medida liminar – a medida cautelar se presta apenas a preservar o processo, enquanto a tutela antecipada é o meio eficaz de preservação do próprio direito envolvido. A medida cautelar tem por objetivo proteger a tutela que se busca, enquanto na tutela antecipada busca-se o provimento antecipado da própria tutela – e por esse relevante motivo, é preciso que o Magistrado tenha prudência ao conceder a tutela antecipada, e que pode constituir a antecipação da própria tutela sem o direito de defesa, considerando o sujeito como ímprobo sem qualquer mínimo direito de defesa, inclusive com a violenta indisponibilidade de bens do requerido, o que resta inconstitucional.

3.2 Impossibilidade de concessão de tutela antecipada para perda da função pública e para perda dos direitos políticos

A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme reza o art. 20, caput, da LIA.

Relevante disposição da LIA é a que exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para a perda da função pública, e também a suspensão dos direitos políticos, a evidenciar a impossibilidade de execução provisória da sentença quanto a essas duas referidas penas, e também a impossibilidade de concessão de tutela antecipada para essas duas penas, que são de extrema gravidade ao apenado, e, por isso, dependem do trânsito em julgado para serem efetivamente aplicadas na esfera administrativa e judicial.

A pena de perda de função pública não pode ser concedida em medida liminar, a não ser que o agente público, permanecendo no cargo, possa perturbar de alguma forma a coleta das provas do processo, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei federal nº 8.429, de 1.992, conforme já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, em Medida Cautelar nº 5.214-MG, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 10/06/2003.

3.3 A indisponibilidade de bens em sede de tutela antecipada

Tema tormentoso e que tem ensejado grande celeuma é o relativo à decretação de indisponibilidade de bens do acusado em sede de tutela antecipada, ou de medida liminar.

É cediço em direito que para a concessão do requerimento de indisponibilidade de bens deve ser observado o *devido processo legal*.

MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA, E WALDO FAZZIO JÚNIOR⁴, em obra elaborada em conjunto, professam que:

⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias, e FAZZIO Júnior, Waldo, *Improbidade Administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, São Paulo: Atlas, 1.996. p. 177.

O art. 5º, inciso LIV, da CF, estabelece como direito fundamental que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal, donde se conclui que a manutenção de bens e direitos, sem restrições, ainda que contestados por terceiros, é direito individual que se projeta no processo com um direito do réu. Sem provimento judiciário final adotado no devido processo legal, ninguém será desapossado de seus bens.

A restrição ao referido direito constitucional só se justifica quando a medida se entremostram indispensável e se adotado nos estritos limites dessa indispensabilidade.

A lição é de clareza solar: ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, que é aquele em que são conferidos o contraditório e a ampla defesa.

Carlos Mário Velloso Filho⁵, em obra em que é co-autor, preleciona que

Não é difícil perceber que ambas as cominações retromencionadas, importando privação de bens, só podem ser aplicadas após o devido processo legal, ante a expressa dicção do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, onde se lê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (...)

A indisponibilidade só se legitima enquanto medida cautelar, destinada a assegurar o resultado útil do processo principal, pois do contrário atentaria contra os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (arts. 5º, LIV e LV, da CF).

O trecho transcrito reza em medida cautelar, mas o que importa ao caso presente é que o direito à propriedade é direito constitucional, cujo perdimento por medida judicial só se faz após o devido processo legal, conferidos, repita-se, o contraditório e a ampla defesa do acusado.

No mesmo diapasão são as lições de Mauro Roberto Gomes de Mattos⁶:

Somente com “fundados indícios de responsabilidade”, que significam dizer que eles poderão ser desconstituídos no curso da lide, com a devida dilação probatória e ampla defesa, é que será deferida a liminar de seqüestro de bens.

⁵ VELLOSO Filho, Carlos Mário, *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 101/108.

⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, *O Limite da improbidade administrativa*, 3ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 620.

E sobre o tema, preleciona Marcelo Figueiredo⁷:

Também aqui a exigência de documentação hábil a comprovar a figura do enriquecimento ilícito; do contrário, será arbitrário seu deferimento. Sem tais requisitos será impossível dar trânsito ao pedido de indisponibilidade.

E no caso de tutela antecipada, devem ser atendidos os requisitos do art. 303, do Novo CPC, com a demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

E para tal concessão ser decretada em sede de tutela antecipada, o requerente deve demonstrar o preenchimento dos requisitos e exigências contidos no art. 303, do Novo CPC, conforme aqui já iterado.

Ainda sobre o tema, já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 769350/CE, rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 06/05/2008, e publicado in *Dje* de 16/05/2008, com o seguinte excerto:

5. Além da fumaça do bom direito e do perigo da demora, que não existe no caso em apreço, é de se somar a esses requisitos a própria razoabilidade para essa constrição, uma vez que não passaria deferir-se a indisponibilidade de todos os bens do réu pelo crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que nem sequer existe a possibilidade de inadimplemento do réu após comprovada a extensão do dano, como reconheceu o acórdão recorrido (enquadramento fático).

6. Não fosse assim, só o fato do ajuizamento da ação civil pública de improbidade poderia ensejar, automaticamente, a indisponibilidade de todos os bens do réu, o que é inaceitável e foge da lógica jurídica, máxime quando contrastada essa hipótese com os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e razoabilidade.

E sobre esse relevante tema, já ensinou com absoluta propriedade o Excelentíssimo Ministro Enrique Ricardo Lewandowski⁸:

⁷ FIGUEIREDO, Marcelo, *Probidade Administrativa*, São Paulo: Malheiros, 1995. p. 34.

⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Improbidade administrativa - questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 163.

Observa-se, por fim, que decretação da indisponibilidade de bens não pode constituir mero expediente para facilitar a execução de eventual sentença condenatória, pois tal se mostra absolutamente incompatível com os direitos fundamentais assegurados na Carta Magna, dentre os quais se destaca o de propriedade, que representa pilar fundamental do sistema econômico por ela adotado.

Ademais, para a decretação de indisponibilidade de bens, *não basta o simples requerimento do Ministério Público, mas, sim, é necessária a comprovação de que o requerido tentou alienar ou desfazer-se de bens*, conforme ensina o Ministro do e. STF, Enrique Ricardo Lewandowski⁹, ao citar acórdãos do e. Tribunal de Justiça de São Paulo:

Como corretamente reparou o Des. Rubens Elias no AI 6.670-5, julgado pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, não basta um simples requerimento do Ministério Público, externando subjetividade, para o deferimento da medida, na ausência de indícios de que os réus tenham procurado, por qualquer modo, alienar ou transferir seus bens para furtar-se ao ressarcimento ao erário.

No mesmo sentido, a 2ª Câmara Civil da Suprema Corte Paulista, no AI 239.734-1, relatado pelo Des. Roberto Bedran, decidiu que “o perigo deve representar uma situação de objetividade fática, perfeitamente demonstrável, e não significar, tão-somente, injustificado temor de quem exagere em sua avaliação subjetiva, cabendo ao juiz avaliar esse estado no caso concreto.

Tem-se, portanto, que a decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa deve ser precedida de contraditório e da ampla defesa do acusado, e, ainda, se o provimento for concedido em tutela antecipada devem estar presentes os requisitos do art. 303, do Novo CPC, objetivamente demonstrados, tudo isso conforme ensina a mais autorizada doutrina, e a jurisprudência existente.

Além disso, *“a indisponibilidade dos bens é medida de caráter excepcional, somente se justificando quando demonstrado nos autos prática de*

⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 162.

atos de alienação de bens com vistas a frustrar a execução”, conforme já decidiu o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 990.10.021166-8-Mogi das Cruzes, relatora Desembargadora Cristina Cotrofe, 8ª Câmara de Direito Público, julgado em 16/06/2010.

É forçoso concluir, de tal sorte, que a tutela antecipada para indisponibilidade de bens somente pode ser concedida se preenchidos os requisitos do art. 303, do Novo CPC, e sempre com muita prudência e cautela do Magistrado, mesmo porque conforme demonstrado a tutela antecipada é o adiantamento da prestação jurisdicional, e, por isso, o Juiz ao concedê-la deve levar em conta a irreversibilidade da medida adotada.

Além de tudo isso, a tutela antecipada para indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa deve levar em conta a ocorrência do dolo, da má-fé, e do prejuízo ao erário ou do locupletamento ilícito.

4. A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça

O egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente no Recurso Especial nº **1264707-BA**, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 17/12/2015, com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS RÉUS. DESNECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO PROCLAMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EVENTUAL PROVIMENTO JURISDICCIONAL CONDENATÓRIO NÃO PADECERÁ DE INEFICÁCIA, CONFORME SE INFERE DA MOLDURA FÁTICA ESTABILIZADA PELO ACÓRDÃO A QUO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA ACAUTELATÓRIA. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Cinge-se a controvérsia em saber se estão presentes os requisitos para a decretação da medida de indisponibilidade de bens dos Réus em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. 2. O deferimento da indisponibilidade de bens do acionado, antes de concluído o processo de apuração do ilícito, não deve ser praticado à mão larga, sob o impacto do pedido do Ministério Público ou da Entidade Pública que alegadamente tenha sofrido a lesão ou dano - ainda que de monta - ou sob a pressão

da mídia, para apelar a sede de vingança ou de resposta que a sociedade justamente exige, mas há de se pautar na verificação criteriosa da sua necessidade. 3. A constrição de bens não deve ser entendida como se fosse sanção patrimonial antecipada do Agente Público, mas sim cautela processual, e que é da natureza das medidas cautelares a prévia demonstração da sua necessidade, conforme estabelecem os arts. 798 do CPC, 70. da Lei 8.429/92 e 12 da Lei 7.347/85. 4. O Tribunal de origem consignou que a medida cautelar de bloqueio de bens é despicienda, não apenas pelo reduzido valor pretendido na Ação Civil Pública (R\$ 29.070,86 - fls. 27), assim como pela possibilidade de o ressarcimento de bens ao Erário ser solvido por todos e cada um dos Réus, onze ao total. 5. Referida conclusão não merece reparos, pois não há o *fumus* de que a garantia processual é imperiosa ao cumprimento da pretensa decisão judicial condenatória, dadas as circunstâncias do caso concreto. Desvelou-se que, na hipótese de condenação futura, o provimento jurisdicional não padecerá de ineficácia, consoante se infere da moldura fática estabilizada pelo Acórdão a quo. 6. Ausentes os requisitos para a concessão de medida cautelar, deve ser mantido o julgado a quo que indeferiu a indisponibilidade de bens do Réus. 7. Recurso Especial da UNIÃO conhecido e provido.

Salta aos olhos, portanto, que a tutela urgente de indisponibilidade de bens deve ter amparo nos requisitos do *fumus boni juris*, e do *periculum in mora*, e, ainda, deve ser observado o **princípio da razoabilidade**, uma vez que, conforme consta do venerando acórdão ora colacionado, o deferimento da indisponibilidade de bens “*não deve ser praticado à mão larga*”.

Outro elemento de relevo é o fato de que existe jurisprudência no sentido de que a indisponibilidade de bens deve cingir-se ao suposto dano ao erário.

Com todo efeito, o bloqueio só pode recair sobre o acréscimo patrimonial indevido, e, portanto, não pode ser permitida a decretação de indisponibilidade de *todos os bens do requerido em ação de improbidade administrativa*.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que a indisponibilidade de bens dos réus **deve ser limitada ao valor do dano ao erário**. É o que se lê do r. acórdão proferido em Agravo de Instrumento nº **2149245-66.2014.8.26.0000**, rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, 5ª Câmara de Direito Público, julgado em 13/04/2015, com a ementa:

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Responsabilidade Civil por Atos de Improbidade Administrativa. Indisponibilidade de bens dos réus. Possibilidade, desde que limitada ao valor do dano ao erário. Responsabilidade solidária, até instrução final. (.....) Excesso de bloqueio com relação a um dos agravantes. Recurso provido em parte.

E consta do v. voto condutor:

Diante de tais circunstâncias, o total bloqueado deve ser, de fato, reduzido, sob pena de se onerar o acusado com a indisponibilidade de seus bens em montante superior ao permitido em lei.

No mesmo sentido, é o venerando acórdão proferido pelo e. TJSP, no AI nº **2141962-89.2014.8.26.0000**, relatora Des. Maria Olívia Alves, julgado em 09/02/2015, que decidiu que:

Indisponibilidade, todavia, que deve se limitar ao valor do dano ao erário.

5. Considerações finais

A tutela antecipada pode perfeitamente ser concedida em ações de improbidade com fulcro no Código de Processo Civil, cuja aplicação é subsidiária, sendo que o requerente deve sempre comprovar a existência dos requisitos exigidos pelo art. 303, do Novo CPC, e também a ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Em ações de improbidade administrativa, a tutela antecipada em geral é concedida para dois efeitos, que são: o afastamento do servidor público, ou a indisponibilidade de bens.

O afastamento do agente público somente pode ser concedida em sede de tutela antecipada, se o servidor, permanecendo no cargo, possa perturbar de alguma forma a coleta das provas do processo, conforme já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, em Medida Cautelar nº 5.214-MG, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 10/06/2003.

A indisponibilidade de bens pode ser concedida em tutela antecipada desde que comprovados o *fumus boni juris*, o *periculum in mora*, e a ocorrência dos requisitos do art. 303, do Novo Código de Processo Civil.

E o bloqueio ou indisponibilidade só pode recair sobre o acréscimo patrimonial indevido, e, portanto, não pode ser permitida a decretação de indisponibilidade de todos os bens do requerido indistintamente.

O Juiz, ao decretar a tutela antecipada de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa deve levar em conta se verifica a ocorrência do dolo ou da má-fé do requerido.

Além disso, e conforme demonstrado, a tutela antecipada é o adiantamento da prestação jurisdicional, e, por isso, o Juiz ao concedê-la deve levar em conta a irreversibilidade da medida adotada, e, portanto, tem perfeita aplicação no caso o *princípio da razoabilidade*.

Referências

FIGUEIREDO, Marcelo, *Probidade Administrativa*, São Paulo: Malheiros, 1995.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001.

LIMA, Tiago Asfor Rocha, *Antecipação dos efeitos da tutela*, Bahia: Editora Podivm, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, *O Limite da improbidade administrativa*, 3ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias, e FAZZIO Júnior, Waldo, *Improbidade Administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, São Paulo: Atlas, 1996.

VELLOSO Filho, Carlos Mário, *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001.

Análise da constitucionalidade, em seu aspecto formal e material, da Lei de Improbidade Administrativa

*Humberto Bayma Augusto*¹

Introdução

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com intuito de regulamentar o § 4º do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CF/88).

Oriundo da Mensagem nº 406, de 14 de agosto de 1991, o Projeto de Lei nº 1.446, de 1991, proposto pelo então chefe do Executivo Federal, Fernando Affonso Collor de Mello, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, que, depois dos devidos debates e apresentações de emendas, aprovou sua redação final.

Logo em seguida, em perfeita consonância com o princípio constitucional do bicameralismo, esculpido no *caput* do art. 65 da Constituição Cidadã, o Projeto de Lei nº 1.446/1991 foi remetido ao Senado Federal, que, como Casa revisora, alterou o projeto apresentado e elaborou o Projeto de Lei nº 94, de 1991, remetendo-o à Câmara Federal, que, após novas mudanças, enviou para sanção presidencial.

A partir desse momento, surgiram inúmeras controvérsias no que se refere à constitucionalidade da chamada Lei de Improbidade Administrativa.

¹ Procurador do Município de Pacajus/CE. Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) - Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: hbayma@ig.com.br.

Duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) foram propostas no Pretório Excelso, uma questionando a inconstitucionalidade formal e outra a material, no tocante à suposta afronta aos limites impostos pelo § 4º do art. 37 da Constituição de 1988.

Ademais, também foi proposta na Corte Suprema uma reclamação constitucional, questionando o alcance da referida lei no que tange à sua aplicabilidade aos agentes políticos. Além disso, foi ajuizada no Pretório Excelso a ADI nº 2.797 em face da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acabou por repercutir diretamente na ação de improbidade administrativa, no que concerne à análise de sua natureza jurídica, bem como na definição da competência de foro para seu julgamento.

O Supremo Tribunal Federal (STF), como guardião da Constituição, pronunciou-se polemicamente a respeito dos questionamentos acima descritos, e tais decisões são o objeto principal da pesquisa em tela.

Genericamente, o presente artigo científico responde a alguns questionamentos, tais como: A Lei nº 8.429/1992 é constitucional? No que compete ao devido processo legal legislativo, ele seguiu todos os trâmites previstos pela Constituição da República? A Lei de Improbidade Administrativa respeita os limites elencados no § 4º do art. 37 da Constituição republicana vigente? É constitucional a aplicação da referida lei a todos os agentes públicos? Qual é a natureza da ação de improbidade administrativa? Qual é o foro competente para seu julgamento? É constitucional a aplicação da Lei nº 8.429/1992 a todos os entes federativos? Qual é a posição do STF sobre os referidos temas?

Desta feita, tem-se como escopo geral analisar a constitucionalidade da Lei nº 8.429/1992, e como objetivos específicos estudar a constitucionalidade formal e material desta, bem como a aplicabilidade da referida norma aos agentes políticos e a todos os entes federativos.

Quanto à metodologia de trabalho, a execução do presente ensaio transcorre por meio de pesquisas bibliográfica e documental, com fundamento na doutrina e legislação brasileira, além de exame minucioso da jurisprudência do STF no que se refere à matéria em epígrafe.

1. Da análise da constitucionalidade em seu aspecto formal

a) Do processo legislativo que resultou na edição da Lei nº 8.429/1992 e a ADI nº 2182-6

De iniciativa do então chefe do Poder Executivo Federal, Fernando Affonso Collor de Mello, foi encaminhada à Câmara dos Deputados a Mensagem nº 406/1991, que continha o projeto de lei para regulamentar o § 4º do art. 37 da Constituição de 1988. Tal instrumento ficou conhecido como Projeto de Lei nº 1.446/1991, e na Câmara dos Deputados sofreu inúmeras propostas de emendas. Após todos os trabalhos legislativos, finalmente sua redação final foi aprovada e remetida ao Senado Federal.

Chegando ao Senado Federal, o respectivo projeto sofreu várias críticas do relator, senador Pedro Simon, que apresentou um projeto de lei substitutivo, contendo 37 artigos. Vale frisar que o projeto de lei oriundo da Câmara Federal continha apenas 13 artigos. Tal projeto foi aprovado pelo Senado Federal, sendo imediatamente devolvido à Câmara dos Deputados, em plena consonância com o dispositivo previsto no art. 65 da Carta de 1988.

Ao chegar à Câmara dos Deputados, o projeto substitutivo aprovado no Senado Federal foi rejeitado e apenas alguns de seus dispositivos foram enxertados ao Projeto de Lei nº 1.446/1991 (projeto de lei que fora aprovado pela Câmara dos Deputados e rejeitado no Senado Federal). Logo em seguida, a Câmara dos Deputados aprovou o novo projeto e o remeteu à sanção presidencial.

Observa-se que a Câmara dos Deputados elaborou um terceiro projeto com nova redação, que, em nome do princípio do bicameralismo, esculpido na Constituição Cidadã, deveria ser remetido ao Senado Federal, e não à sanção presidencial. Neste diapasão, ensina Gina Copola:

A inconstitucionalidade da lei reside no fato de que deveria o projeto de lei ter sido enviado ao Senado Federal novamente – após a aprovação da terceira redação – que funcionaria como Casa Revisora do Projeto aprovado unicamente pela Câmara dos Deputados, já que o projeto substitutivo do Senado foi rejeitado.²

Facilmente verifica-se que, no presente caso concreto, o devido processo legal legislativo foi violado, ferindo, assim, o art. 65 da Constituição brasileira. Trata-se, portanto, de uma inconstitucionalidade formal objetiva. Corroborando com o exposto, discorre Marcelo Novelino:

A inconstitucionalidade formal ocorre com a violação, por parte do Poder Público, de uma norma constitucional que estabelece a forma de elaboração de um determinado ato. Pode ser [...] objetiva, quando um ato é elaborado em desacordo com as formalidades e procedimentos estabelecidos pela Constituição.³

Em 30 de março de 2000, foi proposta pelo Partido Trabalhista Nacional (PTN) a ADI nº 2182-6⁴, que arguiu basicamente a inconstitucionalidade formal da Lei nº 8.429/1992, no que tange à afronta ao art. 65 da *Lex Maior*, bem como o princípio do bicameralismo. De pronto, foi requerida pelo autor a concessão de medida liminar, com efeitos *ex tunc*, bem como a declaração de inconstitucionalidade da elencada norma.

Antes da análise do pedido liminar requestado pelo autor, o consultor da União, André Serrão Borges de Sampaio, em informações prestadas ao advogado-geral da União, desenvolveu tese no sentido de que não houve rejeição por parte do Senado Federal do Projeto de Lei nº 1.446/1991 aprovado pela Câmara Federal, mas apenas alterações neste. Assim, com seu retorno à Câmara dos Deputados, o que ocorreu, na realidade, foi apenas a análise das emendas aprovadas no Senado Federal, e não a votação de

² COPOLA, Gina. **A improbidade administrativa no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 15.

³ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 224.

⁴ PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL. **Petição inicial da ADI nº 2182-6**. Bauru, SP, 30 de março de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1815370>. Acesso em: 15 abr. 2019.

um terceiro projeto de lei. Com tal pensamento, Sampaio entende não haver afronta ao art. 65 da CF/88.

Na hipótese dos autos, é evidente que se configurou hipótese – não de rejeição e conseqüente arquivamento, mas antes – de aprovação com alterações ou com emendas do Projeto de Lei oriundo da Câmara dos Deputados, consubstanciando-se em um Substitutivo do Senado Federal. Como demonstrado acima, esse Substitutivo não é outra coisa senão uma emenda extensa e significativa de um Projeto de Lei e, portanto, a adoção de um Substitutivo significa a aprovação do Projeto de Lei com emendas ou alterações, com a exclusiva distinção de que este Projeto de Lei foi emendado de maneira extensa e sistemática, conferindo-se a tal emenda o nome de Substitutivo, como acima demonstrado.

Na hipótese dos autos, a Câmara dos Deputados não atua como Casa Revisora, mas antes como Casa Iniciadora que examina as emendas (sob a forma sistemática e extensa de um Substitutivo) aprovadas pela Casa revisora – que, no caso dos autos, é o Senado Federal. Assim, a avaliação da legitimidade das decisões proferidas pela Câmara dos Deputados no sentido de aprovar apenas algumas das emendas que, conjunta e sistematicamente, constituem o Substitutivo do Senado Federal somente pode ser aferida em face do disposto no parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal e não do *caput* do mesmo artigo. Dito isso, parece claro que o parâmetro de controle invocado pelo Requerente é em si mesmo equivocado e não diz respeito à hipótese dos autos, pois a Câmara dos Deputados não atuava como Casa Revisora, mas tão-só e exatamente como Casa Iniciadora que examina as emendas da Casa Revisora, aplicando-se à espécie o disposto no parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal. [...]. As razões ora expostas evidenciam inexistirem os requisitos de plausibilidade jurídica da impugnação bem como aquele do *periculum in mora* necessários à concessão da medida cautelar pretendida. Do mesmo modo, não se vislumbram razões para o deferimento definitivo dos pedidos cujo exame a Advocacia-Geral da União reserva-se ainda o direito de, oportunamente, levar a efeito.⁵

Em seus alfarrábios e na mesma linha de raciocínio, leciona Waldo Fazzio Júnior:

⁵ SAMPAIO, André Serrão Borges. Improbidade administrativa (Informações AGU nº AS-03/2000 – ADIn 2182). *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 11, abr. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1015/999>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Contudo, o entendimento parte de premissa falsa, a de que o Senado Federal teria rejeitado integralmente o projeto de lei adventício da Câmara dos Deputados. Se, de fato, isso tivesse ocorrido, o processo legislativo (que é um ato complexo) teria sido concluído, com o arquivamento do projeto, *ex vi* do dispositivo no art. 65 *in fine*, da Carta Magna. De fato, no Senado Federal (Câmara Revisora), foi aprovado Substitutivo, de autoria do Senador Pedro Simon, ao projeto original. Em seguida, foi ele devolvido à Câmara Iniciadora (Ofício do Senado Federal SM 1.155 - 04-12-91). [...] Examinando o substitutivo, a Câmara Federal rejeitou-o, aprovando alguns dispositivos dele destacados, remetendo-o em seguida à sanção presidencial (Ofício PS-GSE/128/92, de 27 de maio de 1992; fls. 126).⁶

Adotando a aludida tese, a Corte Suprema indeferiu o pedido liminar requestado pelo autor, alegando que o projeto de lei substitutivo do Senado Federal não equivale à rejeição do projeto de lei inicial da Câmara Federal, de modo que a rejeição do projeto substitutivo pela Câmara dos Deputados, aprovando apenas alguns de seus dispositivos, implica a remessa à sanção, e não sua devolução ao Senado Federal. Assim decidiu o STF:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.429, DE 02.06.1992, QUE 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. ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL OCORRIDO NA FASE DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA NO CONGRESSO NACIONAL (CF, ARTIGO 65). 1. Preliminar de não-conhecimento suscitada pela Advocacia Geral da União: é desnecessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei. 2. Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. único). **A aprovação de substitutivo pelo Senado não equivale à rejeição do projeto, visto que “emenda substitutiva é a apresentada a parte de**

⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 61.

outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto” (§ 4º do artigo 118 do RI-CD); substitutivo, pois, nada mais é do que uma ampla emenda ao projeto inicial. 3. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (artigo 190 do RI-CD), implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo. Medida cautelar indeferida.⁷

No dia 12 de maio de 2010, na mesma linha da decisão proferida na medida cautelar supracitada, o Pretório Excelso, no julgamento do mérito da ADI nº 2182-6, decidiu pela constitucionalidade formal da Lei nº 8.429/1992. Vale mencionar que a Corte Suprema julgou pela impossibilidade do exame de possíveis inconstitucionalidades materiais, em virtude do objeto da referida ADI, limitar-se apenas à declaração de inconstitucionalidade formal. Eis a ementa da decisão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. **Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a este o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo**

⁷ STF, ADI 2182 MC, Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 31/05/2000, DJ 19/03/2004, grifo nosso.

aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.⁸

Apesar de a decisão proferida pelo Pleno do STF ter sido diametralmente oposta ao pedido formulado na ADI nº 2182-6, o ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello proferiu voto em sentido contrário da maioria, ou seja, o entendimento foi pela existência de vício formal no processo legislativo que ensejou a edição da Lei de Improbidade Administrativa. Esse foi o voto:

Ou bem a Câmara endossava o substitutivo do Senado ou, emendando-o, deveria ter encaminhado novamente àquele. A remessa imediata, sem audição do Senado da República, à Presidência implicou o desrespeito claro e evidente ao disposto no art. 65 da Constituição Federal, esvaziando o que nele se contém quanto à preservação do sistema bicameral.⁹

Data venia, a decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade pelo STF entende-se por haver violação ao art. 65 da Carta de 1988, em virtude de a Câmara dos Deputados ter aprovado, na realidade, um terceiro e novo projeto, sendo, portanto, necessária sua devida apreciação pelo Senado Federal antes da sanção presidencial.

2. Natureza jurídica e foro competente para julgamento da ação de improbidade administrativa, bem como exame da ADI nº 2.797 proposta no STF

Em 24 de dezembro de 2002, no apagar das luzes do governo do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, foi sancionada e publicada a Lei nº 10.628/2002, que alterou o art. 84 do Código de Processo Penal (CPP), acrescentando-lhe dois parágrafos.

⁸ STF, ADI 2182, Relator: Min. Marco Aurélio, Relatora p/Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 12/05/2010, DJe 10/09/2010, grifo nosso.

⁹ STF, ADI 2182, Relator: Min. Marco Aurélio, Relatora p/Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 12/05/2010, DJe 10/09/2010.

A edição de tal norma não repercutiu apenas na seara do Direito Processual Penal, mas, também, na esfera do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, bem como na Lei nº 8.429/1992. De modo que a supramencionada lei alterou a regra de competência jurisdicional para julgamento da ação de improbidade administrativa em razão da pessoa do réu.

Vale frisar que a competência jurisdicional é fixada pela Constituição republicana de 1988, hipótese que não pode haver alteração ou criação de novas competências jurisdicionais por lei infraconstitucional. Assim dispôs a nova lei, em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º O art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”¹⁰

Diante da alteração de competência jurisdicional proferida pela lei supracitada, foi proposta no dia 27 de dezembro de 2002, no STF, a ADI nº 2.797¹¹, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), alegando, em síntese, a violação dos arts. 102, inciso I, 105, inciso I, 108, inciso I, e 125, § 1º, todos da Constituição Federal.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 249, p. 6, 26 dez. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10628.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Petição inicial da ADI nº 2797-2**. Brasília, DF, 27 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2082833>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Facilmente, percebe-se que a Carta Magna de 1988, quando elencou o rol de competências jurisdicionais originárias, não reservou aos tribunais superiores e ordinários competência para julgar a ação de improbidade administrativa. Assim, não poderia uma lei ordinária tratar sobre a criação ou alteração das regras de competência jurisdicional. Além disso, vale ressaltar que a lei ora combatida tentou igualar a ação de improbidade, que tem natureza cível, à ação penal, quanto ao foro privilegiado em razão da pessoa para certos agentes públicos do mais alto escalão da Administração Pública brasileira. Com o mesmo entendimento, explica Sérgio Turra Sobrane:

Essas instâncias de apuração e repressão do ato de improbidade administrativa estão bem divisadas no plano constitucional. Cabe ao Supremo pessoas indicadas no artigo 102, I, alíneas “b” e “c” da Constituição da República, e por crime de responsabilidade, os dignitários indicados na alínea “c” do mesmo artigo.

A ação de improbidade administrativa não está contemplada na competência originária do Supremo Tribunal Federal – ou de qualquer outro Tribunal – e integra a competência do juízo de primeiro grau.¹²

Quanto à natureza cível da ação de improbidade, destaca-se o entendimento de Alexandre de Moraes:

A natureza cível dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “... sem prejuízo da ação penal cabível”.¹³

Diante de teratológica regra, no dia 15 de setembro de 2005, o guardião da Constituição não teve alternativa senão proferir decisão no sentido

¹² SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa**: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada São Paulo: Atlas, 2010, p. 30.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 319.

de declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, alterados pela Lei nº 10.628/2002. Essa foi a decisão:

[...] 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. **Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.** 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação aos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal – salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III –, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.¹⁴

Sabidamente, o STF julgou os mencionados parágrafos inconstitucionais. Desta decisão extraem-se as seguintes conclusões: primeiramente, a

¹⁴ STF, ADI 2797, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 15/09/2005, DJ 19/12/2006, grifo nosso.

natureza da ação de improbidade administrativa é eminentemente cível, não restando dúvida quanto a isso, e em segundo lugar, o foro competente para a propositura da referida ação é o juízo de 1º grau, não existindo competência de foro em razão da pessoa.

Tais conclusões são de suma importância para o perfeito entendimento do tópico seguinte, conforme se observa adiante.

3. Da análise da constitucionalidade em seu aspecto material

a) Reclamação constitucional nº 2.138 x Agravo de Instrumento na Petição nº 3.240 – mudança de paradigma no STF quanto à constitucionalidade da incidência da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos

No dia 8 de junho de 1999, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública de improbidade administrativa (Processo nº 1999.34.00.016727-9)¹⁵, no âmbito da Justiça Federal de 1º Grau do Distrito Federal, contra o então ministro chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Ronaldo Mota Sardenberg.

Tal demanda versava sobre o suposto uso indevido por parte do réu de aeronaves da Força Aérea Brasileira (FAB), bem como a utilização do Hotel de Trânsito da Aeronáutica entre os anos de 1996 e 1998.

Na exordial, o *Parquet* requereu a condenação do então ministro com base nos seguintes artigos da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer

¹⁵ TRF-1, AC 1999.34.00.016727-9/DF, Relator: Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, j. 27/08/2007, DJ 21/09/2007.

das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

[...]

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

[...]

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

[...]

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; [...].

Acolhendo os pedidos requestados pelo autor da ação em epígrafe, o juízo da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal condenou Ronaldo Mota Sardenberg, com penas de perda do cargo, suspensão dos direitos políticos por oito anos e ressarcimento aos cofres públicos do valor estimado das passagens aéreas e respectivas diárias, com base no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa e no art. 37, § 4º, da Carta Magna.

Logo em seguida, tanto o réu quanto a União recorreram da referida sentença no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), sendo autuada neste tribunal a Apelação nº 0016702-75.1999.4.01.3400 (Processo nº

1999.34.00.016727-9)¹⁶, com a alegativa de que as condutas acima elencadas se confundem com os crimes de responsabilidade previstos na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e, portanto, sendo o réu ministro de Estado, teria este foro privilegiado para julgamento no Pretório Excelso, com base no art. 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, da Constituição republicana de 1988.

Corroborando com a tese veiculada nos recursos interpostos pela União e pelo réu, leciona Copola:

De fato, a Lei dos Crimes de Responsabilidade e a Lei de Improbidade Administrativa veiculam, igualmente, delitos político-administrativos, razão pela qual não é admissível que ambos os diplomas incidam sobre o mesmo agente, pelos mesmos atos ou mesmas práticas, sendo um texto a classificar a conduta como ato de improbidade e outro como crime de responsabilidade.¹⁷

Conjuntamente com a interposição dos instrumentos recursais citados, a União propôs Reclamação constitucional (Rcl nº 2.138) no STF, sob o fundamento de usurpação de sua competência constitucional, por parte do juiz de 1º grau, em virtude de tais fatos jurídicos se configurarem como crime de responsabilidade. Desta feita, o então ministro relator Nelson Jobim, liminarmente concedeu a suspensão da decisão *a quo* e sustou a tramitação do referido processo no Tribunal Federal da 1ª Região até o julgamento do mérito da ação constitucional supramencionada.

No dia 13 de junho de 2007, o Tribunal Pleno do Pretório Excelso julgou procedente a Rcl nº 2.138, entendendo ser inconstitucional a aplicação da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos, em face aos dispositivos previstos no art. 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, da *Lex Maior*.

De sorte que, por se tratar de servidores públicos do mais alto escalão da Administração Pública brasileira, no caso, ministros de Estado, a Corte Suprema brasileira decidiu que a estes se aplicam o regime jurídico elencado na Lei de Crimes de Responsabilidade. Além disso, entendeu pela

¹⁶ TRF-1, AC 1999.34.00.016727-9/DF, Relator: Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, j. 27/08/2007, DJ 21/09/2007.

¹⁷ COPOLA, 2011, p. 41.

consequente competência do STF para julgamento das referidas demandas. Esta foi a interpretação proferida pelo STF, *in verbis*:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. [...]. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. **O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. **Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).** II.4. Crimes de responsabilidade. **Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.** II.5. Ação de improbidade administrativa. **Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade,****

conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.¹⁸

Em síntese, a interpretação conforme a constituição exarada pelo Sodalício Maior foi pela impossibilidade de incidência conjunta dos dois regimes (Lei de Improbidade Administrativa e Lei de Crimes de Responsabilidade) aos agentes políticos, por se tratar de *bis in idem*. Com a aplicação da Lei nº 1.079/1950 aos agentes políticos (no caso em espécie, ministro de Estado), em detrimento às regras previstas na Lei de Improbidade Administrativa, o foro para seu julgamento passa a ser o STF, sendo declarado incompetente o juízo de 1ª instância para o processamento das citadas ações.

Após tal acórdão, não restou alternativa ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região senão extinguir a demanda proposta pelo MPF contra o então ministro Ronaldo Mota Sardenberg, por perda do objeto. Assim se manifestou o Tribunal:

APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIMES DE RESPONSABILIDADE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXTINÇÃO DO FEITO. A Reclamação 2.138 ajuizada pela União Federal no STF, em 2002, caso Sandemberg, foi julgada procedente, sendo extinta a ação de improbidade, por entender a Corte Suprema que se tratava de crime de responsabilidade.¹⁹

Com o devido respeito ao julgado exarado pelo Tribunal Pleno do STF, entende-se pelo cabimento da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, em virtude de sua natureza eminentemente cível (conforme entendimento do próprio STF na ADI nº 2.797), ao contrário da Lei nº 1.079/1950, que tem natureza político-administrativa. Assim, em nome do princípio da independência e autonomia das instâncias, filia-se à corrente que consagra a existência de possibilidade real de aplicação

¹⁸ STF, Rcl 2138, Relator: Min. Nelson Jobim, Relator p/Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 13/06/2007, DJe 18/04/2008, grifo nosso.

¹⁹ TRF-1, AC 1999.34.00.016727-9/DF, Relator: Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, j. 27/08/2007, DJ 21/09/2007.

concorrente de ambas às normas, sem haver a caracterização de dupla punição ou sanção. Nesse esteio, ensina Sobrane:

Portanto, afigura-se inconcebível a linha interpretativa que exclui os agentes políticos da repressão cível por ato de improbidade administrativa, quando ele também caracterizar crime de responsabilidade. A Constituição da República, como já frisado, afirma a independência das sanções por prática de improbidade administrativa em relação à natureza penal e não faz distinção quanto à “ação penal cabível” (art. 37, § 4º), que pode ser compreendida como sendo aquela direcionada para o julgamento de crime comum, como também a que veicula pretensão punitiva em relação ao crime de responsabilidade.²⁰

Com a mesma opinião, doutrina Moraes:

Discordamos desse posicionamento, pois a Constituição Federal, consagrando o princípio do Juiz Natural (art. 5º, incisos XXXVII e LII), não permite alterações de foro por conveniências ou analogias políticas. O legislador constituinte foi claro ao direcionar os foros especiais em razão da dignidade da função somente para o processo penal – bastando, por exemplo, a leitura do artigo 102, I, b, ou artigo 105, I, a –; excluindo-se, portanto, de forma peremptória o processo e julgamento das ações civis por ato de improbidade administrativa originalmente nos tribunais.²¹

Ademais, tal precedente esta na contramão da luta da sociedade brasileira, bem como das conquistas históricas advindas da Constituição Cidadã, que exalta como postulado basilar da Administração Pública o princípio da moralidade, esculpido no *caput* do art. 37.

No ano de 2018, porém, o Plenário do STF, por intermédio do julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 3.240, superou o antigo paradigma estabelecido em 2007, fulminando o entendimento capitaneado na Rcl nº 2.138, passando a entender pela possibilidade do duplo regime sancionatório e pela independência das instâncias.

Assim, com exceção do presidente da República, todos os agentes políticos se submetem a incidência da Lei nº 8.429/1992, em virtude de a ação

²⁰ SOBRANE, 2010, p. 32.

²¹ MORAES, 2006, p. 347.

de improbidade ser de natureza cível (ADI nº 2.797), sendo sua essência totalmente distinta dos crimes de responsabilidade previstos na Lei nº 1.079/1950, que detém natureza político-administrativa. Essa foi a decisão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. SUJEIÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS A DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE. [...]. 1. **Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição.** [...]. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.²²

b) Estudo sobre aspectos controvertidos da ADI nº 4.295

No dia 10 de setembro de 2009, o Partido da Mobilização Nacional propôs no STF a ADI nº 4.295²³, que argui a inconstitucionalidade material da Lei nº 8.429/1992.

²² STF, PET 3240 AGR, Relator: Min. Teori Zavascki, Relator p/Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 10/05/2018, DJe 22/08/2018, grifo nosso.

²³ PARTIDO DA MOBILIZAÇÃO NACIONAL. **Petição inicial da ADI nº 4295-5**. Brasília, DF, 7 de setembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3751870>. Acesso em: 26 mar. 2019.

A referida ADI questiona a constitucionalidade dos arts. 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, incisos I, II e III, 13, 15, 17, § 3º, 20, parágrafo único, 21, inciso I, 22, e 23, inciso II, todos da Lei 8.429/1992, alegando, em síntese, que as sanções, condutas e tipificações previstas em tais dispositivos são excessivamente vagas, abrangentes, indeterminadas e imprecisas, ferindo, assim, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF/88), do devido processo legal (art. 5º, LVI, da CF/88), bem como o art. 37, § 4º, da Carta Magna, que regula as sanções relativas aos atos de improbidade administrativa.

Vale frisar que, no bojo da mencionada ADI, não foi requestado pelo autor nenhum tipo de medida cautelar ou liminar. Até a presente data, o Pretório Excelso ainda não se manifestou sobre o mérito da referida ação.

Em uma análise aprofundada da causa de pedir da ADI nº 4.295, percebe-se que dificilmente a Corte Constitucional dará provimento ao pedido formulado pelo promovente. Tais alegativas são frágeis, e em nenhum momento corroboram com as atuais perspectivas vividas no mundo jurídico.

O pensamento jurídico contemporâneo, por meio da teoria do Neoconstitucionalismo, acaba por consagrar normas com o intuito de facilitar sua aplicabilidade pelo operador do Direito. Assim, em nome da hermenêutica jurídica e dos postulados interpretativos, as normas modernas acabam por consagrar o princípio da operabilidade, sendo repletas de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

Consequentemente, observa-se que a Lei de Improbidade Administrativa segue a mesma toada do Direito Contemporâneo, sendo uma lei moderna, exemplificativa, principiológica e axiológica. Atualmente, é quase impossível querer que o legislador consiga prever todas as condutas, tipos e sanções abstratamente, pois a sociedade está em constante evolução. Desta feita, cabe ao Poder Judiciário colmatar, ponderar, argumentar e aplicar a norma ao caso concreto, respeitando, obviamente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e consolidando uma interpretação que garanta a supremacia e a força normativa da Constituição.

Ademais, ressalta-se que a natureza da referida lei é eminentemente cível (conforme entendimento proferido pelo STF na ADI nº 2.797), não sendo, por conseguinte, obrigatória a aplicabilidade do princípio da taxatividade ou tipicidade da norma incriminadora, que é um postulado indispensável das normas de natureza penal. Caso a Lei nº 8.429/1992 fosse exaustiva, esgotaria a matéria, dificultando sobremaneira a atuação do Estado-Juiz, pois qualquer conduta ímproba ou imoral que não estivesse ali definida seria considerada atípica. Convergindo com esta tese, dispõe Fazzio Júnior:

Seria absolutamente impossível acomodar as condutas promotoras de enriquecimento ilícito em tipos legais exaurientes. [...]. Precisamente, essa inviabilidade de completude típica explica a estratégia de suficiência adotada na Lei nº 8.429/92. Exemplificando comportamentos, declara não exaurir a espécie. A generalidade exposta no *caput* do art. 9º se impõe, seguida da enumeração das condutas ímprobas mais significativas. [...]. Se o elenco de incisos do art. 9º fosse exaustivo, qualquer outra atuação configuradora de enriquecimento ilícito, não contemplada nesse feixe de incisos, seria atípica. [...]. A estratégia normativa adotada recomenda não dispersar as luzes da análise sobre a casuística representativa, mas centraliza-las no conceito representado.²⁴

Ante o exposto, verifica-se que a Lei nº 8.429/1992 converge com as teses jurídicas mais modernas, estando em perfeita consonância com o art. 34, § 4º, da Constituição brasileira, não contendo em sua essência nenhuma mácula ou vício que venha a ensejar a decretação de sua inconstitucionalidade material.

c) Outras supostas inconstitucionalidades apontadas pela doutrina

Toshio Mukai, grande expoente do Direito Administrativo brasileiro, em inúmeros trabalhos doutrinários²⁵ identificou diversos vícios

²⁴ FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 95.

²⁵ MUKAI, Toshio. A inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa – Lei Federal nº 8.429/92. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 15, n. 11, p. 720-723, nov. 1999; MUKAI, Toshio. A fantasmagórica ameaça das ações de improbidade administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 191-192, mar. 2000.

de inconstitucionalidade constantes na Lei de Improbidade Administrativa.

Primeiramente, Mukai aduz que as penas instituídas pela Lei nº 8.429/1992 extrapolaram as previstas no § 4º do art. 37 do texto constitucional. Ele entende, também, que o legislador infraconstitucional não tem tal competência, cabendo apenas regulamentar as sanções já existentes na Carta Magna.

Em segundo lugar, o eminente professor afirma que a matéria relacionada à improbidade administrativa tem caráter eminentemente administrativo, sendo, portanto, matéria legislativa de competência concorrente da União, Estado e Município, com base no art. 24 da Constituição Federal. Assim, na sua abalizada opinião, a Lei de Improbidade Administrativa deveria ser aplicada apenas no âmbito da União, devendo os demais entes federativos instituir suas próprias leis de improbidade administrativa, sob pena de violação ao princípio federativo e ao texto constitucional.

Com base em suas teses, grande debate foi instaurado na seara do Direito Administrativo. Quanto à primeira alegativa, no que tange às sanções elencadas na Lei nº 8.429/1992, verifica-se que os demais doutrinadores administrativistas se dividem. A título de exemplo, Copola corroborou com os ensaios proferidos pelo doutrinador. Assim lecionou a jurista:

Tal inconstitucionalidade é encontrada em parte no art. 12, que prevê a aplicação de penas não previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. [...]. E o art. 12, da LIA, por sua vez, prevê penas de multa civil; de proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; e também de perda definitiva de bens, sendo que a Constituição Federal, em seu supratranscrito art. 37, § 4º, não prever tais penas. Com todo efeito, cabia a Lei Federal nº 8.429/92 apenas graduar as sanções previstas pelo art. 37, § 4º da Constituição Federal, e nada mais que isto [...].²⁶

Já Moraes tem posicionamento totalmente contrário:

²⁶ COPOLA, 2011, p. 16.

A própria Constituição Federal prever as sanções mínimas e obrigatórias pela prática de ato de improbidade administrativa, delegando à lei a forma e a graduação, não excluindo a responsabilidade penal cabível, tampouco a possibilidade de criação de novas sanções pela legislação pertinente.²⁷

Eros Roberto Grau entende que “[...] as sanções civis impostas pelo art. 12 da Lei nº 8.429/1992 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública”²⁸.

Diante de tais esclarecimentos, e com o devido respeito a Mukai, entende-se que o rol de penas e sanções dispostas no art. 37, § 4º, da CF/88 não é taxativo, sendo, portanto, meramente exemplificativo, autorizando o legislador ordinário a consagrar novas sanções com o intuito de proteger e homenagear os ditames previstos no *caput* do art. 37 da Constituição republicana de 1988.

No que tange à segunda tese, ou seja, quanto ao alcance da Lei de Improbidade Administrativa aos demais entes federativos, Copola, desta vez, se posicionou contra os ensinamentos de Mukai, entendendo que “[...] não prospera a alegação de que a Lei nº 8.429/92 é inconstitucional por afronta ao art. 24 da Constituição Federal”²⁹. Adotando o mesmo entendimento, defende Fazzio Júnior:

Tem-se, pois, que por mais de uma razão, a Lei nº 8.429/92, disciplinadora e sanções civis e político-administrativas, não representa violação do princípio federativo e, portanto, sem eiva de eventual repugnância constitucional, enquadra-se perfeitamente no regime jurídico instaurado pela Constituição Federal de 1988.³⁰

Dessa feita, mais uma vez filia-se à posição dissonante a tese perfiada pelo mestre, pois entende-se que a natureza da ação de improbidade

²⁷ MORAES, 2006, p. 332.

²⁸ STF, RE 598.588 AgR, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 15/12/2009, DJe 26/02/2010.

²⁹ COPOLA, 2011, p. 17.

³⁰ FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 67.

administrativa é eminentemente cível, de acordo com o precedente exarado pelo STF (ADI nº 2.797), e por isso tal matéria se enquadraria nos ditames elencados no art. 22, inciso I, da *Lex Maior*, que diz expressamente que compete privativamente à União legislar sobre matérias relativas ao Direito Civil.

Ademais, se cada ente federativo brasileiro fosse competente para legislar concorrentemente sobre a matéria em foco, acarretaria uma total insegurança jurídica no âmbito da Administração Pública nacional, em virtude do grande número de estados e municípios que compõem o Estado brasileiro.

4. Considerações finais

Com este trabalho jurídico, conclui-se que, com a edição da Lei nº 8.429/1992, grande celeuma foi gerada no meio acadêmico, surgindo, assim, debates e questionamentos no que tange à sua constitucionalidade. Várias ações foram propostas no Pretório Excelso, bem como inúmeros ensaios e teses foram desenvolvidas no intuito de se demonstrar tais vícios.

No que se refere à inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa em seu aspecto formal, o Tribunal Constitucional brasileiro, no julgamento da ADI nº 2182-6, manifestou-se pela improcedência do pedido, julgando o processo legislativo, que resultou em tal norma, como constitucional.

A citada decisão foi bastante criticada, e opina-se que, no presente caso concreto, há vício de inconstitucionalidade formal, em virtude do descumprimento das disposições contidas no art. 65 da CF/1988, ferindo, assim, o princípio do bicameralismo.

No que tange à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, verifica-se que tal matéria foi pacificada brilhantemente pelo STF no julgamento da ADI nº 2.797, que a definiu como de natureza cível. Além disso, foi definida que o foro de competência para o manejo da referida

ação é o juízo de 1º grau, inexistido, assim, competência em razão da pessoa nos tribunais.

Quanto aos supostos vícios de inconstitucionalidades materiais presentes na Lei nº 8.429/1992, o presente artigo se posiciona pela inexistência desses.

Primeiramente, discorda-se da interpretação conforme a constituição exarada pelo Pretório Excelso no julgamento da Rcl nº 2.138, que afastou a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa para os agentes políticos. A Corte Suprema brasileira entendeu que aos agentes políticos se aplicam os dispositivos previstos na Lei de Crimes de Responsabilidade, não podendo haver a aplicação conjunta das duas leis, sob pena de dupla penalidade sobre a mesma infração.

Com a devida vênia, conclui-se que as normas aqui citadas têm naturezas distintas, ou seja, uma cível (Lei nº 8.429/1992) e outra político-administrativa (Lei nº 1.079/1950). Assim, em nome da independência das instâncias previstas no § 4º do art. 37 da Carta Magna, posiciona-se pela possibilidade de aplicação conjunta das leis em face aos agentes políticos. Tanto foi assim, que, em 2018, o Plenário do STF, no julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 3.240, consolidou o entendimento aqui esposado, superando o antigo paradigma existente.

Com relação à ADI nº 4.295, ainda pendente de julgamento no STF, esta afirma peremptoriamente que as sanções, condutas e tipificações previstas na Lei de Improbidade Administrativa são excessivamente vagas, abrangentes, indeterminadas e imprecisas.

Mais uma vez se discorda de tal tese, em virtude de a Lei de Improbidade Administrativa ter natureza eminentemente cível, não sendo, assim, necessária a taxatividade de suas condutas e sanções. Com base nisso, opina-se que o STF deverá julgar a ação acima citada improcedente, declarando a Lei nº 8.429/1992 constitucional em seu aspecto material.

Com referência às inconstitucionalidades materiais mencionadas pela doutrina, no que tange à incompetência do legislador ordinário em

instituir novas penas e sanções não previstas no § 4º do art. 37 da Constituição Cidadã, entende-se que as penas e sanções estabelecidas na Constituição de 1988 são meramente exemplificativas, podendo a legislação infraconstitucional criar novas sanções com o intuito de preservar os princípios constitucionais consagrados no *caput* do art. 37 da Carta Magna.

Por fim, com relação à afirmação de que a Lei de Improbidade Administrativa tem um caráter eminentemente administrativo, e que conseqüentemente afrontaria os ditames previstos no art. 24 da Constituição Federal, no que se refere à competência legislativa concorrente a todos os entes federativos para a edição de normas relativas ao Direito Administrativo, bem como a aplicação da Lei nº 8.429/1992 ser restrita ao ente União, infere-se que a presente lei, por ter natureza cível deve respeitar os ditames previstos no art. 22, inciso I, da CF/88, sendo, portanto, privativa a competência da União para legislar sobre normas do Direito Civil, devendo sua aplicação ser imposta a todos os entes federativos.

Ante o exposto, resta provado que a Lei nº 8.429/1992 não padece de nenhuma mácula que enseje a declaração de sua inconstitucionalidade material.

Quanto aos tramites de seu processo legislativo, verifica-se a constatação de vício, que conseqüentemente levaria à decretação de sua inconstitucionalidade formal objetiva, em face ao descumprimento do procedimento elencado no art. 65 da Constituição republicana de 1988.

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Petição inicial da ADI nº 2797-2**. Brasília, DF, 27 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://re-dir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProces-soEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2082833>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Rio de Janeiro, DF, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Rio de Janeiro, DF, p. 5425, 12 abr. 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 249, p. 6, 26 dez. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10628.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 130, n. 105, p. 6993, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Mensagem nº 406, de 14 de agosto de 1991. **Diário do Congresso Nacional [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 46, n. 99, p. 14124, 17 ago. 1991a. Autor: Poder Executivo. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17AGO1991.pdf#page=74>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 1991**. 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. Brasília, DF: Senado, 1991b. Origem externa: Mensagem nº 406/1991. Autor: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/21778>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.446, de 1991. Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário do Congresso Nacional [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 46, n. 99, p. 14118, 17 ago. 1991c. Origem: Mensagem nº 406/1991. Autor: Poder Executivo. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17AGO1991.pdf#page=68>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário. Improbidade administrativa. Multa civil. Artigo 12, III, da Lei 8.429/92. As sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei n. 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Agravos regimentais a que se nega provimento. Agravante(s): Ary Ribeiro Guimarães e Danilo de Almeida Lobo. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Eros Grau, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608624>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2182/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Questão de ordem: pedido único de declaração de inconstitucionalidade formal de lei. Impossibilidade de examinar a constitucionalidade material. 2. Mérito: art. 65 da Constituição da República. Inconstitucionalidade formal da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa): inexistência. Requerente: Partido Trabalhista Nacional. Requerido(s): Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Relatora p/Acórdão: Min. Cármen Lúcia, 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614087>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797/DF**. I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Requerido(s): Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo de Instrumento na Petição nº 3.240/DF**. Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos agentes políticos a duplo regime sancionatório em matéria de improbidade. Impossibilidade de extensão do foro por prerrogativa de função à ação de improbidade administrativa. Agravante: Eliseu Lemos Padilha. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator p/Acórdão: Min. Roberto Barroso, 10 de maio de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2182/DF**. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 8.429, de 02.06.1992, que 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. Alegação de vício formal ocorrido na fase de elaboração legislativa no Congresso Nacional (CF, artigo 65). Requerente: Partido Trabalhista Nacional. Requerido(s): Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa, 31 de maio de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347470>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação nº 2138/DF**. Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade administrativa. Crime de responsabilidade. Agentes políticos. Reclamante: União. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Reclamado: Relator da AC nº 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Interessado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Relator p/Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 13 de junho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (3. Turma). **Apelação Cível 1999.34.00.016727-9/DF**. Apelação civil. Ação de improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Incompetência da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. Decisão do Supremo Tribunal Federal. Extinção do feito. Apelantes: Ronaldo Mota Sardemberg e União Federal. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Federal Tourinho Neto, 27 de agosto de 2007. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1081384/apelacao-civel-ac-16727-df-19993400016727-9>. Acesso em: 15 abr. 2019.

COPOLA, Gina. **A improbidade administrativa no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUKAI, Toshio. A fantasmagórica ameaça das ações de improbidade administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 191-192, mar. 2000.

MUKAI, Toshio. A inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa – Lei Federal nº 8.429/92. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 15, n. 11, p. 720-723, nov. 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

PARTIDO DA MOBILIZAÇÃO NACIONAL. **Petição inicial da ADI nº 4295-5**. Brasília, DF, 7 de setembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3751870>. Acesso em: 26 mar. 2019.

PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL. **Petição inicial da ADI nº 2182-6**. Bauru, SP, 30 de março de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1815370>. Acesso em: 15 abr. 2019.

SAMPAIO, André Serrão Borges. Improbidade administrativa (Informações AGU nº AS-03/2000 – ADIn 2182). **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 11, abr. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1015/999>. Acesso em: 15 abr. 2019.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa**: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada São Paulo: Atlas, 2010.

Transformações da noção de serviço público e a Lei Federal nº 8.987/95

*Irene Patrícia Nohara*¹

Introdução

A Lei nº 8.987/1995, objeto de análise da presente obra organizada por Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho e Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza em homenagem à Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, a quem agradeço o honroso convite, foi criada sob a influência do ideário que posteriormente se tornou predominante nas medidas adotadas pela Reforma do Estado, na segunda metade da década de noventa no Brasil. Ela teve origem no projeto do então-Senador Fernando Henrique Cardoso, que, curiosamente, foi quem, posteriormente, na condição de Presidente da República, a sancionou.

A lei criou as principais regras para disciplinar o regime jurídico das concessões e permissões de serviços públicos, que havia se tornado novamente atraente ao Estado, tendo em vista as metas de ajuste fiscal derivadas de exigências dos Bancos Mundial e Interamericano de Desenvolvimento, no sentido de dar respostas “desburocratizantes” à iminente crise que ameaçava diversas economias globalizadas.

¹ Livre-Docente em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora-Pesquisadora do Programa de Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). E-mail: irene.nohara@uol.com.br.

Para legitimar a pretensão de tornar o Estado mais “barato” e “eficiente”, o que, segundo aquela visão, permitiria ao Poder Público dar respostas mais ágeis à situação de interdependência das economias mundiais, houve a criação de regras que objetivavam garantir uma prestação de serviço adequado, por meio de tarifas módicas, e, sobretudo, para atrair pessoas de direito privado interessadas em prestar serviços públicos, por conta e risco.

A lei, conforme será analisado, mescla, portanto, elementos publicísticos, imprescindíveis para o trato do assunto, com elementos privatísticos, haja vista que só terão interesse em disputar a licitação pessoas privadas que enxergarem vantagens lucrativas na celebração do contrato de concessão.

Serão apontadas as modificações processadas pela lei e as diversas lacunas e problemas técnicos encontrados no texto normativo que completou vinte e quatro anos de existência em 2019. Mas, antes da análise propriamente técnica, haverá a indispensável contextualização e problematização das transformações ocorridas na própria noção, bastante controvertida, de serviços públicos, ressaltando-se os desafios a serem enfrentados pela regulação do assunto nos tempos atuais. Espera-se realizar uma análise técnica do regime da concessão, comparando-o com as peculiaridades das parceria público-privadas, para depois ressaltar as lacunas e contribuir sobre o debate da modelagem de concessão de serviço público no Brasil.

1. Problemática delimitação da noção de serviço público

Serviço público é uma das categorias mais relevantes na delimitação do papel do Estado. Ocorre que se trata de noção que varia muito em função do espaço e do tempo.

É comum encontrar exposições referentes à caracterização da noção de serviços públicos que dividem a doutrina entre essencialistas, assim considerados todos aqueles que defendem que uma atividade é considerada serviço

público pela sua natureza (conteúdo/essência); e formalistas, que reputam serem serviços públicos aqueles que o ordenamento jurídico classifica como tais. Ambas as noções isoladas são insuficientes.

O essencialismo é problemático, pois se contra-argumenta que a escolha a respeito de caracterizar determinada atividade como serviço público é eminentemente política, ou seja, depende mais da composição de interesses encontrada em determinado momento histórico, no sentido de conferir a certa matéria um tipo de proteção, do que do fato de o assunto ser essencialmente relacionado com a satisfação de necessidades coletivas, havendo o predomínio do arbítrio (no sentido de deliberação humana) em relação à natureza essencial/ontológica.² Costuma-se apontar o fato de que o serviço de loteria é considerado serviço público.

Já o formalismo é limitador, pois deixa o intérprete alienado das razões da proteção jurídica, ou seja, na observação de Eros Grau³: privilegiar-se a forma ou realizar uma tautologia: “serviço público é atividade sujeita a regime de serviço público”. O regime exorbitante de proteção decorre justamente do fato de uma determinada atividade ter sido considerada pelo legislador ou pelo Constituinte serviço público, ou seja, o serviço público é a causa e a consequência é o regime jurídico, e não o contrário.

Enquanto a crítica ao critério essencialista pode ser identificada com o mesmo substrato argumentativo de crítica do positivismo ao jusnaturalismo, uma vez que a escolha de positivação normativa depende muito mais dos interesses e do arbítrio daquele que tem condições de criar uma regra do que do fato de a regra ser intrinsecamente justa; o formalismo cria intérpretes alienados, que não se importam com as razões do Direito, mas apenas com a forma, sem se darem conta de que o critério formal serve para proteger algo que se reputa valioso e não qualquer tipo de atividade.

² Essa discussão sobre essências também é algo extremamente problemático do ponto de vista filosófico. Não é o fato de sermos incapazes de alcançar definições essenciais perfeitas que faz com que não possamos defender a necessidade de haver definições concretas, delimitadas historicamente e passíveis de mutação, que encontram justificativas plausíveis em determinados contextos intersubjetivos.

³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

Se o poder constituinte ou o poder constituído (legislador) optou em inserir determinada categoria de atividade no rol de serviços públicos, é porque ele segue um relativo consenso sobre a necessidade de proteção, alicerçado no valor dado intersubjetivamente a determinada atividade. O titular do poder constituinte e de todos os poderes numa democracia é o povo, que pode e deve exercer pressão para que o ordenamento seja mais compatível com os interesses coletivos.

Assim, tanto a matéria como a forma são aspectos a serem considerados. A relevância da matéria é o que justifica a proteção conferida pelo ordenamento. Apenas se deve ressaltar que, via de regra, não será o intérprete, mesmo que autorizado (juiz), a fazer essa escolha a partir da mera análise do conteúdo (essência)⁴, uma vez que, via de regra, ela já foi feita pela coletividade por meio de seus representantes.

Há três critérios básicos que possibilitam a delimitação da noção, sendo, questionável, no entanto, a suficiência deles para caracterizar a atividade: (1) *critério subjetivo ou orgânico*, segundo o qual serviço público seria o prestado pelo Estado ou por órgão público; (2) *critério material*, a partir do qual se compreende que o serviço público é atividade que tem por finalidade satisfazer necessidades coletivas; e (3) o *critério formal*, de acordo com o que serviço público seria o exercido em regime jurídico público, com disposições exorbitantes.

O critério subjetivo ou orgânico é questionado justamente pelo fato de que o art. 175 da Constituição permite ao Estado a delegação da prestação de serviço público, sempre através de licitação, por meio de concessão ou permissão. Estas foram disciplinadas pela Lei nº 8.987/1995, que será objeto de análise no presente artigo. Significa dizer que apesar de a titularidade do serviço público ser estatal, sua prestação nem sempre será feita diretamente pelo Estado, mas pode haver a delegação do exercício a pessoas privadas. Conforme será visto, houve tempos de maior ou menor utilização do instituto da concessão de serviço público.

⁴ Exceto no caso de conteúdo de lei incompatível com o da Constituição, isto é, de inconstitucionalidade.

O critério material isolado é insuficiente. É realmente o fato de satisfazer necessidades coletivas que justifica caracterizar certa atividade como serviço público, mas não são todas as necessidades coletivas que são satisfeitas por meio do fornecimento de serviços públicos. Por exemplo, alimentação é uma necessidade coletiva, mas o fornecimento de produtos alimentícios⁵, em geral, é feito normalmente em atividades livres ao “mercado”. Há, ainda, atividades que em dado momento histórico são consideradas serviços públicos, mas que posteriormente determinada nação resolve transferir à livre iniciativa. Enfatiza Dinorá Grotti⁶ que o critério material serve muito mais para nortear o legislador do que o jurista.

Gaston Jèze, na França, foi um dos primeiros doutrinadores a explicar que o serviço público é o prestado em regime jurídico de direito público, mas este nem sempre é empregado total e sistematicamente a todos os aspectos de organização e de funcionamento de serviços públicos⁷, havendo variações no regime jurídico se o serviço for prestado diretamente pelo Estado, por empresas estatais ou mesmo pelas concessionárias de serviços públicos.

Como é mais comum a existência de regime de exorbitância na prestação de serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello considera fundamental ressaltar na própria definição de serviço público a presença de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais⁸. Portanto, nenhum dos critérios⁹, por si só, oferece condições para fazer emergir uma satisfatória noção de serviço público, dentro do contexto jurídico vigente, sendo necessária a presença de dois ou três dos critérios enunciados para caracterizar a noção.

⁵ À exceção de alguns programas governamentais para suprir carências alimentares, distribuição de alimentos é atividade livre à iniciativa privada. Não há supermercados do Estado, apenas programas governamentais, desenvolvidos em parceria com a iniciativa privada, para tornar os alimentos mais acessíveis às pessoas que sofrem com a falta deles. Pode-se no máximo pensar em programas de assistência social que contemplem também políticas voltadas para suprir carências de alimentação, mas aí o serviço público será de assistência social.

⁶ Op. cit. p. 49.

⁷ GROTTI, Dinorá A. Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 659.

⁹ Ver: GROTTI, Dinorá A. Musetti. Op. cit. p. 53.

2. Crises da noção de serviço público

São importantes para a compreensão da evolução e transformação da noção de serviço público os debates promovidos pela doutrina clássica do serviço público na França, também conhecida por Escola do Serviço Público ou Escola Realista de Bordeaux, que foi integrada por León Duguit e Gaston Jèze¹⁰.

A Escola do Serviço Público teve por influências, segundo exposição de Dinorá A. Musetti Grotti¹¹, o neokantismo e o positivismo das ciências sociais (Auguste Comte), sendo dela extraídas interpretações da sociologia de Durkheim e do solidarismo de Léon Burgeois.

No Brasil, ela é geralmente associada ao reducionismo da formulação de Duguit, para quem o Direito Administrativo foi visto como um complexo de princípios e normas que gravitam em torno da ideia de serviço público. Atualmente, se sabe que a prestação de serviços é apenas um dos tipos de atividade do Estado, mas compreender o porquê dessa visão peculiar é relevante para a contextualização do desenvolvimento e das crises do serviço público.

As conclusões da Escola do Serviço Público foram reflexos diretos da modificação da jurisprudência do Conselho de Estado francês, principalmente após o caso Blanco, de 8.2.1873, no qual o Tribunal de Conflitos decidiu que o funcionamento de serviço público seria submetido à apreciação da jurisdição administrativa. Foi um marco no sistema francês do contencioso administrativo que está associado à dualidade de jurisdição, pois o caso erigiu o serviço público a fator decisivo para a aplicação do Direito Administrativo.

¹⁰ Também Bonnard é considerado adepto da Escola do Serviço Público. Segundo expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro a Escola do Serviço Público influenciou tratadistas sul-americanos, entre os quais: Rafael Bielsa, na Argentina, e Themístocles Cavalcanti, no Brasil. In. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43.

¹¹ Op. cit. p. 31.

Para León Duguit, “o Direito Administrativo tinha por objetivo o ordenamento do serviço público, na consecução da função administrativa”¹². Até então muito se discutia a noção de soberania, mas Duguit optou metodologicamente por deixar de lado concepções metafísicas de justificação do poder do Estado, concebendo-o como instituição que se orienta para suprir necessidades de organização da sociedade.

Duguit via os seres humanos como animais dotados de instinto de solidariedade e interdependência e o Estado seria uma cooperação de serviços públicos. Para ele, serviço público era “toda atividade cuja realização deve ser assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque a consecução dessa atividade é indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social”¹³. Há, portanto, a conceituação de serviços públicos em termos sociológicos bastante genéricos, como o próprio Duguit admitia, sendo rechaçadas concepções abstratas como: soberania, personalidade estatal e direito subjetivo.

Maurice Hauriou foi adversário ferrenho das teses sustentadas pela Escola do Serviço Público, travando contínua polêmica com Léon Duguit. Para Hauriou, as elaborações teóricas de Duguit não eram verdadeiramente realistas, porquanto negligenciavam um elemento essencial da realidade: o poder político, entendido também como um fato social¹⁴. Hauriou preferiu caracterizar o Estado como poder político, isto é, como organização pública de poderes, competências e costumes. Para este último autor, a ideia mestra do Direito Administrativo não repousaria na noção de serviço público, mas sim na concepção de potestade pública¹⁵.

Adepto de expressão da Escola do Serviço Público foi Gastón Jèze (*Principes Généraux du Droit Administratif*, 1916). Assim como Duguit, Jèze também posiciona o serviço público como pedra angular¹⁶ do Direito

¹² Cf. PEREIRA, Marcelo. A escola do serviço público. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002. Disponível na internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 de julho de 2010.

¹³ In. *Traité de Droit Constitutionnel*, segundo tomo, p. 61. Apud. PEREIRA, Marcelo. Idem. *Ibidem*.

¹⁴ Ver. GROTTI, Dinorá A. Musetti. Op. cit. p. 40.

¹⁵ Na obra *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 1927, p. IX. Op. cit. p. 4.

¹⁶ Na expressão utilizada por GROTTI, Dinorá A. Musetti. Op. cit. p. 35.

Administrativo francês, mas enfatiza que além de satisfazer um interesse geral, o serviço público deve obedecer a um procedimento técnico próprio com alicerce no regime jurídico de direito público, onde há a prevalência de interesses públicos sobre os particulares.

Jèze, mais ligado à vertente do positivismo jurídico, dá ênfase especial ao aspecto formal do serviço público, enfatizando que a sua presença provoca a existência do regime jurídico público. Para ele:

dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, quer dizer, um regime jurídico especial.¹⁷

Tais formulações acabaram sendo questionadas a partir da chamada crise do serviço público¹⁸. Com a ampliação do papel do Estado, houve sua participação também em atividades comerciais e industriais, que eram tradicionalmente reservadas à iniciativa privada.

Esse movimento gerava obscuridade na identificação das tarefas do Estado e teve reflexos na jurisdição do contencioso administrativo francês. A propósito do assunto, menciona Dinorá A. Musetti Grotti¹⁹ o caso *Société Commerciale de l'Ouest Africain*²⁰, de 22 de janeiro de 1921, onde o Tribunal de Conflitos decidiu que seria atribuição da jurisdição comum, com aplicação, portanto, de regras de direito privado, a apreciação de serviços públicos que funcionassem em condições análogas à de empresas particulares. O *arrêt* envolvia acidente com uma balsa que afundou automóveis transportados na Costa do Marfim, à época colônia francesa.

Depois das guerras, a partir da década de cinquenta do século XX, houve a criação de uma nova geração de serviços públicos. Da constatação

¹⁷ JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 2. p. 4.

¹⁸ Na realidade, tratou-se da primeira crise da noção de serviço público, ocorrida na transição da concepção liberal de Estado para a concepção social. Alguns autores falam que os serviços públicos sofreram nova crise quando foi posto em cheque o modelo de *Welfare State* na Europa, momento no qual surgem movimentos privatizantes e desreguladores.

¹⁹ Op. cit. p. 54.

²⁰ LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. São Paulo: Sirey, 1969. p. 159-164.

da insuficiência de organização adequada por parte do Estado para prestar diretamente todos os serviços públicos, passou-se a ser utilizada a delegação deles à iniciativa privada, feita por meio de contratos de concessão.

Acirrou-se a crise da noção, pois houve a percepção de que ela era inadequada para explicar:

- o rol de todas as atividades estatais;
- o regime jurídico de prestação, que, no caso das atividades de caráter comercial e industrial, passou a ser privado; e
- o sujeito prestador, uma vez que o Estado passou a delegar a particulares a execução de serviços públicos.

No entanto, como bem observou Marienhoff²¹, a crise não significou a quebra ou a falência do conceito, mas apenas a necessidade de evolução, para que o seu sentido e alcance fossem compatíveis com as modificações processadas nas atribuições do Estado. No caso do Brasil, deve-se ressaltar que a conceituação de serviço público não é relevante para a configuração da jurisdição aplicada, porquanto, desde 1891, é adotado o sistema de jurisdição una, onde o juiz tanto aplica direito privado com direito público.

Assim, é inadequada para o nosso sistema a pretensão de caracterizar a competência de jurisdição pela noção de serviço público. Também na França houve transformações nessa pretensão da Escola do Serviço Público, mas não entendemos que as importantes discussões travadas nesta corrente doutrinária são irrelevantes, como se costuma dizer, pois muitas de suas constatações foram incorporadas na definição de serviços públicos encontrável em diversas obras de Direito Administrativo, inclusive no Brasil.

Enquanto a primeira crise do serviço público ocorreu na França por volta da década de 50 e acompanhou o crescimento da burocracia estatal, a partir da efetivação dos objetivos de promoção de justiça social de um Estado que ganhava atribuições, fala-se em nova crise da noção de serviço público a partir do final da década de 80 quando o ideário do Estado de

²¹ Apud. GROTTI, Dinorá A. Musetti. Op. cit. p. 58.

Bem-Estar Social foi abalado por medidas liberalizantes e privatizantes sobretudo em países em desenvolvimento, que foram pressionados à época pelos organismos financeiros internacionais a promover as privatizações.

Neste contexto, que teve repercussões maiores no Brasil no final da década de noventa, houve pressão para que os serviços públicos adquirissem caráter menos de direito (social) e mais de mercadoria, dentro do que Di Pietro²² ressalta como “mercadorização” (mercantilização) dos serviços públicos, sendo os utentes ou usuários dos serviços equiparados a meros consumidores de produtos ou clientes de serviços. Esta tendência gerou, na Europa, até a profetização do seu desaparecimento, o que é incompatível com o tratamento atual dado ao assunto pela Constituição brasileira de 1988.

3. Histórico pendular da utilização das concessões

Segundo análise de Caio Tácito²³, a utilização maior ou menor das concessões de serviços públicos é influenciada por uma alternância de tendências, onde, tal qual um movimento pendular, em um momento histórico a concessão passa a ser instrumento utilizado com expressão pelo Estado, depois diminui a intensidade de uso, sendo ela retomada com intensidade.

No direito público brasileiro, a forma utilizada originariamente para chamar investimentos privados aos negócios públicos, foi a criação de sociedades de economia mista. Contudo, no final do século XIX, nascem os primeiros contratos de obras públicas que evoluem como forma de amortização e remuneração do capital investido pela empresa privada, “para firmar o modelo que iria se consolidar no sistema de concessões de

²² Em menção à trabalho de Vital Moreira. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 106.

²³ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 721-733.

serviço público, de formação contratual típica, inspirada no modelo francês da época”²⁴.

Posteriormente, por influência do exemplo regulamentar do direito norte-americano, o regime do serviço pelo custo ordenaria o processo de tarifas condicionadas pelo controle governamental. No primeiro quartel do século XX, com o maior progresso científico e crescimento das cidades, há a necessidade de atualização contínua dos serviços essenciais, o que gera duas consequências: (1) a ênfase maior na mutabilidade dos contratos, que permitiria a atualização técnica das cláusulas de prestação dos serviços; e (2) a correspondente revisão da estabilidade econômico-financeira do contrato.

Firmou-se o poder regulamentar do concedente, reservando-se ao particular a preservação da comutatividade do contrato, com a possibilidade de revisão das tarifas em função da alteração do custo real do serviço.

Ocorre que a partir da década de 30 no Brasil, com a incorporação do papel do Estado como promotor de direitos sociais e, portanto, como prestador de serviços públicos para a garantia destes direitos, inaugura-se uma atitude intervencionista do Estado na economia produtiva e, do final da década de 30 até a década de 60, há a substituição em larga escala do modelo de prestação delegada de serviços públicos pela a outorga, isto é, pela a criação de entes estatais privados aos quais se incumbiu não apenas o desenvolvimento de inúmeras atividades econômicas em sentido estrito, mas também a prestação de serviços públicos.

Contudo, a partir da abertura econômica vivenciada no Brasil na década de 90, há a adoção pelo governo de uma política de retração da atividade empresarial pública, sendo o Estado direcionado a concentrar-se no atendimento às necessidades básicas da coletividade. No governo Collor dá-se ênfase ao Programa Nacional de Desestatização, com medidas voltadas à privatização das estatais e, segundo Caio Tácito: “o ‘pêndulo’

²⁴ Op. cit. p. 722.

reverte em benefício da exploração privada de atividades produtivas, ainda que sob a vigilância do poder de polícia administrativa”²⁵.

A nós, parece que esse pêndulo é muito mais convencional ou político do que dotado de uma força naturalística. É claro que todo o cenário econômico internacional influencia políticas internas, principalmente em países latino-americanos, que são economias em desenvolvimento, mas observa-se que, tal qual uma espiral que se estreita, o movimento do pêndulo tende a mudar sua orientação com maior rapidez do que antes, pela velocidade de alteração do cenário social e sobretudo pela resistência ou passividade dos Estados às imposições dos organismos de financiamento, pois as economias, mesmo que periféricas, ainda detêm alguma parcela de soberania.

Para corroborar com esta observação, basta refletir que o mesmo ex-Ministro da Reforma Administrativa que levou a cabo todo o receituário de ajuste fiscal e privatizações no governo Fernando Henrique Cardoso, Bresser Pereira, é o que profetiza nos tempos mais recentes o fato de que o neoliberalismo já está ultrapassado, pois houve a desmoralização da ideologia ‘globalista’ “que caracterizou os 30 anos neoliberais do capitalismo (1979-2008) – uma ideologia que condenava o nacionalismo dos países em desenvolvimento enquanto os países ricos praticavam sem hesitação seu próprio nacionalismo”²⁶.

Também diversos países centrais optam atualmente pela reestatização de inúmeros serviços que outrora eram delegados em regime de concessão. Há serviços caros que estão passando por reestatização em países como os Estados Unidos e a Alemanha. De acordo com dados divulgados do Transnational Institute (TNI), centro de estudos holandês, desde 2000 houve, ao menos, 884 serviços reestatizados, sendo que 83% dos casos aconteceram de 2009 em diante, depois da crise. A Alemanha, por sua vez, fez 348 reestatizações, a França fez 152 e os Estados Unidos fizeram 67. Note-

²⁵ Op. cit. p. 729.

²⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Nacionalismo, liberalismo e capitalismo. *Folha de São Paulo*, caderno mundo, p. A 21, 1º de agosto de 2001.

se que na Alemanha, depois de passados os movimentos de privatização da década de noventa, houve dos anos 2000 até 2011 o incremento de quase 25% das estatais municipais, que passaram de 11.000 para 13.500.²⁷

O TNI mapeou os serviços privatizados que foram devolvidos ao controle público no mundo entre os anos de 2000 até 2017. São circunstâncias de concessões não renovadas, contratos rompidos ou empresas compradas de volta, em sua grande maioria em serviços essenciais como distribuição de água, energia, transporte público e coleta de lixo, houve, então, 835 remunicipalizações (hipóteses em que serviços eram prestados pela Prefeitura), e 49 nacionalizações (em serviços de titularidade do governo central), de um total de 884 processos, sendo que a reestatização foi movida geralmente por reclamações pautadas em dois argumentos: (1) preços altos; e (2) serviços ruins.²⁸

4. Privatização no Brasil e novo perfil de regulação de serviços públicos

A década de noventa foi a época que intensificou medidas privatizantes no Brasil, especialmente nos governos de Fernando Henrique Cardoso. Existem basicamente dois sentidos para a privatização no Direito Administrativo: o termo tanto pode significar, em sentido estrito, a venda de estatais à iniciativa privada, que, por vezes, também é acompanhada da liberação de determinada atividade econômica antes monopolizada pelo Estado ao mercado, como, em sentido amplo, privatização compreende o repasse do exercício de serviços públicos a particulares, mediante concessões e permissões.

Houve, no Brasil da década de 90 essas duas modalidades de privatização, ou seja, tanto ocorreu a transferência à iniciativa privada de atividades econômicas exploradas em regime monopolístico pelo Estado,

²⁷ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 36.

²⁸ ELIAS, Juliana. Privatizar é ideal? 884 serviços caros e ruins foram reestatizados no mundo. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/07/tni-884-reestatizacoes-mundo.htm>>. Acesso em: 17.05.2019.

a partir da abertura ou flexibilização dos monopólios, como se verificou a intensificação da celebração de concessões e permissões de serviços públicos, com a conseqüente retração da execução pelo Estado de variadas atividades titularizadas por ele.

A intervenção estatal no domínio econômico, segundo expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹, tanto pode ser direta como indireta. A direta ocorre quando o Estado, por meio de suas empresas, exerce a atividade econômica, em competição com a iniciativa privada ou em regime de monopólio, conforme, respectivamente, determinam os artigos 173 e 175 da Constituição, e a indireta se dá quando o Estado exerce apenas atividade normativa que repercute na atividade econômica, conforme especificado no art. 174 da Constituição.

Na intervenção direta o Estado é produtor de bens e serviços e na indireta ele é regulador da atividade prestada por particulares. De acordo com Di Pietro, “o papel do Estado regulador não é incompatível com o papel do Estado produtor de bens e serviços, mas este último somente será assumido por motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo”³⁰, definidos em lei conforme determina o art. 173 da Constituição.

O novo modelo de regulação em indústrias de energia, principalmente a partir da abertura, é designado de regulação setorial. Há também a denominada regulação concorrencial, que é baseada na aplicação da legislação *antitruste*. Antes da intensificação do movimento de concessão e permissão de serviços públicos, a preocupação de intervenção estatal por meio do controle realizado pela legislação antitruste era algo direcionado precipuamente às atividades liberadas ao mercado. Ocorre que o repasse do exercício de diversos serviços públicos aos particulares foi acompanhado, por decisão política, da criação de entes especializados para promover a adequada intervenção no setor regulado, seja por meio de atividade normativa ou pela prática de atos administrativos relacionados com o controle na delegação do serviço.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*: temas polêmicos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. p. 31.

³⁰ Idem. *Ibidem*.

Às agências reguladoras foi dado identificar falhas específicas no setor regulado em função da análise de estruturas de competição existentes para evitar práticas restritivas à livre competição entre licitantes, tendo em vista a obtenção de contratações mais afinadas com as necessidades coletivas.

Assim, constata-se que a preocupação com a concorrência foi deslocada da área das atividades livres ou, na categoria de Eros Grau³¹, das atividades econômicas em sentido estrito, isto é, do mercado, para a prestação de serviços públicos, à medida que tais atividades, que eram com maior frequência prestadas diretamente pelo Estado, passam a ser realizadas com intensidade pela iniciativa privada, que é orientada para o lucro. Como reflexo deste fenômeno, pode-se mencionar, no caso específico da Lei de Concessões, o direito dos usuários de “obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente” (art. 7º, III).

5. Análise da Lei nº 8.987/95: conteúdo, lacunas e problemas técnicos

Conforme dito, a Lei nº 8.987/95 foi iniciativa do então-Senador Fernando Henrique Cardoso, que foi posteriormente, na Presidência da República, incentivador das políticas de privatização e desmonte da infraestrutura pública, considerada “ineficiente” aos olhos das regras de mercado. Ressalte-se que a lei foi iniciativa de Cardoso quando Senador, tendo sido sancionada por ele em 13 de fevereiro de 1995, pouco mais de um mês após a posse como Presidente da República.

Ela contempla a exigência de prestação de serviço adequado, assim definido como o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia em sua prestação e modicidade de tarifas, sendo permitido ao Poder Público (art. 11) prever

³¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93.

outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer tal modicidade.

O capítulo III prevê direitos e obrigações dos usuários e os capítulos VII e VIII estipulam, respectivamente, encargos do poder concedente e da concessionária. A lei dedicou um capítulo à política tarifária no qual há a consideração da existência de mecanismos de revisão de tarifas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A Lei de Concessões possui regras específicas aplicáveis às licitações, tendo sido acrescentado, por meio da Lei nº 11.196/2005, o art. 18-A, que facultou o uso da inversão da ordem de fases de habilitação e julgamento para garantir maior celeridade ao certame.

São aspectos avançados da lei, pois adequados ao cenário empresarial, que possui maior dinamicidade, a possibilidade de a empresa contratar com terceiros o desenvolvimento de determinadas atividades, a subconcessão e a previsão de regras para o caso de transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária, que garantam a continuidade da prestação do serviço público. Há ainda o estabelecimento de intervenção do poder concedente, que tem por finalidade “assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes” (art. 32, *caput*).

A extinção do contrato ocorre nas seguintes circunstâncias previstas na lei: advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. Como a lei não foi, ao contrário, por exemplo, da Lei nº 9.784/99, elaborada por uma equipe de juristas especialistas na área de Direito Administrativo, há lacunas e alguns problemas técnicos.

Primeiramente, deve-se observar que entre os critérios de julgamento da licitação, que em linguagem técnica denominam-se “tipos” de licitação, há uma hipótese controvertida, qual seja: “a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão”. Este

critério deve ser utilizado com cuidado para que não haja desvio de poder, pois, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello³², uma vez que serviço adequado obedece à modicidade de tarifa e o Estado não representa um capitalista a mais no sistema, suas atividades deveriam ser desenvolvidas para satisfazer necessidades públicas e não para proporcionar maiores ganhos.

Contribuir para a obtenção da maior oferta de candidato à prestação de serviço público pode produzir um aumento na tarifa, sendo excepcionais as outorgas nas quais é adequada a exigência de retribuição compatível, como acontece, por exemplo, com concessões de rádio e televisão, onde o serviço acaba sendo custeado e remunerado por anúncios publicitários, que proporcionam substancial lucro ao concessionário.

Outro item que dá ensejo a muita discussão, por ausência de racionalidade técnica, é a indenização da encampação. Esta representa a retomada do serviço pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público. O art. 37 da lei determina que a encampação deve ser precedida de lei autorizativa específica e, após prévio pagamento da indenização, na forma do art. 36. Neste ponto, não houve, como em outros itens que falam em indenização da lei, especificação da forma de pagamento da indenização, se será à vista, de maneira parcelada, em títulos da dívida pública ou em dinheiro. É comum fazer-se analogia com a desapropriação, que, de acordo com o art. 5º, XXIV, da Constituição, deve ser paga em dinheiro.

O mais grave, em nossa opinião, não é esta lacuna, mas o fato de o art. 36 da lei, ao qual o art. 37 faz alusão (para a indenização da encampação), tratar da reversão no advento do termo contratual, que deverá ser feita com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

³² Op. cit. p. 706.

Ora, uma coisa é indenizar o concessionário no advento do termo contratual, isto é, quando acabar naturalmente a relação, o que pela lei deve abranger o pagamento dos bens reversíveis, isto é, dos bens necessários à prestação do serviço público que retornam ao poder concedente no término do ajuste, caso os investimentos correspondentes não tenham sido amortizados; outra situação bem distinta é a da encampação, onde o Poder Público extingue a concessão antes do advento do termo final surpreendendo o concessionário com uma situação não calculada.

A indenização pela encampação deve ser prévia e abranger não apenas os prejuízos causados em função dos investimentos com danos emergentes decorrentes de bens reversíveis não amortizados ou depreciados, mas também os demais danos emergentes bem como os lucros cessantes, pois como o contrato é por tempo determinado, o concessionário deve ser indenizado em função do tempo de execução que lhe foi suprimido. Com a extinção antecipada da concessão do serviço público, explica Diogenes Gasparini³³, é notório que os investimentos vinculados aos bens reversíveis ainda não foram totalmente amortizados ou depreciados, devendo a Administração concedente providenciar a correspondente indenização. Assim, não obstante a lacuna da lei, a doutrina majoritária entende que a indenização no caso deve abranger: danos emergentes e lucros cessantes³⁴; sendo insuficiente a sistemática dos artigos 36 e 37 da lei.

Outro ponto que causa perplexidade aos estudiosos do Direito Administrativo³⁵ é a falta de técnica do legislador ao inserir entre as causas de extinção da concessão a rescisão ao lado, por exemplo, da caducidade e da anulação. Ora, a rescisão é gênero, mas o legislador utilizou o termo tão somente para fazer alusão, conforme se constata no art. 39 da lei, à rescisão “por iniciativa do concessionário, no caso de descumprimento das

³³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 393-394.

³⁴ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 743. GASPARINI, Diogenes. Op. cit. p. 394. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 539.

³⁵ Como bem constata José dos Santos Carvalho Filho. In. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 378.

normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”.

Do texto normativo se extraem dois equívocos: o primeiro, já identificado, relaciona-se com o fato de que a rescisão pode também ser amigável, feita unilateralmente pela Administração, em caso de encampação ou de caducidade, e aquela que decorre de arbitragem; depois, o *caput* do art. 39 fala em rescisão por descumprimento de normas contratuais, mas admite-se que sejam discutidos na ação judicial também a rescisão por descumprimento da “lei ou dos regulamentos disciplinadores da concessão”³⁶.

Observação bastante propagada na doutrina é que o art. 40 da lei, que disciplina as permissões, diz que elas serão precárias, mas, à medida que as caracteriza como contrato acaba, na prática, retirando seu caráter de precariedade, ou seja, o tratamento legal da permissão³⁷ acabou por atribuir ao instituto natureza contratual, retirando-lhe a natureza jurídica de ato precário.

A derradeira observação crítica ao conteúdo da lei se refere à análise do art. 7º, que trata dos direitos e obrigações dos usuários. Na terminologia empregada, há nítida predominância da voz passiva em relação à ativa. Falta, portanto, à lei incorporar no seu bojo com maior ênfase o fato de que o usuário deve ser, a nosso ver, estimulado a exercitar a sua condição, pois cidadania implica em dignidade e só é digno aquele que é retirado da condição de objeto de decisões alheias e alçado à condição de sujeito, com voz ativa.

Assim, no art. 7º, em vez dos verbos “receber” serviço adequado, “receber” informações, “obter” o serviço, em contraposição aos únicos verbos mais ativos, que são: “levar” e “comunicar” (restritos, contudo, à condução de informações envolvendo irregularidades e atos ilícitos), a lei deveria ter incorporado mais espírito ativo ao seu vocabulário.

Ademais, além de fazer alusão à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (o que é positivo, mas insuficiente), a lei garante ao usuário,

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Idem*. *Ibidem*.

³⁷ Aliado à determinação constitucional constante do art. 175.

conforme dito, a liberdade de escolha entre diversos prestadores, mas depois relativiza a força do preceito com a expressão “quando for o caso”.

Observa-se, portanto, que a lei foi construída sob uma retórica que mescla alguns elementos publicísticos, como o estímulo da formação de associações de usuários, com uma visão predominantemente mercadológica (privatística, portanto), dentro do pressuposto equivocadamente de que ao lado da regulação estatal do serviço concedido, o mercado será também capaz de *autorregular* interesses.

Ademais, houve mais recentemente a edição de uma lei de proteção aos usuários dos serviços públicos (Lei nº 13.460/2017), aplicando-se subsidiariamente aos serviços prestados por particulares. A lei preocupou-se em estabelecer um rol amplo de direitos básicos do usuário, no seu art. 6º, tendo ainda previsto as ouvidorias e dado ênfase aos conselhos de usuários, voltados a viabilizar o acompanhamento da prestação e avaliação dos serviços públicos.

6. Contraposição entre concessão e o modelo de parceria público-privada

Ao se mencionar o regime de concessão de serviços públicos, conforme a Lei nº 8.987/95, é necessário fazer a contraposição dessa forma de concessão comum com as concessões especiais, que foram viabilizadas no Brasil por meio da Lei nº 11.079/2004. Tais concessões englobam as chamadas Parcerias Público-Privadas (PPPs), que se dividem em concessão patrocinada e concessão administrativa.

A ideia de se criar o sistema de PPPs foi de incentivar que o Poder Público repasse ao setor privado a criação de infraestrutura, mas que arque também com parcela dos custos, isto é, que fosse atraído investimento com um sistema mais atraente à iniciativa privada e aos investidores em infraestrutura do que havia na concessão de serviços públicos. Por conta disto, houve diversos tipos de garantia, inclusive com a criação de um Fundo Garantidor de PPPs, para prestar garantia dos pagamentos de obrigações

pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos-federais, a necessidade de constituição de uma sociedade de propósitos específicos, normas específicas de licitação e limites de despesa, para evitar o endividamento exacerbado da Administração com a celebração de PPPs.

As duas modalidades de PPPs foram: (1) a concessão patrocinada, em que, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, há a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado; e (2) a concessão administrativa, na qual a Administração seja usuária direta ou indireta do contrato de prestação de serviços, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Não se admite a celebração de parcerias público-privadas em valor menor do que dez milhões de reais, em prazo de prestação menor do que cinco anos e que tenha por objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamento ou a execução de obra pública.

As diferenças entre a concessão comum e as PPPs é que estas são concessões com características peculiares mencionadas. Contudo, a utilização da parceria público-privada em vez da concessão é uma decisão que deve ser averiguada em função das peculiaridades do caso concreto, sendo que o modelo de PPP não pode ser considerado uma panaceia para resolver os problemas financeiros do Estado, até proque os compromissos que ele assume também não deixam de ser custosos e o modelo não acaba protegendo parceiros privados dos riscos que a contratações de longo prazo, no geral, oferecem, mesmo em face de um leque maior de garantias ofertados pela Lei nº 11.079/2004.³⁸

7. Usuário de serviço público e direito ao serviço adequado

Usuário é palavra que genericamente indica o indivíduo que faz uso de determinado serviço. Se o serviço for prestado no desenvolvimento de

³⁸ NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos Gerais de Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Contratação Pública e Infraestrutura. In. BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 112.

atividade econômica livre à iniciativa privada, o usuário, via de regra, é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor; contudo, se há serviço público, o usuário (*uti singuli*) não será apenas protegido pelo Código de Defesa do Consumidor³⁹, mas também pelas regras de direito público, pois terá o *status* de cidadão.

Tal orientação provoca respostas distintas na jurisprudência, a depender do fato de certa prestação ser desenvolvida no livre mercado ou no regime de serviço público, pois neste último caso se admite que haja políticas tarifárias de compensação para garantir a modicidade, o que abrange, por exemplo, a possibilidade de escalonamento de tarifação, “de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta corte – STJ)” REsp 759.362, Min. Eliana Calmon, in. *DJ* 29.6.2006. p. 184.

Com base no objetivo de solidariedade, próprio dos serviços públicos, o Judiciário tem admitido a utilização de tarifa progressiva na utilização de água (AgRg no REsp 873647/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 19.11.2007 e REsp 1113403/RJ, Rel. Min. Teori Zavaski, *DJ* 15.9.2009), reconhecendo o STJ faixas de consumo para que usuários de maior poder aquisitivo subsidiem o consumo dos de menor poder aquisitivo.

Nos serviços públicos, as condições de financiamento são consideradas por vezes secundárias em relação ao preenchimento de necessidades coletivas. Já no âmbito da iniciativa privada, a qual se aplica, sem restrições, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), quando houver uma relação de consumo, considera-se prática abusiva condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, ou, sem justa causa, a limites quantitativos (art. 39, I), sendo, ainda, abusiva obrigação que colocar consumidor em vantagem exagerada (art. 51, IV).

³⁹ Conforme determinação contida no art. 7º, *caput*, da Lei nº 8.987/95.

Não se pode equiparar, apesar da retórica da Reforma Administrativa, o status de usuário, que envolve a questão da cidadania, com o de cliente. Por isso há críticas à noção de cidadão-cliente. Cliente ou consumidor é aquele que paga pelo serviço ou produto. O produtor ou fornecedor do serviço não desenvolve suas atividades para suprir interesses públicos, mas tem em foco finalidades lucrativas. Já a Administração Pública presta serviços públicos para cumprir objetivos sociais, tendo em vista, por exemplo, a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais.

Apesar de todo o avanço que o Código de Defesa do Consumidor proporcionou à sociedade, ainda assim as relações de consumo não são igualáveis à prestação de serviços públicos, pois não há entre o Estado e o cidadão consumidor a mesma contraposição de interesses que há entre o fornecedor privado e seu cliente. O cidadão é titular de interesses protegidos e servidos pelo Estado, de tal maneira que, conforme expõe Maria Paula Dallari Bucci, ele estaria “mais próximo da figura do sócio do empreendimento privado do que do cliente”⁴⁰.

Em suma, o *status* de cidadania requer que o Estado encare o usuário de serviços públicos como sócio do empreendimento (*res publica*), ou seja, como alguém cujas necessidades devem ser supridas e que ainda deve participar da formulação das respectivas estratégias (seja diretamente nas relações com o poder concedente, que devem surtir efeitos em orientações seguidas pelas concessionárias, seja por meio da atuação de agências reguladoras, que devem igualmente ouvir os destinatários dos serviços). De qualquer forma, o estímulo à participação dos usuários foi timidamente expresso no art. 29, XII, da Lei nº 8.987/95, segundo o qual o poder público tem o encargo de “estimular a formação de associações de usuários para a defesa de interesses relativos ao serviço”.

O usuário, que é quem tem contato mais próximo com o serviço, deve também fiscalizá-lo, orientando o poder público a tomar medidas para que

⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116.

ele seja prestado em padrões adequados tendo em vista as condições técnicas exigidas em função de sua natureza.

O dever de fiscalização do Poder Público não suprime responsabilidades do concessionário e envolve a possibilidade de uso de poderes inerentes ao contrato de concessão, como, por exemplo, o de declarar a caducidade quando “o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço” (art. 38, § 1º).

No entanto, houve um avanço proporcionado pela Lei de Proteção ao Usuário de Serviço Público (Lei nº 13.460/2017), mas esta se aplica, conforme visto, apenas subsidiariamente aos serviços públicos prestados por particulares. A ideia é que haja um avanço para o desenvolvimento do País, pelo permanente controle seja da sociedade, seja dos usuários dos serviços, de forma isolada ou associada, bem como por instituições, como o Ministério Público, a quem incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, para que haja pressão para o respeito aos direitos existentes na legislação acerca da prestação regular dos serviços públicos.

8. Considerações finais

Com base no exposto, a noção de serviços públicos é composta de elementos formais, mas jamais se deve perder de vista sua dimensão material, que justifica a existência da categoria, pois eles servem para suprir necessidades coletivas. A derradeira crise da noção de serviços públicos, em função da globalização e do movimento de “desburocratização”/privatização, com o conseqüente aumento das transferências ao setor privado, sofreu modificações nos países em desenvolvimento, mas percebe-se que após a crise de 2008, pendularmente, muitos países centrais se orientaram para reestatizar serviços.

A orientação no sentido de se regular também a prestação de serviços públicos a partir do viés da concorrência é um desafio a ser enfrentado no

âmbito da regulação dos serviços públicos. A Lei nº 8.987/95 foi um dos primeiros diplomas normativos a inaugurar política desburocratizante, que predominou até recentemente no cenário brasileiro, sendo que ela trouxe avanços no trato do assunto, mas está recheada de pontos problemáticos e de imprecisões técnicas, quais sejam: a inserção, como critério determinante do tipo de licitação, do valor pago pela outorga do serviço, o que tem potencial de encarecimento da tarifa; lacunas no tratamento da indenização por encampação; insuficiência técnica na configuração da rescisão como hipótese de extinção do contrato administrativo; e, tratamento ambíguo dado à permissão de serviços públicos.

A Lei de Concessões mescla regras publicísticas com objetivos privatísticos, o que seria razoável de se supor, à medida que visa tornar atrativa ao setor privado a prestação de serviços públicos; mas, em alguns casos, o predomínio da ótica privatística provoca lacunas, como, por exemplo, aquela que ocorre em relação à ausência de percepção de que o usuário de serviços públicos tem *status* de cidadão, não equiparável ao de mero “cliente” de serviço prestado, assunto que é melhor desdobrado na Lei de Proteção ao Usuário dos Serviços Públicos da Administração Pública (Lei nº 13.460/2017), sendo que esta tem aplicação apenas subsidiária quando o serviço público for prestado por particular.

É fundamental que os usuários exercitem, juntamente com o poder concedente e instituições como o Ministério Público, amplo controle na qualidade da prestação dos serviços, para que haja maior respeito aos direitos previstos na lei. Assim, o poder concedente será estimulado a celebrar, cada vez mais, contratos com pessoas jurídicas que sejam capazes de garantir, ao longo de toda a duração do contrato, a prestação que seja efetivamente feita à tarifas módicas, por serviços públicos, portanto, acessíveis, e, principalmente, com a qualidade imprescindível ao atendimento das necessidades dos cidadãos-usuários.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Nacionalismo, liberalismo e capitalismo. *Folha de São Paulo*, caderno mundo, p. A 21, 1º de agosto de 2001.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

ELIAS, Juliana. Privatizar é ideal? 884 serviços caros e ruins foram reestatizados no mundo. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/07/tni-884-reestatizacoes-mundo.htm>>. Acesso em: 17.05.2019.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 393-394.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 2.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. São Paulo: Sirey, 1969.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, Marcelo. A escola do serviço público. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002. Disponível na internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 de julho de 2010.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Desapropriação via concessionários de serviço público

*José Marcelo Ferreira Costa*¹

Introdução

O regime jurídico para a aquisição unilateral e compulsória de bens imóveis sob o fundamento de utilidade pública para compor o acervo do aparato estatal, por parte do Poder Executivo, já granjeou inúmeros trabalhos acadêmicos desde a edição do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941. Como exemplo merecedor de evidência é o profundo estudo subscrito por Miguel Seabra Fagundes² ao comentar – *artigo por artigo* – o diploma normativo citado já no ano de 1942.

De lá para cá, o sistema jurídico brasileiro encontra-se transmudado, pois incorporou o modelo de contratualização para viabilizar o Estado Social concebido a partir de 1988. Atualmente, o Estado garantidor mantém-se voltado à prestação de serviços essenciais à população – *por exemplo, energia, telecomunicações ou saneamento* –, viabilizando-se por intermédio de dupla via: (i) *diretamente*, por intermédio da criação de estruturas próprias de intervenção da atividade; ou, (ii) *indiretamente*, com ou sem alienação do patrimônio estatal ao operador privado, transpondo-se o Estado prestador para a posição de Estado regulador.

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Norte (PGE/RN). Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (UC/Portugal). Mestre em Direito de Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: jmfcosta@uol.com.br.

² *Da desapropriação no direito brasileiro*, Freitas Bastos: São Paulo, 1942.

Neste cenário, o foco do presente trabalho mira o papel reservado às delegatárias de serviços públicos nos processos de expropriação de bens imóveis privados ou públicos para o desempenho de suas atividades. Os aspectos relacionados à competência para expedição do ato de desapropriação, especialmente sobre a possibilidade (ou não) do provimento ser editado por um Ente Político que não é o titular do respectivo serviço público, ou seja, não detém o Poder Concedente, serão enfrentados. Já a condução material da intervenção na propriedade (efetivação da desapropriação), que poderá ser realizada pelo Poder Concedente ou pelo concessionário (ou permissionário) do serviço, merecerá devida análise.

Optou-se, também, por adentrar no controverso assunto relacionado à prerrogativa expropriatória da União sobre os Estados e Municípios, bem como do Estado sobre os Municípios, convencionalmente rotulada por “escala hierárquica” (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 3.365/41). A razão deve-se à importância de se por em discussão a (não) recepção pela Carta de 1988 de parte do dispositivo legal apontado, afóra a existência atual de centros urbanos extremamente adensados e a necessidade de serem prestados serviços públicos inexistentes à época da edição do Decreto-Lei n.º 3.365/41.

O desfecho do estudo apresentará conclusões sobre o papel do Poder Concedente e das empresas concessionárias nos casos de desapropriações para o atendimento dos serviços delegados, à luz do disposto no art. 29, VIII, e no art. 31, VI, da Lei Federal n.º 8.987/95.

1. A desapropriação de bens para a prestação de serviços públicos

Não há dúvida que o Poder Público, bem assim suas delegatárias de serviços públicos, exercem competências para livremente adquirir bens para a consecução de suas finalidades. Todavia, há hipóteses em que os proprietários não se mostram interessados em celebrar ajustes para alienação de seus bens privados ou públicos.

Para solucionar estas situações de conflitos de interesses, encontra-se à disposição³ do aparato estatal o instituto da desapropriação, que se operacionaliza por meio de ato administrativo⁴ unilateral, compulsório, concreto, imediato⁵ e permite a aquisição originária⁶ da propriedade mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro.⁷

Tratando-se de **serviço público**, o art. 5º⁸, alínea “h”, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, considera situação de utilidade pública passível de expropriação de bens necessários à sua exploração ou conservação.

Como se vê, há dispositivo específico (motivo de direito) para contemplar a intervenção estatal sobre bens móveis ou imóveis, sobretudo para prestação dos serviços públicos em geral⁹. Importante registrar que não se deve utilizar para fundamentar a desapropriação o disposto no art. 5º, alínea “j”, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, pois o dispositivo trata da desapropriação para funcionamento de meios de transporte coletivo. Nos

³ Cáo Tácito [“Problemas atuais na desapropriação” (Temas de Direito Público), 1º Vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1.014] ressalta que a prerrogativa para expropriar bens decorre da “noção de um domínio eminente do Estado, irradiação do interesse geral, que se pode sobrepor ao domínio privado, permitindo uma transferência da propriedade particular ao patrimônio público, mediante plena compensação”.

⁴ O art. 8º do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, prevê a possibilidade de o Poder Legislativo tomar a iniciativa da desapropriação. Mesmo nesta hipótese, caberá ao Poder Executivo praticar o ato administrativo específico.

⁵ Osvaldo Aranha Bandeira de Melo (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 463) esclarece ser o ato administrativo “manifestação de vontade do Estado, enquanto poder público, individual, concreta, pessoal, na consecução de seu fim, de realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito”.

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 798): “dizer-se que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade significa que ela é, por si mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário”.

⁷ Não se pode esquecer a existência da chamada de “desapropriação-sanção”, tal como se encontra prevista nos art. 182, § 4º, III, e art. 185 da Carta de 1988, quando imóveis urbanos ou rurais não atendem a função social da propriedade (art. 5º, XXIV, da Carta de 1988). Nestes casos, o pagamento das indenizações envolve a composição do pagamento com títulos da dívida pública, ressalvadas as benfeitorias dos imóveis destinados à reforma agrária que são ressarcidas em dinheiro.

⁸ “Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

(...)

h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;

(...)”

⁹ Kiyoshi Harada, *Desapropriação – doutrina e prática*, 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 70.

dizeres de Seabra Fagundes¹⁰, o dispositivo da alínea “j” serve para a “expropriação de empresas privadas de transporte, quando as prementes necessidades coletivas induzam a isso, como um modo de tornar mais eficientes ou de melhor coordenar determinados tipos de locomoção”.

Por se consubstanciar em medida de certo modo extrema e antipática¹¹, pois, como dito, não há espaço para o acordo de “vontade” (anuência) entre expropriante e expropriado, após a expedição do provimento administrativo de expropriação, exsurgem imediatamente efeitos jurídicos que possibilitam o Poder Público adentrar nos imóveis (art. 7º), bem assim demarcam-se critérios temporais para dois importantes pontos: (i) o termo inicial (*dies a quo*) do prazo de caducidade para a promoção da expropriação; e, (ii) o estado da coisa, sobre o que haverá o cálculo do bem e se exclui o dever de indenizar benfeitorias úteis realizadas *a posteriori*, salvo se o expropriante as autorizar (art. 26).

O momento da avaliação é relevante e deve se considerar a situação do imóvel (ou móvel) quando se propõe a intervenção estatal na propriedade. A hipótese de se considerar a avaliação judicial é para situações em que não há alongado período entre a imissão de posse e o laudo determinado em juízo. Qualquer exegese diversa comprometerá o valor da indenização¹² por um motivo bastante óbvio: os bens são passíveis de sofrerem **valorização** ou **desvalorização** econômico ao longo do tempo

¹⁰ Miguel Seabra Fagundes, *Da desapropriação no direito brasileiro*, Freitas Bastos: São Paulo, 1942, p. 100. Na mesma página, concluiu: “Desde que o funcionamento de qualquer dos meios de transporte coletivo, pela sua deficiência, acarrete transtornos à determinada região, e, sobretudo, à determinada cidade, isto poderá motivar a intervenção do Poder Público para chamar a si a sua execução ou dá-la em concessão, com o afastamentos dos empresários que sirvam mal.”

¹¹ Adilson Abreu Dallari (*Desapropriação para fins urbanísticos*, Rio de Janeiro, Forense: 1981, p. 42) afirma que “a desapropriação é um instituto jurídico profundamente antipático e impopular. Quase nunca o desapropriado consegue receber o que ele considera como justa indenização e, em princípio, ninguém gosta de ser compelido a fazer algumas coisa, pois qualquer imposição gera naturalmente um sentimento de revolta”.

¹² Sobre o assunto, Roberto Mattoso Câmara Filho (*A desapropriação por utilidade pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 567) afirma: “manteve o STF decisão do Tribunal de Justiça que determinou se fizesse nova avaliação do bem expropriado, a qual teria que se pautar pelo valor contemporâneo à desapropriação e não ao valor atual do imóvel, abstraindo, portanto, a valorização que os melhoramentos públicos trouxeram ao local, e adotando apenas a correção monetária do valor unitário da época da desapropriação, porque o expropriante não deve pagar ao expropriado um acréscimo de valor de terras que ele mesmo criou, com a realização de melhoramentos públicos”.

em virtude dos mais diversos fatores sociais, ambientais, políticos *et cetera*.¹³

Não se pode deixar de considerar a recente alteração introduzida no procedimento previsto no Decreto-Lei n.º 3.365/1941, ao acrescentar o art. 34-A.¹⁴ Com base em tal dispositivo normativo, admite-se que, se houver a concordância do Expropriado, a decisão concessiva da imissão provisória se converterá, desde logo, na aquisição da propriedade pelo Expropriante. Em contrapartida, o § 2º da referida norma dispõe que, nessa hipótese, o Expropriado poderá levantar 100% (cem por cento) do depósito do preço fixado por sentença, permanecendo-se apenas em debate judicial sobre a avaliação do imóvel.

N'outro giro, o requisito constitucional para a expropriação é certamente a destinação do bem ao interesse da coletividade¹⁵, a fim de lhe conferir uma função social¹⁶ qualificada, pois o art. 5º, XXII e XXIII, garantiu o direito de propriedade desde que utilizada a fins outros que não os exclusivos do proprietário.¹⁷ Agregou-se ao direito de propriedade público ou privado o dever jurídico de agir em vista do interesse coletivo, ou seja, o direito subjetivo individualista foi submetido ao interesse

¹³ Por se tratar de ato unilateral e compulsório, boa parte das desapropriações empreendidas são acompanhadas de discussões restritas ao valor do bem, ao argumento de que o valor das indenizações não correspondem com a realidade. Assim, o juiz responsável pelo processo se vê instado a requerer a perícia técnica e, ainda que já realizada, acaso não se convença dos critérios ou valores, solicitar uma outra análise por *expert* diverso.

¹⁴ Art. 34-A. Se houver concordância, reduzida a termo, do expropriado, a decisão concessiva da imissão provisória na posse implicará a aquisição da propriedade pelo expropriante com o consequente registro da propriedade na matrícula do imóvel.

§ 1º A concordância escrita do expropriado não implica renúncia ao seu direito de questionar o preço ofertado em juízo.

§ 2º Na hipótese deste artigo, o expropriado poderá levantar 100% (cem por cento) do depósito de que trata o art. 33 deste Decreto-Lei.

¹⁵ Para Edilson Pereira Nobre Junior ("Princípios retores da desapropriação", *in* RTDP, vol.18, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 50) a desapropriação é, de fato, a mais onerosa medida de intervenção estatal na propriedade privada. Resulta da superioridade do interesse público sobre o individual e somente quando satisfaz aquele que pode legitimar-se".

¹⁶ Vladimir da Rocha França, "Perfil Constitucional da Função Social da Propriedade", *Revista de Informação Legislativa* n. 141, Ano 36, jan/mar de 1999, Brasília: Senado Federal, p. 12.

¹⁷ Lúcia Valle Figueiredo (*Licenças urbanísticas*. RDP, n. 90, p. 190) assinala que "hoje a propriedade deverá atingir a sua função social. Isto significa que temos que compatibilizar o direito individual com o direito difuso (metaindividual – transindividual).

comum, imprimindo-lhe o exercício de uma função social, ou, se preferir, voltada ao interesse coletivo.¹⁸

Isso significa dizer que os bens uma vez expropriados podem ser destinados ao próprio Poder Público (órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta), mas também aos delegatários de serviços públicos, pois, ao optar por transferir a exploração de um serviço à iniciativa privada, o Poder Público apenas celebra com as concessionárias (ou permissionárias) ajuste – *com base no art. 175¹⁹ da Carta de 1988* – para colaborar ou executar indiretamente uma atividade que lhe é constitucionalmente reservada.

Por tal razão, viabilizar o uso de bem expropriado à empresa privada delegatária de serviço público é juridicamente razoável já que a execução indireta da atividade não passa de uma extensão natural da atribuição imposta ao Poder Concedente,²⁰ bem assim garantir o atendimento ao princípio da função social da propriedade.

2. Competência para expedir e para executar o ato de desapropriação

O ato inicial do processo de desapropriação é a declaração de necessidade utilidade pública ou interesse social. O provimento envolve a manifestação de “vontade²¹” estatal quanto à apropriação de determinado bem público ou privado.

A regra geral do 6^o²² do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, revela que a competência para expedir o ato de desapropriação foi concentrada na Chefia do Poder Executivo. Entretanto, tal atribuição pode ser dirigida – *por*

¹⁸ Para Hely Lopes Meirelles, “a função social da propriedade não elimina o direito subjetivo do indivíduo, mas procura conciliar o seu interesse com as necessidades da sociedade. (*Direito Urbanístico - competências legislativa*, RDP, n.º 73, p. 101).

¹⁹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

²⁰ Miguel Seabra Fagundes, *Da desapropriação no direito brasileiro*, Freitas Bastos: São Paulo, 1942, p. 69.

²¹ Sobre o assunto “vontade” do agente para expedição do ato administrativo, consultar Sílvio Luís Ferreira da Rocha, “A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo”, in RTDP 25, Malheiros: São Paulo, 1999, p. 43-55

²² “Art. 6º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.”

lei federal, pois matéria é de competência privativa da União, nos termos do art. 22, II²³, da Carta de 1988 – a outra estrutura orgânica da administração direta ou a uma entidade da administração indireta.

Por se tratar de intervenção no âmbito de liberdade/propriedade, somente os órgãos ou entidades de direito público que são passíveis de exercerem o atributo da imperatividade²⁴ (ou poder extroverso²⁵) é que poderão ser dotados de competência para expedir ato de desapropriação. Isso significa dizer que as delegatárias (exploradoras de serviços públicos), por serem pessoas jurídicas de direito privado, não poderão deter tal competência-poder²⁶.

Pois bem. A prerrogativa para expedir o ato de desapropriação não necessariamente é competência reservada à cúpula do Poder Executivo. Aliás, não há nenhuma norma no Texto da Constituição que indique tal prescrição. No nosso sistema jurídico, detectam-se exceções à regra veiculada no citado art. 6º do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, a saber: (i) o art. 15 e art. 16²⁷ do Decreto-Lei n.º 512, de 1º de março de 1969, que previa tal

²³ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

II - desapropriação;

(...).”

²⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 18ª ed., Atlas: São Paulo, 2005, p. 193) afirma que a “imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância”. Nos dizeres de Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar (*Concessões de serviço público*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 118), “a declaração de utilidade pública é de competência privativa do poder concedente, pois se trata de ato de império do Poder Público”.

²⁵ Renato Alessi, *Sistema istituzionale del Diriritto Amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Guiffré, 1960, p. 7-8.

²⁶ Seabra Fagundes (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 52) adverte que “a competência vem rigorosamente determinada no Direito Positivo como condição de ordem para o desenvolvimento das atividades estatais e, também, como meio de garantia para o indivíduo que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado”. Para Vladimir da Rocha França (*Invalidação judicial da discricionariedade administrativa*, Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 94) “a competência consiste na atribuição legal de deveres poderes para o desempenho da função estatal, o impulso gerador do ato. A regra de competência define o órgão ou agente público habilitado para produzir o ato administrativo”.

²⁷ Art 15. A declaração de utilidade pública e a desapropriação conseqüente se sujeitarão às disposições do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 e legislação subseqüente sôbre desapropriação, observadas as disposições especiais dêste Decreto-lei.

Parágrafo único. Quando, na execução judicial, houver incidência de correção monetária, será deduzido do valor final da condenação o valor da contribuição de melhoria devido pelo expropriado.

Art 16. O proprietário de bem declarado de utilidade pública pelo Departamento Nacional de Estadados de Rodagem, que efetive doação ao mesmo, sem ônus ou gravame, fica dispensado do pagamento de contribuição de melhoria até o valor do bem incorporado ao patrimônio do órgão.

competência ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)²⁸; e, (ii) art. 10²⁹ da Lei Federal n.º 9.074, de 07 de julho de 1995 (com redação alterada pela Lei Federal n.º 9.648, de 1998), que reservou a atribuição à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Com efeito, o ato administrativo de declaração não se confunde com as providências necessárias à execução material da desapropriação, que poderá ser empreendida indistintamente pelo próprio Poder Público ou pelo delegatário do serviço.

A prerrogativa para promover materialmente a expropriação por parte das concessionárias de serviços públicos prevista no art. 29, VIII, e no art. 31, VI, da Lei Federal n.º 8.987/95, já constava do art. 3º³⁰ do Decreto-Lei n.º 3.365 de 1941:

“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

(...)

Art. 31. Incumbe à concessionária:

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

(...)”.

Promover, no sentido do texto, é tornar eficaz (ou concretizar) a expropriação, por acordo ou mediante procedimento judicial. Neste sentido, cabe à concessionária do serviço, após a expedição do ato, propor acordo

²⁸ Com o advento da Medida Provisória n.º 2.201, de 28 de junho de 2001, que extinguiu o DNER e criou o DNIT (art. 102-A), a competência para expedir atos de desapropriação não foi reproduzida. Logo, ao criar o DNIT, a nova autarquia deixou de ter competência para expedir ato de expropriação de bem móvel ou imóvel.

²⁹ “Art. 10. Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL declarar de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instalação de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.”

³⁰ “Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.”

com o proprietário, e, na hipótese de não obter êxito, ajuizar³¹ e conduzir toda a ação de desapropriação.

A importância de se segmentar a declaração de utilidade pública da condução da expropriação por parte do concessionário também tem reflexo no que diz respeito ao pagamento e à titularidade do bem. Se o Poder Público que detém competência para expropriar também fosse exclusivamente responsável pela condução ou efetivação da desapropriação, todos os bens seriam revertidos ao patrimônio público, portanto bens públicos propriamente ditos (não apenas afetados à prestação do serviço público), e, assim, necessitar-se-ia de outra relação jurídica entre o Poder Concedente e a concessionária (ou permissionária) para viabilizar o uso ou gestão do referido bem.

Acaso não existisse tal prerrogativa, o ônus de todo o processo de desapropriação seria do Poder Concedente, inclusive com a assunção de despesas diretas para indenizar os proprietários. Eis a razão pela qual o art. 29, VIII, e no art. 31, VI, da Lei Federal n.º 8.987/95, atribui à concessionária a responsabilidade pelas indenizações cabíveis. Inclusive, o pagamento da indenização nos casos de resistência da parte à ação expropriatória não se submetem ao regime de precatórios estabelecido no art. 100 da Carta de 1988, e, por consequência, não se aplica a regra do art. 15-B³² do Decreto-Lei n.º 3.365/1941. Por este motivo, os juros moratórios já

³¹ Registre-se que a competência para a causa somente é atraída para a Justiça Federal ou Varas de Fazenda Pública se houver manifesto interesse do Poder Público. Ao contrário, o feito tramitará nas varas do Poder Judiciário Estadual. Neste sentido, o Resp 714.983/MG (Primeira Turma, Julg. 17.10.2005, Rel. Min. José Delgado):

"EMENTA: COMPETÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE MANIFESTO INTERESSE DA ANEEL NA LIDE. RECURSO PROVIDO.

(...)

2. O mero fato de serem as expropriantes concessionárias de serviço público federal não enseja a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação. *In casu*, não ocorreu manifestação de interesse da ANEEL na presente lide, não se podendo presumir o interesse jurídico dessa autarquia na ação de desapropriação.

3. Este colendo Sodalício vem expressando o entendimento de que se não houver expresso interesse da União na lide, não existe necessidade de deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal.

4. Recurso especial provido."

³² Art. 15-B Nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.

incidirão a partir do trânsito em julgado da sentença, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça.³³

Como se vê, a providência mais relevante – *que é a declaração de utilidade pública* – concentra-se no âmbito da cúpula do Poder Executivo³⁴, cuja prescrição impõe imediatas restrições ao uso da propriedade. O “promover” a desapropriação materialmente pode ser indistintamente realizado pela Administração Pública ou pelas delegatárias de serviço público³⁵.

Cumpra também abordar assunto referente à possibilidade (ou não) da expedição de ato de desapropriação de bem por um Ente Político que não é o titular do respectivo serviço público, ou seja, não detém o Poder Concedente. *Exempli gratia*, em várias Unidades da Federação os serviços de saneamento³⁶ foram assumidos por entidades da Administração Indireta Estadual (em geral sociedades de economia mista), que firmam contratos de concessão com os Municípios. Logo, a quem compete expedir decretos de desapropriação? Aos Estados “proprietários” das companhias de saneamento ou aos Municípios (titulares do Poder Concedente) onde se localizam os imóveis? Similar situação se dá na hipótese em que um dado Município pretende expedir decreto de desapropriação de imóvel para a instalação de parque de energia eólica por uma delegatária do serviço da

³³ **EMENTA:** ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO LEVADA A EFEITO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS: TRÂNSITO DA SENTENÇA EM JULGADO.

"Nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição" (DL. 3.365/41, ART. 15). A aludida norma, como se infere do respectivo texto, é inaplicável às ações de desapropriação ajuizadas por concessionárias de serviços públicos, cujas condenações em quantia certa não estão sujeitas ao regime de precatório disciplinado no art. 100 da Constituição Federal. Recurso especial conhecido, mas desprovido.

(STJ Resp. 1.306.397/GO, Primeira Turma, Jul. 21.11.2013, Rel. Min Ari Pargendler).

³⁴ Pode ser também outro órgão ou entidade da Administração Direta ou Indireta de direito público, tal como a lei federal estipular.

³⁵ Miguel Seabra Fagundes, Da desapropriação no direito brasileiro, Freitas Bastos: São Paulo, 1942, p. 74.

³⁶ A propósito das competências para prestação dos serviços de saneamento em áreas de região metropolitana, consultar: Fernando Herren Aguillar, Direito econômico, 2ª ed, São Paulo: Atlas, 2009, p. 323-334; Maria Paula Dallari Bucci, “Gestão Associada de Serviços Públicos e Regiões Metropolitanas”, in Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari (Coord. Luiz Guilherme da Costa Júnior), Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pág. 553 e ss.; Marcelo Figueiredo, “O Saneamento Básico e o Direito – Uma Visão dos Principais Problemas.”, in Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari (Coord. Luiz Guilherme da Costa Júnior), Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pág. 518.

União. O Ente Municipal detém essa competência? Ou somente a ANEEL reuniria a atribuição?

Alhures foi consignado que a relação entre a empresa concessionária e o poder concedente baseia-se na extensão natural da atribuição que lhe é própria para executar o serviço constitucionalmente reservado³⁷. Logo, considerando que a atividade de serviço público possui campo delimitado de atuação, não se pode deixar de observar o liame entre o ente titular do serviço e a prerrogativa para intervir na propriedade em prol da execução de uma missão que lhe foi conferida.

Não por acaso o art. 29, VIII, e o art. 31, VI, da Lei Federal n.º 8.987/95, expressou a possibilidade do titular do poder concedente de dado serviço público, após declarar a utilidade pública de bens necessários à execução de serviço ou obra pública de sua competência, promover a desapropriação de forma direta ou por intermédio de empresa concessionária.

Assim, a resposta ao questionamento acima proposto enseja a conclusão de que somente os titulares de serviços públicos é que podem expedir ato administrativo para declarar a utilidade pública a fim de expropriar bem a ser utilizado pela concessionária, uma vez que cabe somente ao Ente Federal traçar as diretrizes da sua execução. A pretensão expropriatória de Pessoa Política diversa é inviável e fere o elemento competência do ato administrativo.

Na hipótese de existir uma entidade de direito privado na estrutura da Administração Indireta Estadual concessionária de serviço de saneamento básico, impõe-se ao Município Concedente a atribuição para expedir o ato administrativo de desapropriação. Se o Governador resolver declarar a utilidade pública de um bem para fins de desapropriação voltado aos serviços de saneamento, constituir-se-á verdadeira intromissão da predominância de interesse de cada titular do serviço.

³⁷ Sobre a competência constitucionalmente demarcada dos serviços públicos, Dinorá Musetti Grotti (*O serviço público na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102) esclarece que a possibilidade de criação de serviços públicos por lei ordinária é muito reduzido, pois as exceções não podem ultrapassar as competências da Unidade Federativa constitucionalmente indicadas. A autora esclarece que “em consequência, não há para o legislador ordinário, liberdade total, absoluta, para qualificar determinadas atividades como ‘serviços públicos’, pois deve respeitar os limites constitucionais para esta definição. Para tanto, há que se valer de duas ordens de indicações contidas na Constituição vigente”.

Em suma, é juridicamente impróprio à concessionária (ou permissionária) pretender executar uma expropriação de um bem cuja declaração tenha sido expedida por ente político não titular do serviço, pois incidiria também afronta ao art. 31, VI, da Lei Federal n.º 8.987/95.

Dito de outra maneira, os decretos de desapropriação subscritos por Prefeitos, Governadores ou Presidente, com base no art. 5º, alínea “h”, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, que não sejam relacionados aos serviços públicos que lhes são reservados constitucionalmente padecem de vício de competência e podem ser objeto de controle administrativo (*sponte propria*) ou judicial.

3. A desapropriação de bens privados ou públicos para a prestação de serviços públicos

São expropriáveis nos termos do art. 2º³⁸ do Decreto-Lei n.º 3.365/41, bens imóveis, móveis, materiais ou imateriais, públicos ou privados. Conforme esclarece Caio Tácito³⁹, a “lei brasileira permite amplamente o exercício do poder expropriatório que pode alcançar quaisquer bens, inclusive direitos (art. 2º) e ações de empresas privadas”.

Quanto aos bens privados, não há grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a viabilidade de sua expropriação.

Em se tratado de bens públicos, o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 3.365/41, instituiu a necessidade de lei autorizadora prévia e a observância a uma espécie de escala “hierárquica” para o exercício de competência expropriatória de bens da União sobre os dos Estados e Municípios, bem como do Estado quanto aos municipais.

³⁸ “Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

§ 1º A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo.

§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.”

³⁹ Caio Tácito, “Problemas atuais na desapropriação” (Temas de Direito Público), 1º Vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1.017.

Vê-se que no caso de se pretender expropriar bens do patrimônio público, o legislador ordinário ultimou por impor um ato de natureza complexa. A prévia participação do Poder Legislativo gera uma motivação mais substancial e confere a devida legitimidade ao ato do Poder Executivo. As duas manifestações de vontade se unem para a válida expedição do ato administrativo de expropriação de bens públicos, ao contrário do ocorrido nos bens privados que se submetem apenas à decisão de uma unidade orgânica da Chefia do Executivo.

A contribuição do Poder Legislativo acentua-se no que tange à redução (ou controle) da margem de “discricionariedade” da Administração Pública, pois o art. 5º, alínea “h”, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, evidencia dicção com espaço de liberdade (ainda que reduzida) ao administrador para completar o sentido oportunamente destacado dos enunciados prescritivos quanto (i) à própria fluidez dos signos lingüísticos, ou mesmo (ii) em razão da possibilidade conferida pelo comando normativo citado ao criador/aplicador do direito de optar entre duas (ou mais) situações no caso concreto.

Com efeito, importante aqui abordar assunto relevante, que se mostra controverso na doutrina e na jurisprudência nacionais⁴⁰, qual seja, se há (ou não) persistência da citada escala “hierárquica” para o exercício de competência expropriatória de bens da União sobre os dos Estados e Municípios, bem como do Estado quanto aos municipais, tal como foi prevista no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941.

Em primeiro lugar, o citado dispositivo foi inserido no sistema jurídico sob a égide da Carta de 1937, cujo art. 122, n.º 14⁴¹, veiculava o centralismo

⁴⁰Leticia Queiroz de Andrade (*Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo*, Malheiros: São Paulo, 2006, p. 117-118); “atualmente, não podemos dizer que haja um entendimento predominante acerca da questão. Há quem opine pela sujeição da desapropriação de bens públicos apenas às condições do § 2º do Decreto-lei n. 3.365/41; há quem opine pela inexpropriabilidade dos bens já afetados ao uso ou serviço públicos; e, há, ainda. Os que a fim de dar interpretação mais restritiva à escala expropriatória referida no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/41, afirmam que a tal escala só se aplicaria aos bens de uso comum e especial, sendo livre a desapropriação de bens dominicais”.

⁴¹ “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

político. Porém, tal situação foi alterada pela Constituição de 1945, pois, nos dizeres de Fábio Konder Comparato⁴², “no regime da falsa ‘Constituição’ de 1937, foi praticamente abolido o Estado Federal no Brasil”. E segue o citado autor: “o Decreto-lei 1.202, de 8.4.39, ao dispor sobre a administração dos Estados e dos Municípios, determinou que os Estados seriam administrados por interventores federais até a realização de um plebiscito nacional, esse que, como sabido, jamais chegou a ser convocado”. Por fim, arremata o autor: “Com o restabelecimento pleno da Federação, por força da promulgação da Constituição de 18.9.46, o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 3.365 foi, portanto, implicitamente revogado”.

Além de o centralismo ter sido afastado e a Federação restaurada em 1946, o advento da Carta de 1988 trouxe normas no art. 1º⁴³ e no art. 18⁴⁴ da Carta de 1988 que eliminam as controvérsias sobre a não recepção da citada escala “hierárquica” decrescente do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, até porque colocou os Entes Federativos em igualdade política, conferiu-lhes autonomia recíproca e auto-organização⁴⁵ administrativa.

O dispositivo do Estatuto da Desapropriação editado nos anos quarenta revela-se incompatível com modelo de Federação existente, pois não mais subsiste a verticalização entre os Entes Políticos. A única hipótese de verticalização remanescente no Texto Constitucional é a previsão de competência legislativa concorrente conferida no art. 24, § 1º a § 4º⁴⁶.

o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

(...).”

⁴² “Princípio Federal – bens estaduais não podem ser desapropriados – caso BANESPA”, in RTDP 11, Malheiros: São Paulo, 1995, p. 86.

⁴³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...).”

⁴⁴ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

⁴⁵ Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 647.

⁴⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Todavia, o fato de não ter sido recepcionada a “hierarquia” de outrora não significa dizer que não há possibilidade de um Ente Federativo expropriar bens públicos da Unidade Política diversa. Como bem esclarece Letícia Queiroz de Andrade⁴⁷, trata-se mais de atender à finalidade de interesse coletivo do que debater o “sujeito” que pode (ou não) expedir ato de expropriação.

Nunca é exaustivo lembrar que a realidade hoje é diversa do momento sócio-político vivido no Brasil no início dos anos 40. E, não obstante a existência dos entes políticos diversos, com suas competências moldadas pela ordem constitucional em 1988, habitamos no Brasil, em um determinado Estado Federal, mas, sobretudo, vivemos nos Municípios (já rotulados por *mínimas células político-administrativas*). E mais: atualmente, em média, oitenta por cento da população é urbana.⁴⁸

Assim, as áreas urbe são palco de choques de interesse entre os diversos Entes Políticos no que diz respeito à expropriação, *exempli gratia*, se para a construção de linha de metrô é necessário remover um prédio da União que se encontra no traçado mais adequado à prestação do serviço de transporte de massa, sem que a alteração do percurso não gere prejuízos à população.

Para solucionar a controvérsia, Letícia Queiroz de Andrade⁴⁹ propõe como critério para viabilizar a expropriação de bens públicos entre Entes

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

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

⁴⁷ Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo, p. 91.

⁴⁸ Como bem destaca Sílvio Luiz Ferreira da Rocha (*Função social da propriedade pública*, São Paulo: Malheiros, 2005, p.141): “há no ordenamento jurídico uma clara manifestação de privilegiar as cidades, pois nelas, em última análise, vive grande parte da população brasileira. O Município, se não é o ente mais importante da federação, em termos econômicos, é o mais importante sob ponto de vista social, visto que seu território é que acolhe o povo, o destinatário das ações positivas do Estado”.

⁴⁹ Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo, p. 123. Para a autora, “se o bem almejado pela desapropriação não estiver preposto a qualquer utilidade pública, a comparação entre os interesse contrapostos a ele relacionados é bastante desequilibrada e a desapropriação é sempre possível, uma vez que ou do bem não se extrai qualquer proveito público, ou o proveito público dele extraído seja simplesmente o de que por meio dele se afaíra alguma vantagem econômica, a qual seja plenamente compensada pela correspondente indenização”. E segue: “Mas, se o bem público atingido pela desapropriação já estiver preposto a uma utilidade pública, a possibilidade jurídica dessa desapropriação dependerá de que, na comparação entre a função que esse bem já desempenharia com relação

Políticos diversos o da “condição finalística”, pois “um bem estará diretamente relacionado com uma utilidade pública quando a utilidade pública oferecida for a utilização do próprio bem”. É dizer, o caso concreto permitirá a ponderação quanto à utilização do bem em prol do interesse da coletividade no espaço e tempo, independentemente de o mesmo já possuir ou não uma destinação específica.

Porém, a prévia autorização legislativa remanesce como um critério de redução da discricionariedade, apesar do possível argumento de maior engessamento para implementar a política pública. Essa apreciação também deve ocorrer quando a União deseja expropriar bens do Estado ou do Município (ou o Estado quanto aos bens do Município). A União não possui carta branca e livre para expropriar qualquer bem de uso comum ou especial dos outros Entes Políticos. Há que se apurar a motivação e as consequências da decisão adotada (art. 20 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) e identificar a finalidade exata sob pena de se gerar a invalidade do ato administrativo.

Em suma, a expropriação de bens públicos – *em caráter recíproco, e não apenas em escala hierárquica, a partir da União para os Estados e Municípios* – é juridicamente respaldada pela vigente Carta de 1988. O que se impõe ao aplicador no caso concreto é a vinculação clara e inequívoca do melhor uso (destinação) do bem ao serviço público a ser prestado à população.

4. Considerações finais

É possível apresentar as seguintes conclusões:

- (i) a desapropriação operacionaliza-se por meio de ato administrativo unilateral, compulsório, concreto, imediato e permite a aquisição originária da propriedade mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro;

à outra utilidade pública visada pela desapropriação, se verifique que com a desapropriação se estará extraindo desse bem proveito público maior do que o por ele já oferecido”.

- (ii) no caso dos serviços públicos, o motivo de direito para expedição do ato administrativo é o art. 5º, alínea “h”, do Decreto-Lei n.º 3.365/41, pois a hipótese normativa admite a declaração de situação de utilidade pública passível de expropriação de bens necessários à sua exploração ou conservação;
- (iii) apenas o Ente Federal que detém o Poder Concedente goza de competência para expedir ato administrativo apto a declarar a utilidade pública para expropriar bem a ser utilizado pela concessionária, ou seja, a pretensão expropriatória por parte de Pessoa Política diversa é inviável e fere o elemento competência do ato administrativo e o disposto no art. 31, VI, da Lei Federal n.º 8.987/95;
- (iv) em se tratando de intervenção no âmbito de liberdade/propriedade, somente os órgãos ou entidades de direito público passíveis de exercerem o atributo da imperatividade poderão ser dotados de competência para expedir ato de desapropriação (a exemplo da ANEEL);
- (v) a prerrogativa para promover materialmente a expropriação – *propor acordo com o proprietário, e, na hipótese de não obter êxito, ajuizar e conduzir toda a ação de desapropriação e pagar a indenização* – por parte das concessionárias de serviços públicos encontra-se prevista no art. 29, VIII, e no art. 31, VI, da Lei Federal n.º 8.987/95, bem assim no art. 3º do Decreto-Lei n.º 3.365 de 1941;
- (vi) a necessidade de se editar lei prévia para fins de desapropriação de bens públicos (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 3.365/41), gera motivação mais substancial e confere a devida legitimidade ao ato do Poder Executivo;
- (vii) a escala “hierárquica” para o exercício de competência expropriatória de bens da União sobre os dos Estados e Municípios, bem como do Estado quanto aos municipais (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941), não foi recepcionada na Carta de 1988, apesar de o tópico ainda não ter sido enfrentado pelo Poder Judiciário;
- (viii) o advento do art. 1º e art. 18 da Carta de 1988 eliminou as controvérsias sobre a não recepção da citada escala “hierárquica” do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, até porque colocou os Entes Federativos em igualdade política, conferiu-lhes autonomia recíproca e auto-organização administrativa. Assim, há possibilidade jurídica de se editar decreto para desapropriar bem público em prol da prestação de serviços públicos e para atender à função social da propriedade.

Referências

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diriritto Amministrativo Italiano*. 3ª ed. Milão: Guiffré, 1960.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. Andrade. *Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo*, Malheiros: São Paulo, 2006.

AZEVEDO, Eurico de Andrade et ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessões de serviço público*, São Paulo: Malheiros, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. “Gestão Associada de Serviços Públicos e Regiões Metropolitanas”, in *Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari* (Coord. Luiz Guilherme da Costa Júnior), Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CÂMARA FILHO, Roberto Mattoso. *A desapropriação por utilidade pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriação para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. *Da desapropriação no Direito Brasileiro*. Freitas Bastos: São Paulo, 1942.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Licenças Urbanísticas”. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.º 90/1989.

FIGUEIREDO, Marcelo. “O Saneamento Básico e o Direito – Uma Visão dos Principais Problemas.”, in *Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari* (Coord. Luiz Guilherme da Costa Júnior), Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANÇA, Vladimir da Rocha, *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa*. Forense: Rio de Janeiro, 2000.

_____. “Perfil Constitucional da Função Social da Propriedade”, *Revista de Informação Legislativa* n. 141, Ano 36, jan/mar de 1999, Brasília: Senado Federal.

GROTTI, Dinorá Musetti. *O serviço público na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito Urbanístico – Competências Legislativas”. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.º 73/1985.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H.. *Curso de Direito Constitucional*. (Atualização de Maria Garcia), Forense Universitária: Rio de Janeiro 1991.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação – doutrina e prática*. 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2007.

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

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. “Princípios retores da desapropriação”, in RTDP, vol. 18, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 50.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. “A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo”, in RTDP 25, Malheiros: São Paulo, 1999.

_____. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SALLES, José Carlos de Moreira. *Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 4ª ed., São Paulo; RT, 2000.

TÁCITO, Caio. “Problemas atuais na desapropriação”. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Vol. 1., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

A atuação da administração pública brasileira nas licitações sustentáveis

*Lívia Oliveira de Melo*¹

Introdução

A crescente preocupação com a preservação do meio ambiente, em âmbito mundial, deve-se à degradação ambiental ocasionada ao longo dos anos, gerando a escassez dos produtos naturais que nem sempre são renováveis. E ao adquirir consciência de que tal degradação compromete a existência de várias formas de vida no planeta e a qualidade de vida do homem, este, por meio de ações sustentáveis, busca sanar os danos causados ao meio ambiente e criar uma relação harmoniosa entre ecossistema e crescimento econômico.

Desde então, a Comunidade Internacional vem tomando medidas para proteger o meio ambiente e incentivar a sustentabilidade, tendo como importante marco em relação à adoção de ações sustentáveis, o que ocorreu na Comissão Mundial do Meio Ambiente, em 1987, onde foi elaborado o Relatório Nosso Futuro Comum, conhecido como Relatório Brundtland, no qual se conceituou o desenvolvimento sustentável como aquele que deve atender às necessidades dos presentes sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.

¹ Advogada. Especialista em Direito e Processo Civil pela Universidade Gama Filho (UGF). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: livia_melo@hotmail.com.

No Brasil, uma das formas de estimular o uso racional dos produtos naturais é por meio do procedimento licitatório, no qual a Administração Pública deve obedecer ao processo de licitação para assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, conforme previsto na Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XXI, e posteriormente regulamentado, em 1993, pela Lei de Licitação cujas finalidades iniciais eram promover a proposta mais vantajosa e garantir o princípio da isonomia, entretanto, por não atenderem às necessidades pretendidas, sofreu uma alteração legislativa editada pela Lei nº 12.349/10, passando também a determinar como finalidade o desenvolvimento nacional sustentável.

A partir desse novo entendimento sobre a necessidade de estimular e investir em sustentabilidade, no qual é preciso desvincular-se do antigo modelo de desenvolvimento econômico, verificou-se a relevância sobre o assunto, delimitando-se o foco do trabalho para a atuação da Administração Pública brasileira nas licitações sustentáveis. Dessa forma, suscita-se o problema da pesquisa: Como os entes federados do Brasil passaram a atuar acerca da sustentabilidade? De que maneira a sustentabilidade é implantada no país? E como os custos e os benefícios dos produtos influenciam nas escolhas dos investidores que desejam contratar com a Administração Pública?

Assim, o presente artigo tem como escopo analisar as licitações sustentáveis, enfatizando os critérios ambientais que devem ser observados no procedimento licitatório e as medidas adotadas pelo governo brasileiro para inserir o desenvolvimento sustentável à atual realidade do país. Caracteriza-se como uma pesquisa descritiva e exploratória, ao descrever e esclarecer a forma como a Administração Pública brasileira vem atuando no que concerne às licitações sustentáveis e aos critérios de aplicabilidade obrigatórios, utilizando-se para esse desenvolvimento os procedimentos bibliográficos e documentais sobre o assunto.

Dessa forma, o trabalho está dividido em seções, cuja primeira analisa o desenvolvimento sustentável, evidenciando a atuação conjunta dos países sobre a necessidade de estimular esse modelo de desenvolvimento;

a segunda aborda a licitação sustentável, salientando os critérios que devem ser observados no procedimento licitatório; a terceira expõe os fundamentos jurídicos demonstrando o que acarreta a ausência de uma lei específica; a quarta relata a atuação do poder público, apresentando as medidas adotadas para intensificar a sustentabilidade; e por fim, a quinta explana os custos e os benefícios das licitações, mostrando o posicionamento dos investidores em relação a esses requisitos.

1. Desenvolvimento sustentável

A economia global desenvolveu-se, nesses últimos cinquenta anos, ocasionando uma maior utilização dos recursos naturais, tais como: água, alimentos, combustíveis fósseis e papéis, porém a utilização inadequada desses recursos acarretou na dificuldade de o meio ambiente se renovar e absorver a degradação causada por esse modelo de desenvolvimento (TORRES, 2012, p. 221). E para evitar que tal crescimento acarretasse mais danos ao ecossistema, a Comunidade Internacional passou a discutir em palestras e convenções governamentais a necessidade de adotar um novo modelo de desenvolvimento voltado à sustentabilidade (SILVA; BARKI, 2012, p. 157-158).

A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente (CMMAD) foi criada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1983, para discutir o desenvolvimento sustentável. Tal Comissão elaborou, em 1987, o Relatório Nosso Futuro Comum, em que o desenvolvimento sustentável foi conceituado por Brundtland como: “aquele que atende às necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”. Em síntese, a sustentabilidade é um processo de transformação em que a utilização dos recursos e a aplicação dos investimentos empregados de forma correta colaboram para atender às necessidades humanas (BRUNDTLAND, 1987).

No conceito de Brundtland, em que se busca preservar as necessidades das gerações atuais e futuras, testificou-se que o uso dos recursos

naturais e os reflexos da industrialização podem atingir a humanidade em sua dignidade, uma vez que, no processo de desenvolvimento, têm-se o consumo de bens e riquezas, a fabricação de objetos nocivos ao ecossistema e a alteração no meio ambiente. Portanto, a definição de desenvolvimento sustentável compreende a responsabilidade com a produção de riquezas e a conservação dos recursos, que ocorrem por meio da escolha de práticas compatíveis com a proteção do meio ambiente, de modo a garantir uma vida humana digna, no presente e no futuro, e elevar a riqueza nacional (JUSTEN, 2016, p. 101).

A definição de sustentabilidade adotada no Relatório de Brundtland foi posteriormente ratificada pela Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), que ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992, conhecida como Rio-92 ou Eco-92. Este evento representou um marco importante, pois estabeleceu medidas voltadas à conservação do meio ambiente e à utilização racional dos recursos naturais, despertando a atenção dos países em âmbito mundial para a necessidade de se buscarem novas formas de desenvolvimento econômico sem ocasionar impactos no meio ambiente, visando à preservação da vida no planeta (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *online*).

Nessa Conferência foram celebrados vários acordos, destacando-se o da Agenda 21, documento elaborado em quarenta capítulos, que estabeleceu um plano de ação a ser observado pelos governos, pelas organizações e pela sociedade civil, bem como conduziu à reflexão sobre os problemas e soluções socioambientais. Cada país participante desenvolveu sua própria Agenda 21, estabelecendo obrigações relacionadas ao tema, e no caso do Brasil, priorizaram-se os programas relacionados à inclusão social, à sustentabilidade no meio urbano e rural, à conservação dos recursos naturais e ao planejamento sustentável, elaborados e apresentados, em 2002, à população brasileira (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *online*).

Sustentabilidade, de acordo com Burstyn (2009, p. 11), é “uma ideia que surgiu em um processo de discussão que inspirou doutrinas, teorias e políticas, desde que a Revolução Industrial deu margem a preocupações

sistemáticas com o desenvolvimento. Sustentável é uma expressão criada para indicar direções preferenciais para o desenvolvimento integrado, autônomo, social, endógeno, territorial”. O desenvolvimento tinha características predominantes e diferentes em cada período, destacando-se, no século XIX, a dimensão econômica, no século XX, a dimensão social, e hoje, século XXI, a dimensão ambiental associada às dimensões anteriores (BURSZTIN, 2009, p. 12).

Apesar de atualmente a dimensão ambiental está diretamente interligada à dimensão econômica e financeira para a aplicação de um desenvolvimento sustentável eficaz, isto não acontece, pois tal desenvolvimento colide com o aceleração industrial, o crescimento demográfico, o esgotamento dos recursos naturais não renováveis e a escassez dos alimentos. Sendo o entendimento de Gitli e Murilo:

Uma das grandes contribuições da visão de desenvolvimento sustentável é o esforço para integrar elementos ou componentes de desenvolvimento que, até então estavam desarticulados. Esse conceito é em longo prazo e busca compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ambiental e os aspectos sociais. (...) Tanto a literatura quanto na prática das políticas públicas, tem-se discutido acerca da compatibilidade entre a utilização do mecanismo de mercado e a proteção ao meio ambiente. Aqueles que percebem essa incompatibilidade destacam que, em muitos casos, o mecanismo de mercado não é adequado para realizar uma destinação e uma valoração adequada dos recursos naturais, pois quando se trata de assuntos ambientais, alguns de seus pressupostos básicos, como, por exemplo, os direitos de propriedade, não ficam claramente estabelecidos. A utilização destes mecanismos pode subestimar o valor dos recursos naturais por não refletir nos preços diversas considerações não percebidas no mercado. Por outro lado, aqueles que privilegiam o mecanismo de mercado afirmam que, à medida que ele se aperfeiçoa, a tendência é de um melhor manejo dos recursos e, conseqüentemente, maior respeito e valorização dos recursos naturais e dos ecossistemas (GITLI; MURILO, 2002, p. 76-77).

Dessa maneira, demonstra-se o esforço dos governos de diversos países da América Latina e Central para que o desenvolvimento sustentável

seja empregado de forma a alcançar seus objetivos, quais sejam a utilização consciente e eficiente dos recursos naturais e a diminuição dos danos ocasionados pelas contratações não sustentáveis. Porém, para que isso ocorra, é preciso que os três setores passem a agir de forma conjunta, bem como a atuação dos governos, em âmbito mundial, seja por meio do seu poder fiscalizador, da aquisição de bens sustentáveis ou de palestras, projetos ou políticas públicas que estimulem e demonstrem os benefícios de um desenvolvimento sustentável.

Embora ainda existam divergências entre tais esferas, o desenvolvimento sustentável constitui um princípio de direito internacional geral, que deve ser observado por todos os Estados que compõem a comunidade internacional. Podendo-se afirmar que a necessidade de desenvolvimento e o dever de proteger o meio ambiente são valores que ocorrem simultaneamente, não devendo existir a possibilidade de exclusão entre si. Desse modo, as necessidades socioambientais estão interligadas ao desenvolvimento, que deve ser qualificado e entendido como desenvolvimento sustentável, relacionado ao bem-estar social, à preservação do meio ambiente e ao desenvolvimento econômico (CGU, *online*).

Nesse contexto, observa-se que o uso indiscriminado dos recursos naturais, sem um prévio estudo sobre os danos que poderiam acarretar ao homem e ao meio ambiente, ocasionou a escassez de alguns recursos naturais e comprometeu a qualidade de vida e a própria existência de diversas formas de vida no planeta. Por esses motivos, governos de diversos países passaram a discutir a necessidade de preservar o meio ambiente com a utilização dos recursos de forma racional, garantindo o desenvolvimento sustentável, que deve acontecer de forma harmônica entre as diversas dimensões.

2. Licitações sustentáveis

No Brasil, o poder público não tem autonomia para efetuar contratações e aquisições, por isso, tem o dever de licitar. Dessa forma, a

Administração Pública é obrigada a realizar a licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações públicas, garantindo o direito de igualdade a todos os concorrentes, conforme disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988, sendo duas as finalidades do procedimento licitatório: proporcionar às pessoas submetidas ao procedimento licitatório a proposta mais vantajosa e possibilitar a mesma oportunidade aos que desejam contratar com essas pessoas. (ROSSATO; BELLEN, 2011, p. 3).

A licitação é regulamentada pela Lei nº 8.666/93 e estabelece em seu art. 3º a promoção ao desenvolvimento nacional sustentável, sua terceira finalidade, introduzida pela Lei nº 12.349/10, que foi originada a partir da Medida Provisória nº 495/2010. O desenvolvimento nacional garante a disponibilidade de recursos destinados à realização dos direitos fundamentais e da incidência dos direitos e garantias constitucionais. Com isso, pretende-se que a Administração Pública, ao efetuar uma contratação, incentive o desenvolvimento sustentável exigindo propostas sustentáveis ou escolhendo empresas que invistam nesse modelo de desenvolvimento (JUSTEN, 2016, p. 102).

O procedimento licitatório realizado pela Administração Pública está voltado ao consumo sustentável ou consciente, no qual não se busca apenas a obtenção de produtos, serviços e obras, mas também a utilização da função regulatória conformadora do mercado, que é adotada como mecanismo para implantação de políticas públicas. Nesse contexto, a licitação pode servir para a concretização de valores constitucionais protegidos, em que a proposta mais vantajosa não se atribui necessariamente à obtenção do menor preço. (GARCIA; RIBEIRO, 2012, p. 231-237).

Salienta-se ainda que a Administração Pública é responsável pela promoção socioambiental de suas compras. Licitações que levem à aquisição de serviços e produtos sustentáveis são importantes por preservarem o meio ambiente e por apresentarem uma melhor relação custo/benefício a determinado prazo quando comparadas às que se valem do critério de menor preço. Definem-se compras sustentáveis como:

Compras sustentáveis consistem naquelas em que se tomam atitudes para que o uso dos recursos materiais seja o mais eficiente possível. Isso envolve integrar os aspectos ambientais em todos os estágios do processo de compra, de evitar compras desnecessárias e identificar produtos mais sustentáveis que cumpram as especificações de uso requeridas. Logo, não se trata de priorizar produtos apenas devido a seu aspecto ambiental, mas sim considerar seriamente tal aspecto juntamente com os tradicionais critérios de especificações técnicas e preço (AGENDA AMBIENTAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2009, *online*).

Nesse sentido, observa-se um novo entendimento para a compra sustentável, na qual se prioriza a integração entre técnicas, preços e meio ambiente, que deve ocorrer de forma consciente, estimulando-se a compra de produtos na quantidade necessária a ser utilizada, evitando-se o desperdício de recursos e a redução de gastos com a compra de mercadorias em excesso. Dessa forma, busca-se preservar o meio ambiente com a diminuição dos recursos utilizados, redução dos danos causados e possibilidade de renovação dos recursos.

As licitações ou compras sustentáveis são definidas ainda como aquela cujo procedimento licitatório passa a exigir em seu edital normas que versem sobre o direito ambiental para a contratação de serviços, execução de obras ou aquisição de produtos, de modo a diminuir os impactos ambientais gerados por essas ações. Nesse tipo de licitação, além dos critérios estabelecidos para a seleção dos fornecedores por parte da Administração Pública, determinam-se critérios que priorizam produtos ou serviços que diminuam os impactos negativos ao meio ambiente (TORRES, 2012, p. 221).

Em todo o mundo, o governo, por meio do seu poder de aquisição e contratação, tem um papel fundamental na orientação dos agentes econômicos quanto aos padrões do sistema produtivo e do consumo de serviços e produtos ambientalmente sustentáveis (A3P, 2009, *online*). No Brasil, cerca de 10% do PIB do país é referente às compras realizadas pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados e Municípios, porém, se todo esse valor

fosse destinado às licitações sustentáveis, ocorreria um ganho considerável em termos de redução de impacto ambiental, o que geraria um aumento na demanda de bens e serviços mais sustentáveis, proporcionando maior incentivo à criação de empresas privadas sustentáveis, à busca por tecnologia, à redução de custo de produção (TORRES, 2012, p. 222-223).

Nota-se ainda que alguns entes federados, como a União, incentivam à utilização de critérios ambientais em suas licitações, tais como: os órgãos da Administração Pública federal direta, autarquias ou fundacionais, ficam proibidos de adquirir produtos ou equipamentos que contenham ou utilizem substâncias que destruam a camada de ozônio assegurado pelo Decreto Federal nº 2.783/98; e a obrigatoriedade da seleção dos resíduos recicláveis descartados pelas entidades e órgãos da Administração Pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e o seu envio a associações e cooperativas de recicladores de produtos reaproveitados, resguardado pelo Decreto Federal nº 5.940/06 (TORRES, 2012, p. 223).

O alcance da sustentabilidade acontece com a mudança da sociedade e, sobretudo, do Estado, devido à capacidade que este ente possui de promover e regulamentar a adoção de critérios ambientais no processo econômico, por intermédio do seu expressivo poder de compra. Nesse sentido, asseveram-se algumas considerações sobre o tema sustentabilidade, no âmbito das licitações públicas:

(...) o atual interesse de preservar o meio ambiente nas esferas nacional e internacional apresenta-se como consequência do processo evolutivo-histórico da relação homem natureza, no qual a apropriação dos recursos ambientais se expandiu do nível da subsistência para produção em massa em atendimento ao desenvolvimento econômico propugnado pelo sistema capitalista, afetando diretamente o equilíbrio ecológico do planeta terra (SOUZA, 2011, *online*).

Dessa forma, verifica-se que a degradação do meio ambiente foi ocasionada pelo uso descontrolado dos recursos naturais, não para atender às necessidades básicas do homem, mas para suprir a demanda do desenvolvimento econômico diretamente relacionado ao consumismo. Por isso,

tenta-se mobilizar a sociedade, as instituições e as organizações acerca da necessidade de um consumo sustentável que atenda às necessidades do meio ambiente e do desenvolvimento econômico, sem que ambos necessitem colidir.

Verifica-se assim que o desenvolvimento sustentável nacional passou a ser estimulado com a alteração ocorrida na Lei de Licitações, que fez referência expressa a este. Cabendo ao governo, por ser um comprador em potencial e por ter obrigação de licitar, estimular tal desenvolvimento, seja de forma direta, utilizando recursos recicláveis ou inserindo critérios sustentáveis ao procedimento licitatório ou de forma indireta, ao forçar os que com ele querem contratar a se enquadrarem para atender às necessidades pretendidas.

3. Fundamentos jurídicos

As licitações sustentáveis são elaboradas por meio dos contratos previstos em Lei. Contudo, não existe uma lei específica que regulamente tal procedimento, sendo este disciplinado por vários dispositivos legais esparsos entre as distintas Leis e na Constituição Federal de 1988, que servem para a sua aplicabilidade. Destaca-se o contido na Norma Suprema em seu art. 225 e incs. V, VI e VII, que estabelece:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para vida, qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, observa-se que a Carta Magna de 1988 foi a primeira Lei básica brasileira a trazer para a esfera constitucional a questão da preservação do meio ambiente, bem como estabelecer o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental e retratar alguns preceitos que demonstram de que forma o Estado deve atuar para garantir a aplicação desse direito fundamental (TORRES, 2012, p. 225-226).

A Constituição Federal aborda ainda, em seu art. 170, a ordem econômica e financeira fazendo menção ao princípio do meio ambiente, disposto no inc. VI que relata: “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços de seus processos de elaboração e prestação”. Demonstra-se que o direito ambiental é um direito fundamental de todos e que deve ser resguardado pelo Estado, que pode fazê-lo, estimulando o uso de tecnologias e processos de produção que gerem impactos menores ao meio ambiente, que preservem a fauna e flora etc; e ofertando um tratamento distinto aos produtos e serviços de acordo com o impacto ambiental que causem (TORRES, 2012, p. 227).

Assim como a Constituição Federal, outras leis abordam de forma sucinta o referido assunto, destacando-se a Lei nº 12.187/09, que regulamentou a Política Nacional sobre Mudança do Clima e dispõe em seu art. 5º, inc. XIII, alínea “b”, uma das diretrizes da política nacional: “é o estímulo e o apoio à manutenção e à promoção de padrões sustentáveis de produção de consumo”. E no art. 6º, inc. XII, estabelece como um dos instrumentos da referida política sobre a mudança do clima:

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos (DI PIETRO, 2013).

Percebe-se que existe uma preocupação cada vez maior em se conservar o meio ambiente e, para isso, tem-se estimulado o processo de desenvolvimento e tecnologia para a elaboração de projetos que preservem o clima. Por isso, o governo passou a intensificar, por meio de políticas público-privadas e do seu poder de contratação, através de licitações, a aquisição de produtos e serviços sustentáveis, que incentivem a utilização racional dos recursos naturais, reduzindo gastos desnecessários pelo uso de tais recursos. Salienta-se que essa proposta de desenvolvimento não está voltada ao crescimento econômico, mas sim à preservação do meio ambiente, não importando se para a preservação de tais recursos for necessário um investimento financeiro maior do que o empregado em outras contratações.

Destaca-se também a Lei nº 12.305/10, que trata sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que estabelece, no seu art. 7º, como objetivos, dentre outros: redução, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como destino final adequado dos dejetos; incentivo à utilização de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços; adoção e desenvolvimento de tecnologias limpas; e prioridade nas contratações e aquisições governamentais que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e sustentáveis (BRASIL, 2010). Asseverando-se que tais objetivos foram elaborados para dar uma destinação final, distinta da que ocorria anteriormente, aos resíduos sólidos, já que estimulam a reutilização, diminuem o descarte e, conseqüentemente, reduzem a degradação ambiental.

Verifica-se ainda a Lei nº 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente e dispõe, no art. 4º, seus objetivos, destacando-se: a compatibilização do sistema econômico-social com a proteção do sistema climático; o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo dos recursos naturais; o desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais direcionadas para o uso consciente

de recursos ambientais; a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, a divulgação de dados e informações ambientais e a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; e a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para manutenção do equilíbrio ecológico (BRASIL, 1981).

Assevera-se, a Lei nº 8.666/93, que regulamenta a licitação e sofreu uma importante alteração implementada pela Lei nº 12.349/10, que deu uma nova redação ao art. 3º, passando a instituir a promoção ao desenvolvimento nacional sustentável no qual o desenvolvimento sustentável permite à Administração Pública, de forma legítima, adotar critérios, como exigir a utilização de produtos sustentáveis na fabricação de um bem, para a determinação da proposta que será considerada mais vantajosa no procedimento licitatório. Nesse contexto, os critérios utilizados não são apenas os econômico-financeiros, mas também os critérios ambientais que estimulam o desenvolvimento sustentável (ALEXANDRINO, 2016, p. 647).

E, por fim, o Decreto nº 7.746, que regimenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e estabelece critérios e práticas de sustentabilidade, que devem ser justificadas nos autos e preservar o caráter competitivo do certame, para efetivação do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Ressaltando-se que as diretrizes estabelecidas no referido decreto acarretaram relevantes contribuições sobre a sustentabilidade na Administração Pública.

Nesse contexto, observa-se que ocorreu uma alteração na Lei nº 8.666/93 introduzida pela Lei nº 12.349/10, que inseriu ao texto legal a promoção ao desenvolvimento sustentável. Porém, não há uma Lei específica para abordar a licitação sustentável, existem vários dispositivos

legais esparsos entre as diversas leis e na própria Constituição Federal, que abordam o assunto de forma sucinta. Entretanto, se existisse uma Lei federal que tratasse sobre o procedimento licitatório especificando os requisitos necessários para sua aplicação, bem como as punições a serem empregadas, ocorreria uma maior efetividade da Lei. Dessa maneira, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro está sendo subutilizado.

4. A atuação do poder público

Em diversos países, os governos são detentores de grande poder aquisitivo e exercem considerável influência sobre as decisões empresariais e opiniões públicas, passando a estabelecer normas de observância obrigatória para a aplicação do desenvolvimento sustentável. Conseqüentemente, esses governos devem examinar as políticas de aquisição de suas agências e departamentos de modo a aperfeiçoar, sempre que possível, o aspecto ecológico de suas políticas de compras, sem prejuízo dos princípios do comércio internacional (SOUZA, *online*).

Além de incentivar o desenvolvimento sustentável, esses governos devem analisar os custos dos produtos sustentáveis levando em consideração não o valor imediato dos preços das mercadorias adquiridas, mas o custo total do processo (fabricação, consumo e destinação final) e os benefícios relacionados de forma indireta ao incentivo às práticas sustentáveis. Segundo Luciana Betiol, pesquisadora do Centro de Estudos em Sustentabilidade (GVCES) da Fundação Getúlio Vargas (FGV), os produtos não tóxicos exigem menos cuidado com o manuseio, armazenamento e destinação final ao oferecerem menos riscos aos usuários, além de não agredirem o meio ambiente. Salientando-se que, por não atingirem a economia de escala, os produtos sustentáveis têm preços mais elevados (BETIOL, 2009, p. 21).

A crescente preocupação com as causas ambientais fez com que os governos, em âmbito mundial, passassem a tomar medidas para sanar os

danos causados pela agressão ao meio ambiente. No Brasil, os entes públicos utilizam-se do seu poder de compra para estabelecer critérios a aplicação do desenvolvimento sustentável. Uma das medidas adotadas para incentivar as compras sustentáveis foi elaborada pelo Ministério do Meio Ambiente ao criar a Agenda Nacional da Administração Pública (A3P), que tem os seguintes objetivos:

Agencia Nacional da Administração Pública (A3P) tem como objetivo estimular os gestores públicos a incorporar princípios e critérios de gestão socioambiental em suas atividades rotineiras, levando à economia de recursos naturais e a redução de gastos institucionais por meio do uso racional de bens públicos, da gestão adequada dos resíduos, da licitação sustentável e da promoção da sensibilização, capacitação e qualidade de vida no meio ambiente do trabalho (BRASIL, 2009, p. 7).

Nota-se uma preocupação da Agência Nacional da Administração Pública em incentivar gestores públicos sobre o importante papel que passaram a ter na sociedade, qual seja estimular o desenvolvimento sustentável e para isso, os entes federados, por meio do seu poder de aquisição, obtêm produtos reutilizáveis e fornecem aos seus agentes cursos de capacitação que estimulam o uso racional dos produtos adquiridos e reduzem os gastos com produtos não sustentáveis. Dessa forma, possibilita o uso adequado dos recursos oriundos do meio ambiente, e consequentemente sua preservação.

Os gestores públicos, servidores, políticos e tomadores devem compreender que é função do Estado promover instrumentos econômicos que estimulem a elaboração de um novo modelo de economia baseada em produtos e serviços sustentáveis. Os editais que contêm critérios sustentáveis podem escolher produtos que, durante o processo de elaboração, sejam comprovadas ações e medidas adotadas para eficiência energética, uso racional da água, utilização de tecnologias limpas e de materiais provenientes de manejo sustentável, recicladas e reaproveitas etc (SILVA; BARKI, 2012, p. 162).

Outra política de incentivo ao desenvolvimento sustentável foi criada pelo governo federal que, através do Ministério de Planejamento, regulamentou a Instrução Normativa 01/2010, que estabelece os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Destacando-se como critérios a serem observados: utilização de tecnologias que reduzam o impacto ambiental, o uso de itens sustentáveis nas licitações e a divulgação na internet de contratos sustentáveis.

Assim como o governo federal, alguns estados, como o Ceará, elaboraram meios de estimular o desenvolvimento sustentável. De acordo com Maria Dias, secretária do Meio Ambiente, o Estado vem aplicando, quando possível, princípios de sustentabilidade para aquisição de bens e serviços em suas instituições, além de ter regulamentado o Decreto n° 31.723/15, que estabelece boas práticas de gestão e de uso de água e de energia elétrica nos órgãos e entidades da Administração Pública estadual, tendo como principal objetivo disseminar práticas que conduzam ao uso racional de tais recursos, e tendo como base a responsabilidade socioambiental na Administração Pública (BRASIL, 2015).

O Governo do Estado do Ceará sancionou ainda, em 20 de junho 2016, as referidas normas: a Lei n° 16.032, que estabelece a atual Política Estadual de Resíduos Sólidos e regulamenta os objetivos, princípios e instrumentos, assim como as diretrizes concernentes à gestão integrada e ao gerenciamento dos resíduos sólidos, e as responsabilidades do Poder Público e geradores; a Lei n° 16.033, que institui a Política Estadual de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, que dispõe sobre a Política de Reuso de Água não Potável no Âmbito do Estado do Ceará; e a Lei n° 16.035, que regimenta o Projeto de Irrigação da Minha Propriedade (REGO, *online*).

Já o Estado de São Paulo adotou como critério o Selo Socioambiental, que serve como base para determinar o que constitui um produto sustentável. Salienta-se que existe um padrão quanto ao uso e exigência de

certificações ambientais em licitações públicas, sendo recomendável esclarecer que um produto observe critérios estabelecidos por um determinado sistema sem exigir selo ou certificação privada. No momento em que um determinado órgão público, de qualquer esfera de governo, elabora um edital com critérios de sustentabilidade, demonstra o início de um novo paradigma nas compras públicas, já que adquirir produtos sustentáveis, atuando como um consumidor comum, e expõe ao mercado os tipos de produtos que utiliza (SILVA; BARKI, 2012, p. 162-163).

E no Rio de Janeiro, a Diretoria de Gestão do Jardim Botânico estabeleceu novas medidas, tais como: inserir nas compras públicas princípios de sustentabilidade. Na visão desta, as compras governamentais poderiam incentivar a ampliação de um mercado de produtos e serviços sustentáveis, já que uma grande parcela do PIB é referente a compras públicas. Logo, se os órgãos públicos comprassem de forma coletiva, por meio de compras compartilhadas sustentáveis, haveria um ganho expressivo na economia, com menor impacto ambiental e maiores benefícios sociais, o que vai ao encontro da perspectiva do desenvolvimento sustentável (SILVA; BARKI, 2012, p. 162-163).

Além da atuação dos governos estadual e federal, alguns órgãos incentivaram a sustentabilidade, como o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que elaborou o Guia de Contratações Sustentáveis, instituído pela Resolução CSJT 103/2012, que determinou a criação do Fórum Permanente e do Portal de Contratações Sustentáveis, bem como propôs acompanhamento de indicadores e metas, ações de capacitação e compras compartilhadas entre os órgãos da Justiça do Trabalho. No ano de 2014, foi lançada a segunda edição do referido Guia, que regulamenta as diretrizes, os critérios e as práticas de sustentabilidade na aquisição de bens, contratações de serviços, obras e serviços de engenharia e resíduos com logística reversa, bem como amplia o rol dos itens sustentáveis (CSJT, *online*).

O Superior Tribunal de Justiça também possui um Guia Prático de Licitações Sustentáveis, no qual são estabelecidos critérios de sustentabilidade, especificando-se os materiais para uso e os requisitos para contratações de serviços. Tendo como principal objetivo facilitar a interação entre a Coordenadoria de Compras e Contratos, a Comissão de Licitações Sustentáveis e as áreas gestoras nos processos de aquisição e contratação de serviços no STJ, em observância aos princípios estabelecidos na Lei de Licitações. Elaborado pela Comissão de Licitações Sustentáveis e alterada pela Portaria STJ/GDG n° 671, de 24 de junho de 2015, com vistas às boas práticas no processo de gestão de compras do STJ, em conformidade com Acordão TCU n° 2.831/2015 (STJ, *online*).

E, por fim, a Consultoria Geral da União, por meio do Núcleo Especializado de Sustentabilidade, Licitações e Contratos (NESLIC), também elaborou o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis, em abril de 2016, reforçando o comprometimento da CGU com a disseminação da temática socioambiental nas contratações públicas entre seus membros e nos órgãos públicos federais por ela assistidos em todo o Brasil, tendo como finalidade uniformizar e promover o assessoramento jurídico dos órgãos da Administração Pública federal, especialmente no que se refere às licitações sustentáveis – contratações públicas que observam os aspectos socioambientais dos bens, serviços e obras a serem contratados pela Administração Pública (CGU, *online*).

Ante o exposto, observa-se que o Poder Público desempenha um importante papel no incentivo ao desenvolvimento sustentável devido ao seu elevado poder aquisitivo. No Brasil, verificam-se várias medidas nesse sentido, como a criação de decretos, leis, instruções normativas, guias práticos, selos socioambientais e as compras compartilhadas sustentáveis entre órgão públicos, para reduzir os preços e diminuir o impacto ambiental. Todas estas medidas demonstram a preocupação dos gestores públicos, dos diversos níveis, sobre a necessidade de se implantarem medidas para sustentabilidade.

5. Custos e benefícios nas licitações

As licitações, em todos os Poderes, precisam incorporar as propostas critérios de sustentabilidade para analisar os custos e os benefícios ambientais, sociais e econômicos, ocasionados de forma direta ou indireta, e, posteriormente, demonstrar os resultados acarretados pelo procedimento licitatório. Dessa forma, é possível mensurar as reais vantagens para a Administração Pública relacionadas aos custos de curto prazo, ao menor preço e à sustentabilidade. É dever do Estado implementar políticas que estimulem as boas práticas sustentáveis e ofereçam igualdade de oportunidade. (FREITAS, 2016, p. 244).

Em relação ao preço dos produtos sustentáveis, muitos investidores acreditam que tais mercadorias possuem elevado valor, exigindo assim um maior investimento e tempo para a concretização do negócio, que o torna inviável, pois os benefícios são ínfimos. Para dissipar tal entendimento é necessário um procedimento licitatório que estabeleça critérios e soluções de compras sem custos adicionais, ocasionando um melhor custo-benefício nas licitações e contratações administrativas (BIDERMAN, 2006, p. 41-43), cuja proposta mais vantajosa é aquela que gera menor impacto negativo e ocasiona maiores vantagens nas esferas ambientais, sociais e econômicas (FREITAS, 2016, p. 249).

Os consumidores e produtores passaram a se preocupar com a sustentabilidade recentemente e, a partir desse momento, os produtos começaram a ser fabricados de acordo com os critérios ambientalmente sustentáveis que, por utilizarem novas tecnologias ao seu processo de elaboração, possuem um custo mais elevado em relação aos produtos convencionais. Porém, apesar do valor considerável, a economia gerada pela utilização dos materiais sustentáveis, muitas vezes, é maior que a ocasionada pelos produtos tradicionais. Dessa forma, a avaliação econômica analisa os gastos durante todo o seu ciclo de vida, que engloba das compras a disposição dos produtos, indo além da mensuração do preço de compra do objeto (BIDERMAN, 2006, p. 41-43).

Todos os custos empregados no ciclo de vida de um produto devem estar no preço final. Na esfera ambiental, normalmente, a mercadoria mais adequada é a mais barata e eficaz a longo prazo, mesmo que os gastos iniciais sejam maiores. Nesse sentido, tem-se como exemplo a crise energética que ocorreu no Brasil, em 2001, em que diversas medidas foram adotadas por edifícios públicos e privados para diminuir o consumo de energia, como a substituição de lâmpadas comuns por outras mais econômicas e eficientes de acordo com as necessidades pretendidas no momento. Dessa maneira, apesar do gasto inicial, o problema foi solucionado, proporcionando redução dos custos futuros (TORRES, 2012, p. 234-235).

Muitos órgãos públicos já têm o entendimento sobre a necessidade de considerar os custos do ciclo de vida dos produtos. Em relação à construção de edifícios públicos, estes devem obedecer aos critérios de sustentabilidade, no qual é obtida a certificação com ganhos operacionais e preservacionistas. Nesses casos, o valor inicial das obras é mais elevado, porém, a médio e longo prazo, os custos diretos e indiretos são reduzidos (FREITAS, 2016, p. 251). Nesse sentido, observa-se a iniciativa do Município de São Paulo, que vem implementando programas no setor da construção civil, que estabelecem requisitos de ecoeficiência nas compras e controlam o uso de madeiras nas obras públicas para evitar a exploração ilegal de madeira (BETIOL, 2009, p. 21).

Ainda em relação ao custo-benefício, tem-se que analisar também os custos externos, que não são incluídos no preço dos produtos, mas são associados à produção de bens que não seguem os parâmetros de sustentabilidade e a população (BIDERMAN, 2006, p. 41-43). Dessa forma, observa-se a medida adotada pelo Estado de Minas Gerais que publicou um edital de licitação sustentável para a compra de veículos exigindo como critérios para aquisição serem automóveis leves, econômicos, flex e com uma estrutura que reduza a emissão de gases poluentes, para diminuir os impactos no efeito estufa e aquecimento global, especialmente nos grandes centros urbanos (BETIOL, 2009, p. 21).

A crescente utilização dos produtos sustentáveis, em alguns setores, faz com que estes passem a ser produzidos em grande escala, acarretando a diminuição do preço. Com isso, passam a ser adquiridos por um valor equivalente as mercadorias tradicionais, mesmo ignorando a redução dos custos durante a sua utilização, como o caso dos produtos de tecnologia da informação (BIDERMAN, 2006, p. 41-43). Tem-se como modelo a iniciativa do Estado de São Paulo, que comprou dois mil computadores com o valor unitário de mil e duzentos reais. Equipamentos livres de chumbo, com componentes recicláveis e eficiência energética, garantindo aos consumidores mercadorias de qualidade, que diminuem a degradação ambiental (TORRES, 2012, p. 235).

Percebe-se com isso que o procedimento licitatório sustentável está diretamente relacionado ao custo-benefício, que deve ser observado durante toda a elaboração do produto. E embora inicialmente os produtos sustentáveis tenham um preço mais elevado, em médio prazo, passam a ser mais baratos, visto que diminuem gastos futuros e atendem às necessidades ambientais, sociais e econômicas. E na medida em que esses produtos passam a ser fabricados em grande escala, seus preços se tornam mais acessíveis e, conseqüentemente, mais bem utilizados. São estes os principais critérios que fazem os investidores aceitarem ou não participar do procedimento licitatório estabelecido pelos entes federados.

6. Considerações finais

O crescimento econômico atrelado à utilização dos recursos naturais feita de forma indiscriminada ocasionou danos irreparáveis ao meio ambiente, que, por não conseguir se regenerar, passou a produzir seus recursos de forma insuficiente às necessidades sociais, isto fez com que diversos países se reunissem para discutir meios de diminuir o impacto ambiental gerado pelo uso inadequado dos produtos naturais, surgindo,

então, o desenvolvimento sustentável, conceituado pelo Relatório Brundtland na Comissão Mundial do Meio Ambiente e adotado pelos países integrantes da Comunidade Internacional.

No Brasil, um dos critérios encontrados para impulsionar o desenvolvimento sustentável foi por meio do procedimento licitatório. Inicialmente, a Lei de Licitações não fazia referência à sustentabilidade, porém, após a alteração ao art. 3º, trazida pela Lei nº 12.349/10, passou a instituir o desenvolvimento nacional sustentável. A partir desse momento, os procedimentos licitatórios passam a instituir critérios ambientais de sustentabilidade, que devem ser observados pelos que pretendem contratar com os entes públicos, estimulando a reestruturação das empresas privadas para atender às necessidades do governo.

Os entes federados intensificam ainda o desenvolvimento sustentável por meio: da elaboração de leis, decretos e atos normativos; da criação de guias práticos de sustentabilidade; da celebração de acordos internacionais, em que os países participantes são obrigados a cumprir as metas estabelecidas para a promoção ao desenvolvimento sustentável; e da promoção de palestras e cursos ofertados aos servidores de órgãos públicos, cujo objetivo é conscientizar sobre a necessidade de realizar compras conscientes, utilizar produtos reutilizáveis e evitar o desperdício. Apesar de a Administração Pública brasileira estimular tal desenvolvimento, os produtos sustentáveis ainda são pouco utilizados, o que acarreta no uso dos produtos convencionais, e conseqüentemente nos danos ocasionados por estes.

Os principais motivos pelos quais alguns investidores são desfavoráveis ao desenvolvimento sustentável, eximindo-se de participar do procedimento licitatório, são os fatores custos e benefícios, nos quais os investimentos são maiores e os lucros menores. Porém esse entendimento não está pacificado, pois estes fatores devem ser analisados durante todo o ciclo de vida do produto. E apesar de no início do processo o produto ter valor elevado, em médio prazo, há um custo módico, visto que segue os critérios ambientais de sustentabilidade, reduzindo gastos posteriores,

preservando o meio ambiente e estimulando o desenvolvimento nacional sustentável.

Não existe uma Lei Federal específica para abordar o procedimento licitatório sustentável, sendo preciso recorrer aos diversos dispositivos legais presentes nas distintas leis, decretos e Constituição Federal, porém, por explanarem o assunto de maneira concisa, tornam-se ineficazes quanto a sua aplicabilidade. Dessa forma, observa-se que, caso existisse uma Lei própria que regulamentasse os critérios para sua aplicação com penalidades a serem empregadas, ocorreria uma maior efetividade da norma, visto que passaria a ser observada por todos e existiria um rigor maior aos que tentassem burlar a lei.

Por fim, registra-se que apesar das dificuldades existentes para impulsionar o desenvolvimento sustentável, a Administração Pública brasileira pode dispor de inúmeras alternativas para implantar o procedimento licitatório sustentável à realidade do país. Dessa forma, o presente trabalho busca ampliar o conhecimento acerca do assunto e disponibilizar a toda a comunidade jurídica e aos demais interessados, em especial aos que trabalham diretamente com licitações públicas, como gestores, membros da Comissão Permanente de Licitação, pregoeiros e fornecedores, uma análise acerca da licitação sustentável, apresentando um compêndio com os principais aspectos da sistemática.

Referências

Legislações

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 8.set. 2017.

_____. **Decreto nº 31.723, de 12 de maio de 2015**. Disponível em:
<http://www.sema.ce.gov.br/attachments/article/44410/Decreto%20boas%20opr%C3%A1ticas%20gest%C3%A3o%20e%20uso%20de%20%C3%A1gua%20e%20eletricidade.pdf>. Acesso em 13. set. 2017.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 08. set. 2017.

_____. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 9. set. 2017.

_____. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em: 9. set. 2017

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P).** Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>. Acesso em: 8. set. 2017.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Agenda 21.** Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Consultoria Geral da União. **Guia Nacional de Licitações Sustentáveis.** Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/400787>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Guia de Contratações Sustentáveis da Justiça do Trabalho.** Disponível em: < http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=750deb9-30cc-4ead-ao4c-6fcf316c9e8e&groupId=955023>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Guia Prático de Licitações Sustentáveis.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/socioambiental/GuiaPr%C3%A1tico_VERS%C3%83OFINAL_Licita%C3%A7%C3%B5esSustent%C3%A1veis_STJ.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Livros

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado**. 24. ed. São Paulo: Método, 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS, J. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos-Lei nº 8.666/1993**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Periódicos

ALENCASTRO, A. M. C; DA SILVA. E. V; et al. Contratações sustentáveis na administração pública brasileira: a experiência do Poder Executivo federal. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro. v.48, n.1, jan/fev, p.207-235, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/16072>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BETIOL, L. Licitações sustentáveis: o poder de compra do governo em prol da sustentabilidade. **Resista Construção Mercado**. São Paulo, v.62, n.90, jan, p. 21, 2009.

BIDERMAN, R; DE MACELO, L. S. V; et al. **Guia de compras públicas sustentáveis: Uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. Disponível em:< https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/arquivos.gvces.com.br/arquivos_gvces/arquivos/36/Guia-de-compras-publicas-sustentaveis.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRUNDTLAND. **O Nosso Futuro Comum**. Comissão sobre meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: FGV, 1991. Disponível em:< <https://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>>. Acesso em: 7 set. 2017.

BURSZTIN, M; DRUMMOND, J. A. **Desenvolvimento sustentável: uma ideia com linha-gem e legado**. Disponível em: < <http://www.academia.edu/3510980/>

Desenvolvimento_sustent%C3%Aavel_uma_id%C3%Agia_com_linhagem_e_legado>. Acesso em: 7 set. 2017.

GARCIA, F. A; RIBEIRO, L. C. Licitações Públicas Sustentáveis. **Revista de Direito Administrativo-RDA**. Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago, p. 231-254, 2012.

GITLI, E; MURILO, C. O futuro das negociações sobre Investimentos e Meio Ambiente. In: **Ministério do Meio Ambiente do Brasil – Secretaria de Políticas para o Desenvolvimento Sustentável. Comércio e Meio Ambiente – Uma agenda Positiva para o Desenvolvimento Sustentável**. Documento preparado para XIII Reunião do Fórum de Ministro do Meio Ambiente da América Latina e Caribe. Capítulo 3. Brasília: DF, p. 76-77, 2002.

REGO, T. Governador sanciona as políticas estaduais de resíduos sólidos e de águas. **O Estado**. Fortaleza: CE, jun, 2016. Disponível em: <<http://www.oestadoce.com.br/cadernos/oev/governador-sanciona-as-politicas-estaduais-de-residuos-solidos-e-de-aguas>>. Acesso em: 11. nov. 2017.

ROSSATO, J; BELLEN, H.M.V. Licitações sustentáveis: Um Levantamento das Iniciativas Adotadas na Administração Pública. In: **XXXV Encontro do ANPAD**. Rio de Janeiro: RJ, p. 1-15, 2011. Disponível em: < <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/ESO2131.pdf>>. Acesso em: 7. set. 2017.

SILVA, R. C. D; BARKI, T. V. P. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. **Revista do serviço público**. v. 63, n. 2, abr/jun, p. 156-175, 2012.

SOUZA, M. N. de. Licitação Sustentável: a administração pública em prol da sustentabilidade ambiental. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out, 2011. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=10603>. Acesso em: 8. set. 2017.

TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo legal. **Revista bimestral de direito público**, v. 14, n.71, jan/fev, p. 219-241, 2012.

É possível o uso de mecanismos negociais pelo ministério público no curso da ação civil pública de improbidade administrativa?

*Mariana Dionísio de Andrade*¹

Introdução

A pesquisa se debruça sobre dois problemas de pesquisa que se correlacionam. Existe coerência no fato de o Ministério Público ter a possibilidade de transacionar no inquérito civil, mas ser proibido de fazê-lo no curso da ação civil pública de improbidade administrativa? Seria possível aplicar à ação civil pública de improbidade administrativa os instrumentos negociais previstos na legislação e no *plea bargaining brasileiro*? Trata-se de questões que envolvem essencialmente o conflito de normas.

Com relação ao primeiro problema, verifica-se que a Lei da Ação Civil Pública (LACP) permite ao Ministério Público firmar termo de ajustamento de conduta na fase de investigação extrajudicial, mas a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) veda a utilização de semelhantes instrumentos para a tentativa de composição no curso do processo judicial.

¹ Advogada. Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Formação em Métodos de Pesquisa Quantitativa e Qualitativa pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Formação em *Leadership and Conflict Management* pela *Stanford University* (US/EUA). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), do Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7) e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Professora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora Líder do Grupo Pesquisa Empírica em Direito (CNPq/UFPE). E-mail: mariana.dioniso@unifor.br.

A segunda questão se refere à possibilidade de aplicação de instrumentos negociais previstos na legislação penal, Lei de Mediação, Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e no *plea bargaining* brasileiro ou *bargaining agrément* à ação civil pública de improbidade administrativa, considerando suas peculiaridades.

Trata-se de questões relevantes, tanto sob o ponto de vista teórico, na medida em que oferece contribuições à literatura sobre um tema ainda pouco explorado; quanto sob a perspectiva prática, sobretudo porque aborda questões fundamentais para o controle e fiscalização da burocracia administrativa, disponibilizando importantes informações sobre o fenômeno estudado.

Para responder aos problemas de pesquisa, decidimos pela abordagem sistemática das questões ínsitas ao tema, facilitando a leitura e as consequentes correlações.

O texto se divide em quatro tópicos. O primeiro, aborda a gestão pública e a improbidade administrativa, de forma conceitual, construindo a relação entre a burocracia administrativa e o dever de probidade. O segundo tópico apresenta a atuação do Ministério Público no cumprimento do dever de *accountability* da discricionariedade administrativa, com enfoque nos instrumentos judiciais e extrajudiciais adotados pela instituição. O terceiro tópico identifica quais são os instrumentos negociais previstos pela legislação brasileira e as hipóteses de utilização do *plea bargaining* ou *bargaining agreement*, mais reconhecido por seu uso na esfera da negociação penal. Finalmente, o quarto tópico aborda o problema que se apresenta quando o conflito entre normas incide, a partir de um levantamento teórico robusto sobre o tema e apresentação de suas principais consequências; em especial, a antinomia no uso dos instrumentos negociais.

O estudo é realizado a partir de uma revisão bibliográfica, que confere suporte teórico às análises realizadas. A abordagem é qualitativa, porque se propõe a compreender e interpretar determinados comportamentos, explorando suas possibilidades e comparando as situações levantadas pela literatura com a realidade dos acontecimentos.

O desenvolvimento do presente ensaio possui o intuito de obter não apenas o maior aproveitamento quanto ao assunto abordado, mas, principalmente, a produção científica de maior alcance e produtividade para o ambiente acadêmico, especialmente para as ciências jurídicas.

1. Burocracia, gestão pública e *accountability*

A burocracia weberiana é um sistema ordenado de mando e subordinação, por meio do qual os superiores controlariam os subordinados (WEBER, 2004). Os burocratas, assim, agiriam para realizar a vontade da lei, o que justificaria uma menor discricionariedade pelos subordinados. Desse modo, o modelo propunha o controle para evitar a corrupção e outras disfunções organizacionais. A implementação da estrutura administrativa baseada no modelo burocrático weberiano, entretanto, exigia elevados custos. Ao contrário do almejado, gerou crescente comportamento *rent-seeking*² e, conseqüentemente, mais corrupção (KRUEGER, 1974; ANECHIARICO; JACOBS, 1996). Surgem, então, os modelos pós-burocráticos de organização, destacando-se a nova gestão pública (*new public management*) e a governança pública (SECCHI, 2009).

A nova gestão pública é um modelo normativo surgido da crise do *welfare state*, isto é, a agenda neoliberal de Thatcher e Reagan de redução do papel do Estado e de alcance do equilíbrio fiscal. Por essa razão, a *new public management* propõe a eficiência, o controle dos resultados, a descentralização e a disciplina no uso dos recursos públicos (POLLITT, 2003).

Todavia, uma boa gestão pública não pode se encontrar deslocada dos objetivos democráticos. Daí a aplicação do modelo de governança (*governance*) como condição para um Estado eficiente, ou seja, trata-se da preocupação sobre como os recursos públicos são geridos (MELO, 1996).

Como se percebe, a crise do *welfare state* reacendeu a agenda liberal, o que impactou profundamente nas discussões a respeito do papel do Estado. A burocracia weberiana passou a ser questionada e novos modelos

² No contexto, o comportamento *rent-seeking* é entendido como busca por privilégios governamentais.

para a organização pública foram propostos. Enquanto a nova gestão pública expõe propostas para tornar o serviço público mais eficiente e menos dispendioso, a governança se preocupa sobre como as políticas públicas são conduzidas.

Segundo Marcus Melo (1996, p. 69), a finalidade de ambos os modelos reside justamente na capacidade das elites governamentais reduzirem o *rent-seeking* e promoverem a *accountability*:

Do ponto de vista político, *governance* implica também a capacidade das elites governamentais de resistência à captura por grupos de interesse (Frischtak, 1994) e a promoção da *accountability* (Przeworski, 1995; Diniz, 1995). Como assinala um documento do Banco Mundial, ‘a *accountability* está no centro da boa *governance* e se refere a tornar os governos responsáveis por suas ações’.

Ambos os modelos pós-burocráticos permanecem alinhados à perspectiva weberiana no que toca ao enfrentamento da corrupção e à necessidade do controle da atividade administrativa. Evoluem por definirem mecanismos de eficiência e controle dos gastos públicos. Como seria possível aferir a qualidade da governança sem um controle? É por isso que a *accountability*, embora apresente vários significados, é comumente entendida como meio de controle da atividade pública (O’DONNELL, 1998; MAINWARING, 2003). O objetivo do controle é impor a prestação de contas ao agente público (*answearability*) e responsabilizá-lo em caso de descumprimento de seus deveres (*enforcement*) (SCHEDLER, 1999).

O dever de *accountability*, como mecanismo de controle da atividade pública, se materializa como uma possibilidade de acesso ao desempenho da gestão pública por meio da prestação de contas, o que contribui com a transparência dos serviços prestados e com a responsividade ínsita da atuação gestora da burocracia administrativa. O conceito é polissêmico, e comporta uma série de classificações teóricas. Para o presente estudo, consideramos duas vertentes; a *accountability* vertical e horizontal.

Guillermo O’Donnell (2007) em seu texto *Acerca de varias accountabilitys y sus inter-relaciones*, se utiliza do conceito de *accountability* horizontal como a existência de agentes que possuem autoridade legal e

estão faticamente dispostos para empreender ações que vão desde o controle rotineiro da atividade pública até a aplicação de sanções legais em relação aos atos e omissões de outros agentes e agências do Estado. A *accountability* vertical, por sua vez, relaciona-se ao tradicional mecanismo das eleições, em que há um controle verticalizado das ações dos gestores públicos por meio do voto.

Nas novas poliarquias³ se verifica o surgimento de diversas organizações que exigem que os funcionários estatais respeitem as liberdades e garantias liberais básicas da população. Algumas organizações supervisionam as eleições e assumem diversas tarefas democráticas, como a educação da população e o exercício dos direitos políticos. Outras atuam como guardiãs republicanas da legalidade e conduta ética dos funcionários públicos. Essas tarefas democráticas, as garantias liberais e o aspecto republicano da legalidade representam sérios *déficits* para a *accountability* horizontal. (O'DONNELL, 2007).

O Ministério Público brasileiro é considerado uma agência de *accountability*, especialmente quando se leva em conta a possibilidade do controle do dever de probidade do gestor público, autorizada pela Lei de Improbidade Administrativa (LIA). A probidade administrativa expressa os valores que todos aqueles que se relacionam com o Poder Público não devem se afastar: a boa-fé e o respeito à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O agente público que se comporta de modo contrário a tais valores pode terminar por praticar atos ímprobos, daí o texto da Constituição da República de 1988 exigir a severa punição, mandamento inscrito na redação do §4º de seu art. 37, em que atos de improbidade “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário”. Tais possibilidades de punição, sem prejuízo da ação penal cabível, evidenciam o caráter eminentemente político-institucional da improbidade administrativa.

³ O termo poliarquia é uma tentativa de Robert Dahl (1997) descrever as diversas características que compõem uma verdadeira democracia.

A improbidade administrativa é prevista pela Lei nº 8.429/92 como ilícito cometido por agente público⁴ que, no exercício de suas funções, implique em má gestão administrativa da coisa pública, sem atenção aos princípios constitucionais fundamentais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme o disposto no art. 4º da referida lei. A legislação sobre o tema também realiza quatro distinções quanto aos tipos de conduta: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário, atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, atos que atentam contra os princípios da administração pública; o que torna explícito tanto o ato quanto seu valor.

Para Nelía Edna Miranda Batisti e Júlia Acioli Pimenta (2015), a improbidade administrativa se relaciona com o mau exercício da gestão pública e desrespeito à moralidade administrativa por agentes públicos e agentes políticos, ressaltando essa moralidade e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo. Segundo enfatizam as autoras, a probidade consiste no exercício de qualquer função pública sem que haja abuso de prerrogativas inerentes ao cargo público para conseguir vantagem ilícita.

De acordo com Hugo Nigro Mazzilli (2010), a moralidade administrativa não envolve interesses transindividuais, contemplando classes ou categorias de pessoas; mas sim, e de forma bem mais ampla, o interesse público primário, que implica no bem geral para a coletividade, sem distinções, estando inclusive o Ministério Público legitimado para a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa por meio da ação civil pública.

Para que seja possível perceber a dimensão dos danos causados pela improbidade administrativa no Brasil, seguem os quadros ilustrativos das

⁴ A Lei de Improbidade Administrativa esclarece, no início de suas disposições, o conceito de agente público, conforme texto do art. 2º: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”. Para Nelía Edna Miranda Batisti e Júlia Acioli Pimenta (2015, p. 124), “pode-se dizer que qualquer agente público que de alguma forma se relaciona com o Poder Público, gerindo recursos ou trabalhando com os interesses da Administração Pública, pode ser sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa”.

condenações exclusivamente por atos de improbidade administrativa, considerando-se apenas decisões com trânsito em julgado, e o valor do ressarcimento ao erário decorrente das referidas condenações.

A periodização, com marco inicial em 2008 e marco final em 2016, se justifica pela disposição dos dados, visto que os relatórios só passaram a unificar sua metodologia de coleta a partir de 2008 e que os dados referentes ao ano de 2017 ainda não foram consolidados. As informações são referentes às condenações no âmbito dos Tribunais Regionais Federais (1ª a 5ª Região), Tribunais Estaduais e Tribunais Superiores. A base dos dados foi construída a partir das informações disponibilizadas pelo Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade – CNCIAI, e acessíveis pelo portal do Conselho Nacional de Justiça em formato de relatório.

Quadro 1: Condenações por atos de improbidade administrativa (2008-2016)

Ano	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Tribunal Regional Federal	00	175	221	266	545	701	771	830	832
Tribunal Estadual	06	1.729	1.615	1.684	1.714	1.324	1.339	1.242	1.742
Tribunal Superior	00	00	00	00	00	00	00	00	00
TOTAL	06	1.904	1.836	1.950	2.259	2.025	2.110	2.072	2.574

Fonte: Elaboração própria, com base nas informações disponibilizadas pelo Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade – CNCIAI (CNJ, 2017, *on line*).

A partir das informações dispostas no quadro 1, verifica-se a inexistência de condenações com trânsito em julgado na esfera dos Tribunais Superiores, o que demonstra duas possibilidades: a primeira, é que há um teor político nas decisões forte o suficiente para justificar arquivamentos, a não configuração do delito ou a não comprovação da presença de dolo e má-fé. A segunda, que o excesso de recursos atrasa o curso dos processos, em um nível perigoso para a credibilidade da norma.

Cumprir destacar que os relatórios consolidados do Conselho Nacional de Justiça não contabilizam o número de proposições de ação civil pública por improbidade administrativa, o que inviabiliza a percepção

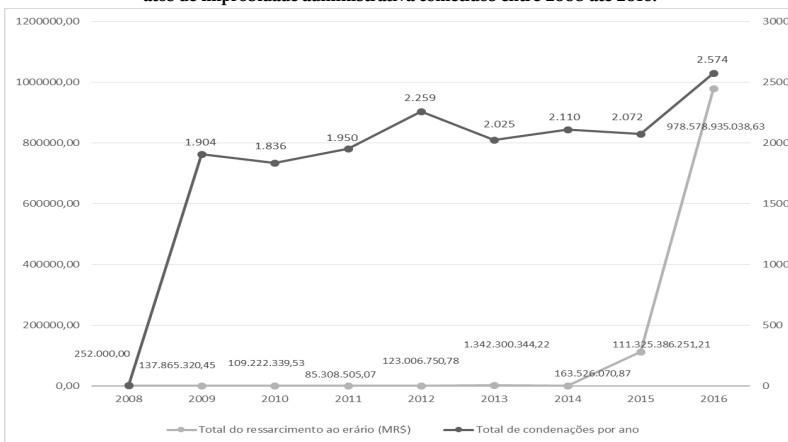
quanto à correlação entre demandas propostas e o número de condenações, o que permitiria uma análise sobre a eficiência. Os relatórios também não identificam o teor das decisões e o tipo de punição recebida pelos condenados em cada ação, o que obstaculiza a verificação quanto ao fundamento das decisões e necessária observação quanto aos ilícitos mais recorrentes.

Quadro 2: Ressarcimento integral dos valores referentes às condenações processuais por atos de improbidade administrativa (2008-2016)

Ano	2008	2009	2010
Valor total do ressarcimento ao erário (valor em R\$)	252.000,00	137.865.320,45	109.222.339,53
Ano	2011	2012	2013
Valor total do ressarcimento ao erário (valor em R\$)	85.308.505,07	123.006.750,78	1.342.300.344,22
Ano	2014	2015	2016
Valor total do ressarcimento ao erário (valor em R\$)	163.526.070,87	111.325.386.251,21	978.578.935.038,63

Fonte: Elaboração própria, com base nas informações disponibilizadas pelo Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade – CNCIAI (CNJ, 2017, *on line*).

Gráfico 1: Resumo do cruzamento dos dados referentes às condenações e valores ressarcidos ao erário por atos de improbidade administrativa cometidos entre 2008 até 2016.



Fonte: Elaboração própria.

A partir dos dados coletados, é possível perceber que os valores ressarcidos em importância financeira nem sempre são compatíveis com a

quantidade de condenações. Verifica-se também que o número de condenações é crescente entre 2008 e 2012, sofrendo leve queda entre 2012 e 2015 e subindo vertiginosamente em 2016, representando significativo avanço no valor ressarcido ao erário no período.

Não podemos assinalar que o maior número de condenações é correspondente ao número de propositura de ações civis públicas, visto que a constatação depende de outras variáveis e que tal informação não é fornecida pelo relatório pesquisado. O número de condenações, por si, também não permite a análise sobre o tipo de condenação (suspensão dos direitos políticos, inelegibilidade, perda da função pública, indisponibilidade dos bens ou ressarcimento ao erário). Todavia, o maior número de condenações reflete o crescimento da judicialização da improbidade administrativa, trazendo a impressão de aumento de *accountability*, mas não a confirmação.

Cumpre destacar, ainda, que os valores ressarcidos ao erário poderiam ser devolvidos mediante transações entre o Ministério Público e os gestores, agilizando a devolução de bens desviados que seriam próprios da coletividade e otimizando procedimentos para afastar a necessidade e os prejuízos decorrentes de uma marcha processual lenta.

2. Ministério público e instrumentos de controle da probidade administrativa

Diante de um ato supostamente ímprobo, a Lei da Ação Civil Pública (LACP) e a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) conferem as seguintes prerrogativas aos membros do Ministério Público: instaurar procedimento de investigação, firmar termo de ajustamento de conduta ou propor a ação civil pública de improbidade administrativa.

O artigo 17, §1º da Lei nº 8.429/1992, entretanto, faz a ressalva de que “é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”, referindo-se à impossibilidade de utilização de instrumentos negociais pelo Ministério Público em ação civil pública de improbidade

administrativa, com base no princípio da indisponibilidade do interesse público. Sobre o tema, segue a opinião de Teori Zavascki (1992, p. 154):

A impossibilidade de celebrar transação não impede, entretanto, que o Ministério Público, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ajuste com o réu o modo de dar atendimento à prestação exigida, inclusive para o efeito de admitir a substituição da execução específica por outras providências que levem a resultado equivalente. Aqui não haveria nem, concessão nem transigência alguma em relação ao direito em si mesmo, vale dizer, não haveria transação. Ademais, a lei, hoje, faculta ao juiz determinar, no lugar da prestação específica, providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. Ora se a tanto pode chegar a sentença, não há como deixar de reconhecer às partes a faculdade de elas próprias levarem ao juiz a proposta consensual, a ser homologada, com conteúdo e nos limites em que pode se dar o provimento sentencial.

Destaque-se, todavia, que a ideia de limitar a atuação do Ministério Público, especialmente no que diz respeito às demandas que preservam o interesse público e sobre as quais o *Parquet* possui o dever institucional de atuar, segue na contramão da tendência não adversarial que tem se apresentado no sistema jurídico brasileiro, além de confrontar a legislação nacional que confere possibilidades de adoção de instrumentos negociais.

Qual a melhor solução? Ingressar com uma ação civil pública imediatamente, ou tentar resolver o conflito extrajudicialmente? Como será visto adiante, uma simples recomendação ou mesmo um termo de ajustamento de conduta resolveria muitas situações, dispensando-se, assim, a burocracia judicial e os ônus dela decorrentes. Afinal, nem todo ato de improbidade administrativa significa ato de corrupção.

A escolha pela solução interna, que ocorre por meio de uma negociação entre o promotor de justiça ou procurador da república e o causador do dano revela uma postura resolutiva da instituição, eis que utilizou expedientes extrajudiciais para interferir na gestão municipal.

Uma corrente de pensamento que propõe um novo Ministério Público encontra-se em formação, e é fomentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), justifica a assunção de uma postura resolutiva

pelos membros da Instituição (GOULART, 2013; WANIS, 2015; GAVRONSKI e ALMEIDA, 2015).

A mediação dos conflitos dentro dos gabinetes ministeriais, a convocação de audiências públicas para discussão dos problemas que afetam a comunidade e a propositura de ações judiciais somente após a tentativa exaustiva de soluções desses problemas revelam-se como exemplos de comportamento resolutivo.

De fato, ao fomentar a utilização de expedientes extrajudiciais e mediar os conflitos existentes entre gestor público e sociedade, decorrentes de falhas do serviço público, os membros do Ministério Público tornar-se-iam verdadeiros atores políticos dentro da República brasileira (SADEK, 2009; CARVALHO; LEITÃO, 2010).

Verifica-se, pois, que o controle da atividade administrativa pelo Ministério Público desdobra-se em duas atividades distintas: extrajudicial, por meio de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) e Recomendações no âmbito de procedimentos de investigação internos; e judicial, por meio da propositura de uma ação civil pública de improbidade administrativa.

O CNMP fomenta que as atividades dos promotores e procuradores se concentrem na atividade extrajudicial, privilegiando-se o papel de mediador dos conflitos, evitando-se, assim, a judicialização dos problemas da coletividade. É o chamado perfil resolutivo.

Logo, a propositura de uma ação de improbidade administrativa se dará caso o resultado dos procedimentos internos não resultem na solução extrajudicial do problema, isto é, a Recomendação ou o Termo de Ajustamento de Conduta não forem frutíferos.

Há, basicamente, três expedientes investigativos internos: procedimento administrativo, procedimento investigativo e inquérito civil. Quando o Ministério Público tomar ciência de fato que aparentemente seja irregular, deverá abrir o chamado procedimento administrativo.

Ciente de um possível fato de improbidade, abre-se o procedimento administrativo ou investigativo. À medida que forem colhidos elementos

hábeis à maior identificação da improbidade, o promotor ou procurador poderá convertê-los, posteriormente, em inquérito civil.

Em qualquer um desses procedimentos, o representante ministerial envidará esforços para solucionar o conflito coletivo, utilizando-se, para tal finalidade, da Recomendação e do TAC. Se, ao final do procedimento ou inquérito civil, nenhuma irregularidade for constatada, haverá a promoção de arquivamento.

Todavia, caso o promotor ou procurador tenha expedido uma Recomendação ou mesmo um TAC, porém o gestor público não os observe, então restará ao Ministério Público ingressar com a ação civil pública de improbidade administrativa.

A Recomendação tem natureza de ato administrativo e se presta a apontar uma anomalia e convencer o agente a corrigi-la (WANIS, 2015), assumindo a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo. Todavia, ela não possui caráter vinculante, isto é, se não for atendida pelo destinatário não haverá multa ou outras sanções a serem cobradas pelo Ministério Público. Trata-se de um aviso ao gestor público. Logo, uma vez recebida a Recomendação, ele se torna ciente de um problema que precisa ser resolvido.

Por sua vez, o Termo de Ajustamento de Conduta representa o resultado da negociação entre o Ministério Público e o investigado, por meio do qual se estabelecem obrigações, condições e prazos. O TAC tem natureza de título executivo, isto é, caso o agente ímprobo não cumpra os compromissos assumidas, o Ministério Público poderá exigir o cumprimento judicialmente.

3. Instrumentos negociais e a vedação prevista pela lei de improbidade administrativa

O processo civil brasileiro, como tradução de princípios axiológicos consagrados pelo sistema jurídico e social para o plano jurídico, se estabelece como uma relação extremamente dinâmica entre o direito e os fatos sociais, razão pela qual os modelos hoje utilizados devem ser analisados

em conformidade com as necessidades do jurisdicionado e de acordo com a finalidade do processo.

Uma das necessidades mais evidentes no sistema jurídico brasileiro, sem dúvida, recai sobre a distância entre a pretensão e a efetiva realização do direito, o que, no caso da burocracia pública, se converte na distância entre a responsividade do gestor público e o alcance da *accountability*, que determina sua eficiência ante os casos em que se verifica a conduta im-proba.

Para reduzir tal distância, não é concebível a utilização de mecanismos limitados de *accountability*, dada a pluralidade de possibilidades oferecidas pela legislação brasileira, mas obstaculizadas pela Lei de Improbidade Administrativa, que enuncia, no texto do §1º do art. 17, a vedação à transação, acordo ou conciliação nas ações no processo judicial para apurar a prática de ato de improbidade.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), a citada vedação se justifica pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Tal princípio pode ser compreendido como a reunião de interesses da coletividade, que não estão à livre disposição justamente por serem inapropriáveis, inclusive para a Administração Pública; o que significa dizer que não compete à burocracia administrativa a possibilidade de negociá-los.

É fato que a edição da Medida Provisória nº 703/2015 tentou a revogação expressa do dispositivo da Lei 8.429/92. Entretanto, como não foi recepcionada pelo Senado Federal, teve seu prazo de vigência encerrado em maio do mesmo ano, retornando a norma ao *status quo ante*.

A partir do momento em que a referida Medida Provisória não foi convertida em lei, foi suprimida qualquer possibilidade de realização de acordo, transação ou conciliação nas ações de improbidade, o que alberga os acordos de leniência.

A partir da referida vedação legal, é urgente trazer à reflexão a existência de um fosso de contrassenso entre o disposto na citada legislação e os demais dispositivos legais que tratam sobre ferramentas consensuais e

negociais para a administração de conflitos, que se apresentam como uma forte tendência seguida pelo Poder Judiciário brasileiro.

Ora, a utilização de mecanismos de transação, acordo ou conciliação pelo Ministério Público não traria a aplicação imediata de algumas das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, tornando desnecessária a propositura de ação civil pública? Essa possibilidade não seria hábil para afastar a necessidade pelo peticionamento e notável acúmulo de ações desse jaez?

Precisamos questionar, inclusive, a proporcionalidade dessa vedação, porquanto não considera o potencial ofensivo da conduta, se maior, ou menor. Adiantamos aqui que não concordamos com a ideia de que há ilícitos administrativos que possam, pela insignificância, ser automaticamente lenidos. Pelo contrário. Apenas ressaltamos a urgência de uma análise proporcional, verificando a dimensão do delito para, apenas assim, definir critérios para a possibilidade de transação ou não.

Será que toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade? Por óbvio que não. Há administradores hábeis, há administradores inábeis. A jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça qualifica como administrador ímprobo aquele que atua com dolo específico e uso de má-fé, o que suporta a ideia pela categorização da dimensão na extensão do dano pela legislação, não apenas pela jurisprudência. A propósito, vejamos a ementa abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE. OFENSA DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. REVISÃO DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública por ato de improbidade ajuizada pela União, ante a realização de procedimento licitatório para aquisição de unidade móvel de saúde para a Prefeitura de Joinville/SC. 2. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 3. Assim, para a correta

fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014. 4. No particular caso dos autos, não é possível extrair do acórdão recorrido qualquer referência - ainda que indireta - à presença desse elemento subjetivo. A decisão recorrida está em conformidade com precedentes do STJ no sentido de não sujeitar meras irregularidades às sanções da Lei 8.429/92. 5. Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 6. Agravo Interno não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 922.590/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 18 de abril de 2017).

Atualmente, o membro do Ministério Público só possui a oportunidade de firmar acordos no bojo do inquérito civil, por meio dos Termos de Ajustamento de Conduta, o que é útil, mas não suficiente. Se na seara do Direito Penal, concebido como *ultima ratio*, há admissão pela conciliação e pela transação, como conceber a vedação prevista pela LIA no contexto de um sistema jurídico uno? Não percebemos motivos jurídicos válidos para a vedação à negociação em ação civil pública de improbidade administrativa.

3.1 Instrumentos negociais e a previsão normativa

Partimos do pressuposto que o Direito é um sistema integrado de normas, que devem ser editadas de forma coesa, garantindo a coerência de todo o ordenamento jurídico.

O Código de Processo Penal de 1941, como *ultima ratio* do Estado para coibir a conduta ilícita e que deve ser suscitado apenas quando não

for possível a aplicação da legislação civil, administrativa ou tributária, prevê a possibilidade de conciliação como mecanismo negocial para as ações penais de iniciativa privada:

Art. 520. Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.

Art. 521. Se depois de ouvir o querelante e o querelado, o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença.

Art. 522. No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada.

A Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, também estabelece possibilidade de utilização de instrumentos negociais, quando verificados crimes cometidos por pessoa jurídica, a exemplo de empresas contratadas pela burocracia pública:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

[...]

2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

[...]

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

O mesmo entendimento é seguido pela Lei nº 12.850/2013, quando admite a colaboração premiada por meio de negociações entre o investigado, seu defensor e o Ministério Público, conforme segue:

Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

[...]

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

Na esfera civil não é diferente. O Código de Processo Civil de 2015, comporta uma série de artigos que evidenciam uma forte tendência de condução dos processos com base em técnicas não adversariais ou por meio de instrumentos negociais, muitas vezes recepcionados como uma materialização do princípio da cooperação, como mecanismos para atingir o consenso e reduzir a demora da marcha processual, ou como realização do princípio da economia processual.

Logo na primeira parte, a legislação processual civil informa a opção primeva pela condução não adversarial, conforme o que segue:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

No art. 10, por exemplo, é determinado que o juiz não pode decidir, mesmo que ex officio, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar, evidenciando-se o cuidado com o princípio do contraditório. Trata-se de um poder limitado pela necessária oitiva e pronunciamento das partes sobre questões relevantes do processo, justamente para que se materialize o contraditório e para que se oportunize a manifestação das partes e eventual acordo.

O art. 165 prevê a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos para a realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, na tentativa de estimular a autocomposição.

O art. 166 estabelece, em seu § 3º, ser admissível a “aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”, assim como o art. 174 expande a ideia da não litigiosidade para os demais entes federativos, inclusive para dirimir conflitos que envolvam a administração pública, conforme o que segue:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O art. 191 preconiza que “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”. Resta claro que a relação de integração entre partes, magistrados e advogados se estabelece em prol da boa marcha processual, conferindo autonomia e liberdade para as peculiaridades de cada caso concreto. Não

se trata de uma novidade, porque em muitos juízos já se afirmava a possibilidade de autorregulação pelas partes e pelo julgador, em um ajuste informal. A diferença é que, por meio da referida norma, regulamenta-se uma situação já existente em benefício da efetividade.

O art. 357 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que, em causas que apresentam complexidade em matéria de fato ou de direito, deve o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, conferindo às mesmas a oportunidade de esclarecer elementos importantes sobre a controvérsia e aduzir argumentos relevantes; reduzindo assim a distância entre julgador e jurisdicionado.

O art. 359 determina que, “instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”.

Ainda no contexto da aplicação de instrumentos negociais e tentativas de transação, é necessário destacar a Lei nº 13.140/15, que também evidencia a iniciativa da composição consensual de conflitos, inclusive no que se refere aos direitos indisponíveis, conforme se verifica pelo § 2º do art. 3º: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

Sobre os conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações, importa salientar:

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

- I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou
- II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 10 Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

[...]

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

[...]

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Ou seja, a previsão pela adoção de instrumentos negociais também engloba entes federativos, Administração Pública e casos que envolvam improbidade administrativa. Aqui, há um aspecto de grande importância: se o § 4º do art. 36 determina que uma ação de improbidade administrativa precisa de autorização judicial para a realização de conciliação, e considerando que uma ação civil pública de improbidade administrativa pode a ela estar conexa, então o juiz da primeira ação dependeria da outorga do magistrado da outra ação? Há um flagrante caso de gravame à independência do juiz e incoerência normativa para a matéria.

3.2 *Plea bargaining* brasileiro

O *plea bargaining* ou *plea bargaining agreement*, descende do sistema de *common law* de tradição jurídica anglo-axônica e, como o próprio nome sugere, consiste em um acordo no qual o acusado se declara culpado ou

oferece importantes informações sobre os autores do delito em troca de uma barganha específica: atenuar as acusações que pesam sobre ele e reduzir a pena.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2007, *on line*) essa possibilidade de barganha ou negociação não se aplicaria no sistema jurídico brasileiro visto que “o criminoso não olha o Código Penal antes do crime. Ele não considera a relação custo e benefício”.

Se por um lado o *plea bargaining* admite a confissão ou não pelo acusado; o ordenamento jurídico nacional utiliza como imperativo a busca pela verdade material, impondo a investigação independente da capacidade de negociação do possível delator. A oportunidade de negociação no *plea bargaining* é proposta pelo acusado, enquanto no sistema brasileiro, tal proposta é feita pelo Ministério Público e/ou pelo delegado de polícia.

Tal instituto pode evidenciar dois aspectos negativos: o primeiro; a disparidade de armas, ou seja; a falta de equilíbrio na relação entre as duas partes do acordo, acusado e acusador, no momento em que os termos são celebrados. O segundo; uma possível frustração das expectativas das vítimas do delito cometido, porque não participam do processo de construção dos termos do acordo e desconhecem seu possível resultado. (CHEMERINSKY, LEVENSON, 2013).

Entretanto, a despeito de tais possibilidades e buscando sempre em defesa do estado de estrita legalidade, entende-se que a ideia poderia ser vista como positiva no cenário de corrupção política verificado pela Operação Lava-Jato, uma vez que o acordo poderia ser proposto quando do recebimento da denúncia pelo juiz, sem olvidar o direito à defesa preliminar e, por óbvio, a manifestação com parecer do Ministério Público. Seria uma espécie de acordo presidido pelo juiz (a participação do juiz não se limitaria às audiências e à homologação), acompanhado pelos advogados (garantindo assim o pleno contraditório) e pelo Ministério Público como representante da sociedade.

No âmbito da burocracia pública, quando confirmados ilícitos cuja punição recairia na ordem penal, seria de extrema utilidade a adoção do

instituto, uma vez que, presente a possibilidade do acordo com o Ministério Público durante o curso da ação, seria possível reduzir os custos e o tempo gasto na marcha processual.

Para delitos econômicos cometidos na esfera política, por exemplo, o acusado que desviou dinheiro ou que onerou os cofres públicos com gastos de campanha não justificados, implicando em uma das condutas mais graves relacionadas à improbidade administrativa, restituiria o dinheiro ao Estado e fecharia acordo para redução de pena.

Como aspectos positivos, o *plea bargaining* tende a gerar maior celeridade aos julgamentos (uma vez que há admissão de proposta de acordo realizada espontaneamente pelo acusado), economia de recursos, as informações cedidas sobre os coautores podem servir em outras instruções (especialmente em esquemas que envolvem partidos e coligações políticas), além da reparação material pela devolução dos valores subtraídos.

4. O problema da antinomia

O exercício de interpretar a norma jurídica e seu alcance não pode ser considerado como atividade abstrata, na medida em que tal ação está acompanhada das circunstâncias concretas apresentadas pelo fenômeno jurídico analisado. A atividade interpretativa é, portanto, um raciocínio sobre o caso concreto, sobre as circunstâncias de fato que se relacionam com a norma e que precisam de análise não isolada.

O fenômeno jurídico é composto por um exercício dialético contínuo, sobretudo porque a norma resulta da relação entre o fato e o valor, em que a medida do valor, conferida pela dimensão do fato, transporta-se integralmente para a norma. Trata-se de uma relação que também envolve a utilidade do fato e a necessidade por sua regulamentação jurídica por meio da edição de uma norma. (VASCONCELOS, 2002).

O ordenamento jurídico, construído a partir de normas legais editadas em momentos e contextos distintos, por diferentes fontes legislativas,

possui características fundamentais para sua estabilidade; a unidade, a coerência e a completude.

Tais propriedades tentam conferir integralidade ao sistema jurídico, produzindo um escalonamento das regras, posicionadas em forma de pirâmide à medida de sua importância, em que cada uma é fundamentada pela norma que lhe seja hierarquicamente superior, de maneira que a norma hipotética fundamental confere validade, unidade e coerência às demais. (BOBBIO, 2003; KELSEN, 2009).

Para Hans Kelsen (2009), a norma fundamental consiste na fonte comum de validade de todas as demais normas presentes no ordenamento, enquanto as normas básicas são a simples forma, capaz de receber qualquer conteúdo, de forma mais dinâmica.

A coesão entre as normas é um dos elementos fundamentais para segurança e unidade do ordenamento jurídico (tanto pelo aspecto político-simbólico quanto pelo aspecto jurídico), resultando no raciocínio de que o conflito entre normas não é tema a se relevar, tanto pela falta de coesão que pode vir a gerar, quanto pela possível afronta à eficácia. Quando não há coesão, é possível se falar em antinomia, ou conflito de normas. Sobre o conceito de antinomia jurídica, cumpre destacar:

Podemos definir, portanto, a antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado. (FERRAZ JR. 2003, p. 212).

A vigência simultânea de normas cujos textos são contraditórios constitui um risco para a coerência do ordenamento jurídico, e cabe ao intérprete constatar a existência da incongruência e o alcance de suas consequências para o direito material.

Constatada a incongruência, há dois arranjos possíveis para o conflito aparente de normas verificado durante o processo de interpretação: a integração ao ordenamento jurídico a partir da análise hermenêutica do

jugador, ou a exclusão de um dos textos legais colidentes, que pode seguir o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), que ocorre pela revogação da norma anterior e consequente recepção de norma jurídica atual ou mais recente⁵; o critério da especificidade quanto à matéria (*lex specialis derogat generalis*), em que uma lei específica prevalece sobre a geral, evitando-se o *bis in idem*⁶; ou o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), no qual será conferida superioridade à norma fundamental, em relação às demais. (FERRAZ JR., 2003).

Para Hans Kelsen (2009), caracteriza-se a antinomia, ou conflito aparente de normas, quando uma delas determina uma conduta, enquanto a outra estabelece conduta diametralmente oposta, gerando incompatibilidade entre ambas.

Além do conflito aparente de normas, reconhecido pela literatura jurídica como antinomia aparente de normas (BOBBIO, 2003; FERRAZ JR., 2003; VASCONCELOS, 2006; KELSEN, 2009; CARVALHO, 2009; BONAVIDES, 2016), há ainda a chamada antinomia real, que se distingue pela forma de interpretação.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003), a distinção entre antinomias reais e aparentes se funda em critérios normativos positivos para sua solução. Para o autor, a antinomia real acontece quando a posição do sujeito é insustentável, dada a inexistência de critérios para sua solução, ou porque entre os critérios existentes há conflito. Se duas normas de mesmo nível e extensão são promulgadas ao mesmo tempo, configuram antinomia real. A antinomia aparente, por seu turno, ocorre caso haja critérios normativos capazes de solucionar o conflito.

Já para Arnaldo Vasconcelos (2002), enquanto a análise da antinomia aparente depende da exegese com base nos critérios da especificidade, cronologia e hierarquia; a antinomia real utiliza como

⁵ A partir do sustentáculo conferido pelo art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em que: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

⁶ O critério se sustenta no teor do art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em que: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

base de análise critérios como a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito⁷.

O critério da analogia exige a comparação entre normas e entre os fatos ensejadores de sua aplicação, e se funda no princípio geral de que se deve dar tratamento igual aos casos semelhantes, cuja identidade é demonstrada sob o aspecto dos efeitos jurídicos. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003), caso o intérprete verifique a inexistência de norma reguladora para aquele caso específico e identifique significativas coincidências, aplicará a norma do outro caso, preenchendo a lacuna.

Segundo Arnaldo Vasconcelos (2002), os costumes defendidos pela doutrina de Friedrich Carl von Savigny são um recurso utilizado, apenas, quando esgotadas todas as potencialidades da lei, inclusive a utilização da analogia. Enquanto há possibilidade de extrair do texto legal o preceito jurídico, afasta-se a necessidade de invocar a norma consuetudinária.

Cumpre destacar, que “não se há, pois, de confrontar lei com costume, como coisas que por natureza se opõem. Pelo contrário. Consoante a doutrina aristotélico-tomista, geralmente invocada, a lei nada mais seria que a forma escrita do costume, assim imposta pela racionalização a que conduz o processo civilizatório” (VASCONCELOS, 2002, p. 193).

De acordo com Norberto Bobbio (2003) e Robert Alexy (2012), utilizar princípios como elementos fundantes de um novo modelo de organização processual implica em considerá-los como normas fundamentais, abrangentes e mais gerais, com análise da dimensão e força normativa a partir da observação de cada caso concreto.

No caso em análise, constata-se a antinomia real, na medida em que princípios, como normas fundamentais, são afetados. Quando se veda a utilização de instrumentos como acordo, transação ou conciliação, todos típicos das técnicas não adversariais como tentativa mais célere e menos desgastante de composição dos litígios, afastam-se, por exemplo, a razoável duração do processo e a economia processual.

⁷ Tais critérios são previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”.

Percebe-se, ainda, a distinção entre a antinomia e a mera contradição. Duas normas podem contradizer-se, mas só é possível falar em antinomia quando essa contradição é acompanhada por outros fatores: uso de procedimentos injustificadamente diversos da previsão legal para casos semelhantes; opção por regras não equivalentes à relação entre direito e moral; existência de contradições nas instruções dadas ao comportamento do receptor; normas emanadas contraditoriamente em um mesmo contexto; ou normas que expressam ordens para o mesmo sujeito, para as mesmas circunstâncias jurídicas, mas que preveem vedações que tornam a norma não aplicável simultaneamente aos mesmos casos. (FERRAZ JR., 2003).

Partimos do pressuposto que o sistema jurídico deve ser coerente e consistente, evitando-se a existência de conflito entre normas.

Entretanto, ao tratar da vedação presente na LIA ao uso de instrumentos negociais pelo Ministério Público, e sua previsão legal em outros dispositivos legais, já tratados no tópico anterior, resta evidente a existência de uma antinomia, sobretudo porque afeta a discricionariedade do *Parquet* na utilização de mecanismos consensuais, além de demonstrar que a burocracia administrativa segue padrões legislativos que não se coadunam com a tendência processual brasileira, seja no âmbito civil, penal ou administrativo; o que evidencia uma antinomia não apenas semântica, mas eminentemente jurídica.

Portanto, se há incoerência entre o disposto na Lei de Improbidade Administrativa e demais legislações no tocante ao uso de instrumentos negociais, que poderiam ser utilizados de maneira a reduzir o tempo do processo, promover a economia processual e atingir a eficiência da gestão pública pela agilidade da *accountability*; resta a constatação de que há antinomia real, que pode vir a causar insegurança jurídica e, principalmente, incoerência no sistema jurídico brasileiro.

5. Considerações finais

Respondendo ao primeiro problema de pesquisa e a partir dos dados compilados; verificamos que não existe coerência no fato de o Ministério Público ter a possibilidade de transacionar no inquérito civil, mas ser proibido de fazê-lo no curso da ação civil pública de improbidade administrativa. Tal limitação destoa frontalmente da tendência utilizada pelo sistema jurídico brasileiro de tentar negociar, transacionar, conciliar ou buscar o acordo para evitar a lenta marcha processual e prejuízos subsequentes ao excesso da demora na punição, o que, no caso dos gestores públicos, muitas vezes se reveste apenas em multas ou ações arquivadas.

Quanto ao segundo problema de pesquisa, percebemos que sim, seria possível aplicar à ação civil pública de improbidade administrativa alguns dos instrumentos negociais previstos na legislação, como, por exemplo, os institutos do *plea bargaining* brasileiro, guardadas as circunstâncias de cada caso e as peculiaridades do processo.

Considerando que na esfera penal os instrumentos do *plea bargaining* revelam condenações importantes; isso significa que a ausência de instrumentos negociais no curso do processo judicial da improbidade administrativa se apresenta como um fato que causa prejuízo à eficiência do controle (*accountability*) da probidade administrativa pelo *Parquet*.

É preciso preservar a coerência do microsistema jurídico de combate à corrupção, de maneira que eventuais acordos de colaboração premiada não sejam inibidos pelo temor dos investigados sofrerem um *bis in idem*. Afinal, pela exegese dogmática da Lei nº 8.429/92, a negociação no processo penal não poderia ser aproveitada no processo civil de improbidade administrativa.

Por fim, considerando-se as soluções dadas pela doutrina para superar as antinomias, é inviável a integração das normas colidentes, restando, portanto, como melhor resposta, a exclusão da norma contida no §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago, The University of Chicago Press, 1996.
- BATISTI, Nélia Edna Miranda; PIMENTA, Júlia Acioli. A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In: *Revista do Direito Público, Londrina*, v.10, n.3, set./dez.2015, pp.119-140.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
- _____. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado, 2015.
- _____. *Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*. Lei da Mediação. Brasília, DF, Senado, 2015.
- _____. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Lei Anticorrupção. Brasília, DF, Senado, 2013.
- _____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Lei que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal. Brasília, DF, Senado, 2013.
- _____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Lei de Improbidade Administrativa. Brasília, DF, Senado, 1992.
- _____. *Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985*. Lei da Ação Civil Pública. Brasília, DF, Senado, 1985.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, Senado, 1942.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF, Senado, 1941.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. AgInt no AREsp 922.590/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 18 de abril de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa*. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CARVALHO, Aurora Tomazini de Carvalho. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009.

CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure: investigation*. 2 ed. Los Angeles, Univeristy of California: Aspen Publishers, 2013.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: Participação e Oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; ALMEIDA, Gregório Assagra de. O movimento de acesso à Justiça no Brasil e o Ministério Público. In: *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público / Conselho Nacional do Ministério Público*, 2015, pp. 35-69.

GOMES, Luiz Flávio. *Entrevista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mai-06/stf_cabe_corrigir_antinomias_criadas_legislador>. Acesso em: 27 jun. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRUEGER, Anne O. The Political Economy of Rent-Seeking Society. In: *American Economic Review*, v. 64, 1974, pp. 291-303.

MANUAL DAS TABELAS UNIFICADAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2015.

MAINWARING, Scott. Introduction: democratic accountability in Latin America. In: MAINWARING, Scott and WELNA, Christopher. *Democratic accountability in Latin America*. Oxford University Press, 2003, pp. 3-33.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Marcus André. Governance e reforma do Estado: o paradigma agente x principal. In: *Revista do Serviço Público*. Ano 47, v. 120, n. 1, jan./abr.1996, pp. 67-82.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. In: *Lua Nova* [online]. 1998, n.44, pp. 27-54.

_____. Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones. (2002). In: *Disonancias: críticas democráticas a la democracia*. Buenos Aires: Editorial Prometeo Libros, 2007.

POLLITT, Christopher. *The Essential Public Manager*. Open University Press/McGraw-Hill, London, 2003.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (Ed.). *Self-restraining State: power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1999, pp. 13-28.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. In: *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, mar./abr.2009, pp. 347-369.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o Ministério Público como instrumento de sua proteção preventiva extrajurisdicional – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva. In: *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília. 2015, CNMP, n. 5, pp. 51-73.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito capitalista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ministério Público e ação civil pública. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 114, abr./jun. 1992, pp. 149-156.

Intervenção do Estado na atividade econômica e suas formas de ação

*Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza*¹

Introdução

No início os homens viviam de forma gregária, numa sociedade de clãs. Ali prevalecia o puro individualismo, não havia limites às ações de seus membros. Dessa forma, não existia um pensamento no sentido de harmonizar os interesses sociais, nem uma limitação dos interesses individuais. Dessa situação, obviamente, supõe-se permanente estado de conflito entre os homens. A partir dessa condição conflitiva permanente pensou-se na criação de uma instituição duradoura para regular as vontades individuais, que satisfizesse os interesses sociais, coletivos e que proporcionasse segurança territorial, uma base de vida. Dessa necessidade evolutiva, surge como fruto a ideia do Estado, que nas palavras de Aristóteles, teria como escopo promover a felicidade a todos os seus membros (cidadãos).

¹ Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE/SE). Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Educação pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professora Titular do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (CNPq/UNIT). Membro da Academia Sergipana de Letras (ASL). Membro da Academia Sergipana de Ciências Contábeis (ASCC). Membro da Academia Itabaianense de Letras (AIL). Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe (IHGSE). Membro da Associação Sergipana de Imprensa (ASI). E-mail: patncss@gmail.com.

Grande parte das atividades de interesse coletivo passou a ser uma atribuição do Estado, cuja crescente demanda de atividades políticas foram se avolumando até abraçar questões administrativas complexas e crescentes. A organização do próprio Estado, as decisões de natureza econômica e os serviços de conotação social fizeram-se cada vez mais presente dentre os anseios de todos.

O Estado, desta feita, passou a ser aquele que seria encarregado de gerir a coisa pública, o erário, o monte arrecadado através de tributos, com a finalidade de atender aos anseios públicos, realizando as despesas que fossem necessárias à consecução do bem coletivo, além do exercício da sua soberania, em legislar (fazer as leis), de jurisdizer (exigir o cumprimento das leis, sob pena de sanção) e impor a ordem social.

Nessa esteira, Mário Lúcio Quintão Soares (2001, pp. 113-114), pontilhando a lição de Jean Jacques Rousseau, escreve que o indivíduo acaba renunciando de sua liberdade individual em troca de uma liberdade civil, tendo em vista sua impossibilidade de superar os obstáculos decorrentes da desigualdade humana pelas próprias forças. Assim, para o filósofo iluminista, a derivação do Estado decorre, como elemento legitimador, da *volonté générale* e pura *do corpo moral e coletivo*, e não da vontade particular, nem da vontade de todos, mas de uma maioria, gerando um compromisso mútuo entre interesses públicos e particulares, para a celebração do ato associativo, chamado Contrato Social.

Porém, se no plano das ideias o Estado se apresentava sob o aspecto de perfeição. Na prática não foi bem assim, pois todo o poder agregado, advindo das múltiplas abnegações, passou a ser exercido de forma distorcida dos propósitos iniciais, causando degenerações na gestão da coisa pública.

Modelos de administração pública foram criados e repensados, com o intuito de responder à coletividade, ao povo, que é titular originário do Poder, e abriu mão de sua vontade pessoal em prol da vontade geral, para a consecução dos fins do Estado, que passou por transformações paradigmáticas até chegar àquele chamado de Estado moderno, onde submete suas ações aos direitos fundamentais, se curva diante da dignidade da pessoa humana e da

inviolabilidade dos direitos e das garantias individuais e coletivas, mas que não deixa de ser forte em suas balizas.

E é justamente com vista à consecução do interesse geral, buscando gerar resultados, foi que o Estado saiu do patrimonialismo, perpassando pelo modelo burocrático e findando no modelo gerencial, dando ampla margem à livre iniciativa (privada) para o exercício da atividade econômica, sem descuidar-se do seu *mister* de provedor, tomando, por vezes, conotação intervencionista.

Deixou o Estado moderno de ser o produtor dos bens e serviços e passou a ser regulador das atividades, concentrando-se nos serviços essenciais à natureza estatal, retendo, contudo, *ad cautelam* e de forma excepcional – subsidiária – a possibilidade de intervir e de atuar no domínio econômico na produção de bens e serviços, na estreita e restrita via eleita pelo ordenamento jurídico pátrio, legitimado, ainda, pelo premente interesse público, fato que está crivado no art. 173 da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, a problemática envolve os limites entre a supremacia do interesse público e a liberdade dos administradores quando o Estado suscita imperativo de segurança nacional ou quando não determina forma, finalidade ou tipo de ação. O objetivo foi desvelar a evolução do modelo estatal e da atividade econômica, sob a ótica constitucional, de modo que se destrinchou a organização administrativa do Estado, especialmente as características das empresas estatais, além das repercussões da Lei 13.303/16 que regulamentou o art. 173, § 1º da Constituição e instituiu o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Diante disso, questiona-se: qual o grau de discricionariedade do administrador das empresas estatais quando a lei não determina forma, finalidade ou tipo para determinado ato? Há liberdade quando o Estado suscita interesse público e imperativo de segurança nacional a ponto de intervir no domínio econômico?

Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, cujo método foi o qualitativo, de caráter exploratório, para expor estudos doutrinários que tratam do tema, além da legislação e jurisprudência aplicáveis ao debate.

1. A evolução do modelo estatal e a constitucional atividade econômica

Antes de adentrar na seara constitucional, é de se resgatar que o Brasil passou por três modelos básicos de administração pública: o modelo patrimonial, o burocrático e o gerencial (MOREIRA NETO, 2001). O modelo patrimonial caracterizava-se pela circunstância de que o detentor do poder gerenciava a coisa pública como se sua fosse, confundindo o patrimônio público (*res publica*), com o patrimônio privado, individual, como ocorrido no período feudal e no absolutismo, nos quais a coisa pública, todo o patrimônio coletivo, era incorporado ao do senhor feudal ou do rei e ficava sob o jugo destes. Esse modelo tem traços de auto-referência, pois os atos dos monarcas justificavam-se na sua própria condição de domínio, que muitas das vezes era sustentada pela força, pela imposição de vontade, como o representante de Deus na terra.

Satisfaziam-se, assim, as pretensões da realeza e dos que circundavam o seu alcácer, sem sequer prestar contas de suas atuações, o que está perfeitamente visto na célebre frase perpetuada pelo "Rei-Sol", Luiz XIV: "L'État c'est moi" (O Estado sou eu). Eis que surge a burguesia, uma nova classe social, e com ela o capitalismo. Então, ampliou-se a insatisfação dessa classe diante dos abusos cometidos pelos monarcas, dando o patrimonialismo espaço para o surgimento do modelo burocrático, de Max Weber, caracterizado pela preservação do interesse público, criando métodos impeditivos de continuação do patrimonialismo, com a clara divisão entre o patrimônio privado do gestor público e o patrimônio público, através de um sistema que tenta frear a corrupção e o nepotismo.

A partir desse paradigma administrativo, o serviço público passa a ser impessoal, formal e racional, com atos sequenciados numa forma de contínuo exame de conformidade, passo a passo, no qual o servidor deve obediência estrita às regras predispostas, com hierarquização vertical (onde a autoridade se limitava a execução do seu mister), sobre o qual tem responsabilidade, mas nunca o domínio (propriedade).

Entretanto, o volume de demandas públicas sobre o Estado, principalmente as de cunho social e econômico, fez com que o modelo burocrático passasse a ser ineficiente e a não responder aos anseios coletivos, como registrado por Bresser-Pereira (2010, p. 241):

A administração pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto, o pressuposto de eficiência em que se baseava não se mostrou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX cedeu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que ela não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.

Isso se deu também em virtude do modelo econômico adotado em parte do mundo, como na Espanha e nos Estados Unidos. Neste sentido, consoante lição de Santiago Muñoz Machado: “De esta manera, la regulación de sectores económicos también se presenta en España en los primeros años del siglo XX como una alternativa a la nacionalización. Esta alternativa será la dominante en la economía de los Estados Unidos desde los últimos años del siglo XX”. (2011, p. 360)².

Conquanto o modelo burocrático tenha se mostrado, em um primeiro momento, superior ao patrimonialismo, enfrentando o nepotismo, o empreguismo, a corrupção, a apropriação privada do patrimônio público, com o tempo ele passou a não mais responder aos anseios da coletividade, face o seu elevado custo operacional e a lentidão com que operava a máquina estatal. Interessante remontar a história e notar que Beltrão (2002, p. 37-38), em sua participação na conferência na Escola Superior de Guerra (Junho de 1981), ao referir-se ao modelo burocrático e sua tentativa de superação, proferiu que muito embora não houvesse a pretensão de

² Tradução livre desta articulista: Dessa forma, a regulação dos setores econômicos também aparece na Espanha nos primeiros anos do século XX como uma alternativa à nacionalização. Esta alternativa será a dominante na economia dos Estados Unidos dos últimos anos do século XX.

superar a burocracia, o modelo aplicado seria possível de contê-la, revertendo o processo burocrático “até certo ponto inconsciente, cuja reversão é lenta e difícil, mas longe de ser impossível, visto que tem a seu favor a opinião pública e a unanimidade dos usuários do serviço público”. E rechaçando o modelo até então vigente, fortalecendo a tese de que o Programa de Desburocratização brasileiro era uma realidade plausível, encerrou o Ministro assinalando que: “Não se trata, assim, de mudar a cultura de nosso povo, mas de ajustar a ela o comportamento da Administração Pública, prisioneira de uma cultura herdada e superada”.

Ultrapassado o tempo, surge o terceiro modelo de administração pública, o modelo gerencial, no qual o administrado passou a ser visto como o principal foco dos fins estatais. Visualiza-se o sujeito como cidadão – sob o prisma político – e como consumidor ou usuário – sob o aspecto econômico.

Agora, fomenta-se a ideia de que o Estado deve ser guiado para uma gestão que alcance patamares de eficiência, com claros resultados face a boa condução da *res publica*, que deve cada vez mais ser resguardada dos interesses privados escusos, a fim de que sejam rechaçadas novas formas de apropriação do patrimônio público, que seja enfrentada a crise fiscal, com a otimização dos recursos, que haja descentralização para o alcance da eficiência, que a produção de bens e serviços seja ordinariamente feita pelas empresas privadas, com agências reguladoras eficazes e independentes, e que ocorra a delegação de autoridade e responsabilidade ao gestor público, com rígido controle.

É de se ver, pois, que o Estado, nos moldes gerenciais, despoja-se da produção de bens e serviços para que o façam as empresas privadas. No entanto, isso não ocorre de forma absoluta, pois ele reserva para si meios de excepcionais e necessárias intervenções diretas e indiretas na economia, a exemplo das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Frise-se que essa possibilidade intervencionista não causa ruptura ou divergência com o modelo adotado no Brasil de administração pública (gerencial). Como se vê: O fato de a livre iniciativa ser um fundamento

republicano consagrado na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, inciso IV) e repetido como fundamento da ordem econômica (art. 170 da CF/88), dando aos particulares o status de detentores desta garantia, não pode levar a crer – e que longe disto esteja – que a administração pública deve manter-se fora do mercado, deixando tudo para o exercício das faculdades subjetivas privadas. Não é isso, repita-se. É certo que o mercado reclama cada vez mais a liberdade de iniciativa, de empreender, de desbravar as raias do economicamente possível, o que é amplamente defendido no Estado de Direito brasileiro.

Contudo, o Estado, estrategicamente, reservou para si a possibilidade de exercer atividades econômicas no caso de monopólios estatais e, na seara, concorre diretamente com a iniciativa privada, além de funcionar como um intervencionista. Fala-se em atuação estatal na atividade econômica em sentido amplo, prestando serviços públicos, e em sentido estrito, quando exerce atividades econômicas que não são essencialmente serviço público.

No primeiro caso (monopólio), ele desenvolve a atividade econômica isoladamente, arvorando-se no que poderia – mas não é – ser um direito único e exclusivo de exercício da livre iniciativa, lançando-se no mercado para produzir bens e prestar serviços, tolhendo, por conseguinte, a possibilidade de competição entre os particulares e entre estes e o Estado.

O Estado de direito, erigido sobre as estacas da legalidade, no qual impera, inclusive, uma hierarquia entre as normas, estando a Constituição Federal no topo da validação dos atos administrativos como *Lex Mater*, essa extrema possibilidade intervencionista estatal está devidamente esculpida na precitada Carta, cujo rol está disposto de forma taxativa e em *numerus clausus*.

Nesse passo, vê-se que a Constituição Cidadã, ao tratar “Da Organização do Estado”, em seu art. 21, inciso X, dispõe que é reserva de competência da União “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional” e no art. 25, §2º, que a exploração dos serviços locais de distribuição do gás canalizado é cabida aos Estados-membros, estendendo-se ao Distrito

Federal por força do seu art. 32, § 1º. Já no art. 177, quando trata “Da Ordem Econômica e Financeira”, constitui como monopólio da União o petróleo, o gás natural e outros hidrocarbonetos, os minérios e minerais nucleares e seus derivados. Tal monopólio é mitigado com a possibilidade prevista no § 1º do referido artigo, do qual se extrai que empresas privadas, mediante contrato com a União, realizarão as atividades dispostas nos incisos, observando as condições legais para tanto.

Justifica-se o monopólio, e isso não exige maiores esforços para se perceber, em fatores diversos, mas todos de premente interesse do Estado, como no caso da medida intervencionista ligada ao petróleo, cuja atuação estatal diretamente na economia está ligada ao interesse estratégico; ou no caso da pesquisa, da lavra, do enriquecimento, do reprocessamento, da industrialização e do comércio de minérios e minerais nucleares (e seus derivados), face a inegável questão de segurança nacional envolvida; ou, ainda, no caso do serviço postal e do correio aéreo nacional, como medida de escolha puramente político-administrativa.

Em todos os casos esposados até então, o Estado intervém na economia de forma mais enérgica, mais radical, afastando o particular do que se poderia chamar de livre atuação em concorrência. Porém, de forma mais branda que as opções apresentadas, o Estado também tem poder de atuação na economia em concorrência com a livre iniciativa (iniciativa privada), ocorrendo esta de forma igualitária com relação às condições mercadológicas, como todo empresário ordinariamente enfrenta. Aí está o Estado, lado a lado com particular, disputando uma fatia do mercado, sem impedi-lo de com ele concorrer.

Essa nova situação ventilada está disposta no art. 173 da Constituição Federal de 1988, cuja redação permite ao Estado a exploração de atividade econômica, de forma direta, “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Nessa toada, ante o contido no art. 173 da Carta Maior, para melhor entendê-lo, há que se perscrutar quais são as formas de o Estado atuar no

mercado para produzir bens e serviços; quais são os imperativos da segurança nacional; o que é relevante interesse coletivo; e qual o fundamento para a exploração direta de atividade econômica ou se está ao sabor e dis-sabor do governante de plantão, com plena liberdade de escolha.

2. A administração direta e indireta

Como já foi tratado, o Estado, na Teoria do Contrato Social de Jean Jacques Rousseau, origina-se da *volonté générale* e pura *do corpo moral e coletivo*, do compromisso mútuo entre interesses públicos e particulares, como elemento legitimador do ato associativo, advindo das múltiplas abnegações individuais e/ou grupais (as vontades) como fim de atingir a vontade geral.

E nesse contexto o Estado fornece a todos os administrados uma diversidade de realizações, fazendo com o que o interesse público seja o ponto central de sua ação, como esclarecido por Léon Duguit, que norteou todos para uma nova realidade, o entendimento de que serviço público nada mais é do que serviço aos administrados, transpondo a ideia até então pulsante de “poder” estatal.

Incorpore-se a isso a lição de Meirelles (2016, p. 418), para quem o "Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado."

Por seu turno, Bandeira de Mello (2013, p. 687) vem luzir a questão conceituando que:

Serviço Público é, portanto, toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Em todos os casos aludidos até então, o Estado intervém na economia de forma mais enérgica, mais radical, afastando o particular do que se poderia chamar de livre atuação em concorrência. Contudo, de forma mais branda que as opções apresentadas, o Estado também tem poder de atuação na economia em concorrência com a livre iniciativa (iniciativa privada), ocorrendo esta de forma igualitária com relação às condições mercadológicas, como todo empresário ordinariamente enfrenta. Aí está o Estado, de forma disruptiva, lado a lado com o particular, disputando uma fatia do mercado, sem impedi-lo de com ele concorrer, mais uma vez.

Assim, podem os citados entes da federação prestar o serviço público de forma direta ou indireta. Diretamente o fazem quando, dentro da sua estrutura administrativa, do corpo da própria pessoa jurídica de direito público interno, por seus inúmeros órgãos, executam os meios para o alcance da satisfação coletiva, resguardando para si a titularidade do serviço prestado, sendo isso reconhecidamente “administração centralizada” (o Estado centralizando nele mesmo a prestação da atividade dentro do conjunto orgânico que lhe é afeto).

É nessa primeira hipótese que também surge o que se chama de “desconcentração”. O Estado deve repartir dentro do seu conjunto orgânico as mais diversas atribuições, o que torna possível a fluidez da execução das suas competências, ou seja, deve ele fazer a “...distribuição *interna* de competências decisórias” sem prejudicar “[...] a unidade monopólica do Estado, pois todos os órgão e agentes permanecem ligados por um sólido vínculo denominado *hierarquia*” (MELLO, 2013, p. 154).

Podem, de forma diversa, realizar a prestação por via indireta, quando a execução das atividades fica por conta de pessoas jurídicas diferentes das já mencionadas (entes da federação), resguardando para si, agora, o poder de controlar a execução do serviço público por quem não seja ‘o Estado’, o que se reconhece como ‘administração descentralizada’ (o Estado descentralizando a prestação da atividade para outras pessoas jurídicas).

Desta forma, afora os casos em que os próprios entes da federação – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – prestem os serviços públicos por via da administração indireta, que é o conjunto de entidades, pessoas jurídicas distintas da administração direta, possuindo patrimônio e pessoal próprios, às quais é atribuída competência para desempenhar uma função administrativa em nome próprio, de forma descentralizada, estando apenas vinculadas (não subordinadas) à administração direta.

Fala-se em controle hierárquico na administração direta, visto que há a repartição das mais diversas atribuições dentro do seu conjunto orgânico, o que não se pode dizer da administração indireta, cuja vinculação com o ente federado pressupõe a inexistência de tal hierarquia. Há para o caso da administração indireta a possibilidade de controle tido como “controle finalístico”, com a principal função de alinhar as atividades da entidade (descentralizada) no curso de suas finalidades institucionais, em obediência aos seus objetivos e às normas que lhe são afetas.

Não é por demais dizer que no Estado de Direito brasileiro o exercício do controle deverá obedecer aos estritos limites da lei, ou seja, dar cumprimento à lei e dela não transbordar, sob pena de inoportuna e descabida ingerência, visto que “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, CRFB/1988), sendo passível, qualquer abuso, de contenção pela via judicial, porque “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV, CRFB/1988). Lembrando que no Direito administrativo os gestores e envolvidos devem fazer o que a lei determina e não o que a lei não proíbe.

3. Formas de organização estatal para a atuação indireta

O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, ao dispor sobre a organização da Administração Federal e estabelecer diretrizes para a Reforma Administrativa (além de outras providências), em seu art. 4º, inciso

II, criou as formas de a administração pública atuar de forma indireta, fazendo surgir as autarquias (alínea “a”), as empresas públicas (alínea “b”) e a sociedades de economia mista (alínea “c”), vindo a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987, em seu art. 1º, inciso I, incluir a alínea “d” ao inciso II do art. 4.º do citado Decreto-lei, instituindo as fundações públicas.

3.1 A autarquia

O Decreto-lei nº 200/67, em seu art. 5º, inciso I, conceitua a autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Por seu turno, Bandeira de Mello (2013, p. 164), em breves e precisas palavras, define as autarquias como sendo “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa”, tecendo severas críticas ao conceito legal, pois, para o ele, “o enunciado normativo não vale nada”, “pois deixou de fazer menção ao único traço que interessaria referir, a personalidade de Direito Público”, escrevendo, ainda, que, dada a sua natureza de direito público, devem as autarquias ser titulares de interesses públicos; as empresas estatais, por seu turno, apenas podem receber qualificação para exercer atividades públicas, sem, contudo, serem suas titulares, já que dotam de regime jurídico de direito privado.

Em relação às autarquias, acrescenta o festejado autor que “[...] a atividade que lhe seja cometida passe, *ipso facto*, a ser qualificada como típica da Administração Pública, e como tal terá de ser havida”. Justamente por isso é que se diz que a autarquia é a espécie de entidade que mais guarda identidade com a administração direta, posto que criada exclusivamente para desempenhar atividades típicas do Estado, estando à margem das atividades econômicas, razão pela qual possui diversas das prerrogativas do Estado.

Sujeita-se a autarquia às regras que incidem sobre a administração direta no que tange a pessoal, licitações e contratos, bens, foro, processo

especial de execução, não sujeição à falência, imunidade tributária e privilégios processuais. Interessante notar que a não possibilidade de falência deflui do princípio da continuidade do serviço público. Na insolvência dela, o ente federado que a criou deve responder, de forma subsidiária, pelas obrigações contraídas.

No tocante à imunidade tributária, esta é restrita apenas aos impostos sobre patrimônio, renda e serviços vinculados as suas finalidades essenciais ou às que delas decorrer, consoante estipulado no art. 150, VI, "a" e § 2º, da CRFB/1988³.

Portanto, a autarquia deve ser criada por lei específica, possuindo personalidade de Direito Público, não necessitando de registro, com patrimônio próprio, capacidade de auto-administração, sob controle estatal, e gozando de algumas prerrogativas do ente, para a consecução de atribuições tipicamente públicas. Esta age por direito próprio e com autoridade pública, nos limites do que a lei criadora a permitir, ou seja, tanto quanto lhe foi outorgado.

Muito embora tenha a autarquia autonomia, como decorre da lei, há sobre ela o controle finalístico exercido pelo ente que engendrou o ato legislativo de sua criação. Não se trata de subordinação, pois é pessoa jurídica diversa com autonomia, repita-se, mas sobre ela pesa o controle estatal no que tange à consecução dos fins para os quais foi criada e à probidade administrativa de todos os seus atos.

Há algumas autarquias que são chamadas de autarquia de regime especial, por possuírem um pouco mais de autonomia, com prerrogativas específicas, que não são afetas às demais autarquias, como faz exemplo a estabilidade relacionada a seus dirigentes, pois eles terão mandato por tempo determinado pela própria lei criadora da entidade, não podendo

³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

haver exoneração por parte do Presidente da República até que termine o mandato, ressalvado os casos expressos na própria lei, podendo haver, também, casos em que deva ter a prévia aprovação da exoneração por parte do Senado Federal.

Exemplificativamente, vejam-se algumas autarquias: o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), o Banco Central do Brasil (BACEN), as Universidades Federais (UFS, UFAL, UFPE, USP etc.), as entidades fiscalizadoras de profissões regulamentadas (OAB - ADI nº 3.026/STF, CRM, CRA etc.), as Agências Reguladoras (ANEEL, ANATEL, ANAC, ANVISA, ANS etc.), e as associações públicas oriundas de consórcios públicos (Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005).

Nos termos da Lei nº 11.107/2005, o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado, cujos objetivos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais, para a realização de objetivos de interesse comum. É, por assim dizer, acordo de vontade, firmado entre dois ou mais entes que, reunindo recursos financeiros e técnicos visando alcançar um objetivo de interesse comum, o que não seria possível se não fosse pela forma contratada. Destaque-se que o contrato deve ser precedido de autorização de cada um dos Poderes Legislativos aos quais estão afetos na esfera federativa, assumindo, posteriormente, personalidade jurídica própria (de direito público ou de direito privado), daí poderem ser sujeitos de direitos e obrigações.

Concedidas as autorizações legislativas, os entes consorciados serão criados: se de direito privado, com o registro público do contrato (atendimento dos requisitos da legislação civil - art. 6º, inciso II, da Lei nº 11.107/2005); e se de direito público, “O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções” (art. 5º da Lei nº 11.107/2005).

Anote-se que mesmo sendo o consórcio revestido de personalidade jurídica de direito privado, deverá observar “[...] as normas de direito público

no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)” (art. 6º, § 2º, da Lei nº 11.107/2005).

As agências igualmente são autarquias de regime especial, por serem dotadas de maior autonomia em relação ao ente federado, podendo ser executivas (arts. 51 e 52 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998) ou reguladoras, como proposto pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 (Reforma Administrativa), que alterou a redação do art. 37, § 8º da Constituição do Brasil/1988⁴.

Desta feita, objetivou a EC nº 19/98 possibilitar que órgãos e entidades da administração direta e indireta firmassem contrato com o Poder Público no qual deveria haver um compromisso de atendimento de metas de desempenho. Ocorre que diversas críticas surgiram a essa Reforma Administrativa, pois um órgão não possui personalidade jurídica, portanto, não pode ser sujeito de direitos e obrigações, não podendo assinar contratos, posto que vinculados ao ente federado do qual faz parte. Outra é a de que órgão não é autônomo, daí não se poder falar em ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira. Mais uma é a de que se a autarquia de regime especial é criada por lei, só ela pode aumentar ou diminuir a sua autonomia. Enfim, padeceria o contrato de gestão por esses fatores.

A agência executiva é uma qualificação concedida pelo Chefe do Poder Executivo, por meio de decreto, a autarquias e fundações públicas, responsáveis por atividades e serviços exclusivos do Estado. Assim, não se cria uma nova pessoa jurídica, apenas a qualifica como tal por ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento e celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

⁴ § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - o prazo de duração do contrato; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - a remuneração do pessoal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Já as agências reguladoras são autarquias de regime especial, possuidoras, como aqui já se mencionou, de maior autonomia em relação ao ente federado, com a finalidade de regular a atividade prestada pela iniciativa privada sob critérios eminentemente técnicos, apartados de interesses políticos ou governamentais, estando posicionada entre o Estado, as empresas privadas exploradoras da atividade e/ou usuários de serviços, sempre de forma imparcial (técnica).

Sabe-se que o Estado pode prestar serviços públicos diretamente, mas pode, nos termos da Constituição Federal, fazê-lo, se assim desejar, por meio de concessão ou permissão. Optando pelas duas últimas formas, deve o Estado controlar a atividade que será desempenhada pelo particular, regulando-a, daí decorrendo a necessidade de existirem tais agências, que acabaram por regulamentar não só atividades que estão sob a realização particular, mas as que estão também sob posse da administração pública direta⁵.

Por seu turno, Dinorá Grotti (2006, p. 6-7): escreveu que, além dos serviços privatizados, as agências reguladoras também tratam de serviços propriamente ditos, atividades econômicas no sentido estrito, atividades econômicas facultadas aos particulares, atividades de fomento de setores culturais e fiscalização de atividade privada, e do uso do bem público, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional do Petróleo – ANP, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Agência Nacional do Cinema – ANCINE e da Agência Nacional de Águas – ANA, respectivamente.

Então, hoje, as agências reguladoras não se limitam mais a normatizar as atividades públicas que estão cunhadas nas mãos de particulares, mas o fazem em relação a todas que são afetas à sua atividade técnica. Ante o que preleciona Cardoso (2010, p. 303) “[...] os atos normativos das agências reguladoras vão além das resoluções, configurando uma nova espécie de ato administrativo normativo: atos regulatórios administrativos”, que

⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

são chamados de “resolução” ou “resolução normativa”, quando são para surtir efeitos (externos) em relação à administração e aos seus servidores.

3.2 As fundações públicas

As fundações públicas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público ou privado (há posicionamentos divergentes na doutrina), sem fins lucrativos, criadas após autorização legislativa (lei específica), sendo regulamentadas por decreto, cujo fim é o de desenvolver atividades de interesse público, a exemplo da cultura, da pesquisa e da educação, ou seja, para atuar em atividades públicas na área social.

Na fundação, o instituidor faz a afetação do patrimônio e determina a que fim se destina. Se de direito privado, é de competência do Ministério Público zelar por ela, aferindo se esta permanece com os mesmos propósitos para os quais foi criada (fins sociais e não lucrativos); se de direito público, serão controladas pelo próprio ente federado, o qual exercerá o controle finalístico, já abordado, posto que é uma fundação autárquica, com o espécie do gênero autarquia.

O Estado, utilizando-se da arquitetura da fundação de direito privado criou a fundação pública, personificando um patrimônio. Por existir autonomia não se fala em hierarquia, mas em vinculação ao ente federativo, que exercerá o mencionado controle. O art. 37, inciso XIX, da CRFB/1998 estabelece que “somente por lei específica poderá ser [...] autorizada a instituição [...] de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Logo, é necessária lei complementar para definir as áreas de atuação da fundação a ser instituída.

No que tange à natureza jurídica, não há na doutrina entendimento unânime. Di Pietro (2012, p. 490) entende que é possível que o poder público, ao instituir fundação, atribua-lhe personalidade de direito público ou de direito privado, enquanto que Bandeira de Mello (2013, p. 190) é ferrenho ao rejeitar a fundação pública de direito privado, escrevendo que “[...] as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias,

às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm”. Então, aplicam-se às fundações de direito público as mesmas prerrogativas aplicáveis às autarquias.

3.3 A empresa pública e a sociedade de economia mista

Certo que pode o Estado explorar diretamente a atividade econômica, seja exclusivamente (sob monopólio) ou em paralelo (enfrentando a concorrência da iniciativa privada). É de se elucidar sob quais formas pode o Estado se organizar empresarialmente para atuar no domínio econômico na produção de bens e serviços. A forma de atuação do Estado em mercado (atividade econômica em sentido amplo e estrito) de que se trata aqui é por meio da instituição de uma empresa pública, que é a pessoa jurídica de direito privado, integrante da administração pública indireta, com criação autorizada por lei específica, como delineado no art. 37, inciso XIX, da *Lex Legum*⁶.

Essa empresa é formada por capital exclusivamente público, cuja iniciativa do ato constitutivo deve advir do Poder Executivo, assumindo quaisquer das formas em Direito admitidas. Após aprovado o Projeto de Lei autorizadora, deve ela ser inscrita no registro competente, assim como outras atividades empresariais desenvolvidas pelos particulares, ao que determina o art. 45 do Código Civil de 2002⁷.

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

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)

⁷ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Por conseguinte, essa nova empresa pública, erigida sob o regime jurídico de pessoa jurídica de direito privado, pode explorar atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, nos termos da lei que a autorizou surgir, submetendo-se, inclusive, a algumas obrigações que incidem sobre a iniciativa privada, como estampado no inciso II, do § 1º, do art. 173 da Carta Republicana⁸.

No trato com terceiros, em suas relações negociais, extrai-se de Bandeira de Mello (2013, p. 212) que, quando atinente ao cumprimento da finalidade industrial ou comercial para que tenha sido criada (exploração de atividade econômica em sentido estrito), serão direcionadas pelo Direito Privado, não celebrando contratos administrativos. Essa forma assumida pela empresa pública, atada ao Direito Privado, visa desburocratizar as suas ações, facilitando o desenvolvimento da atividade para a qual foi criada, o que, se assumisse a carapaça do Direito Público, não seria possível, face os meandros existentes na Administração Pública, pois estes a impediriam de desbravar o mercado com a magnitude que se espera.

Contudo, em algumas hipóteses há que se realizar a licitação. Ora, ao final e ao cabo, são pessoas jurídicas que, não obstante fluidificadas pelo Direito Privado, fazem parte da administração pública, embora indireta. Na esteira da obrigatoriedade de realização de processo licitatório, traz-se como exemplo os casos da construção predial, das instalações, do mobiliário, do maquinário. Estes em nada se confundem com a atividade em si que o Estado espera desempenhar através dessas empresas. Ademais, não há, nas hipóteses exemplificadas, a característica essencial que reclame da empresa pública e, por conseguinte, da administração pública, a celeridade na execução dos negócios. Não trata em si da atividade empresarial estatal para a qual foi criada a pessoa jurídica, donde se extrairia, se existente essa

⁸ Art. 173 [omissis]:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

finalidade, a inconfundível necessidade de prestação ágil, célere, desvelta, fluídica a ensejar a não realização do certame. Claro está que em nada atrapalharia as atividades empresariais nem geraria qualquer colapso a realização de certame para o que foi citado.

Outra questão característica está no fato de que essas empresas não gozam de quaisquer privilégios fiscais que não sejam extensivos às empresas do setor privado, como faz constar o art. 173, § 2º, da Lei Maior⁹. Ora, pensar diferente disso é eleger a empresa pública – e aí também se encaixa a sociedade de economia mista – como a dominadora do mercado e relegar aos demais – os empresários da iniciativa privada – as *sobras* do mercado, aniquilando as possibilidades de concorrência.

Nesse passo, circunda toda a questão em não se dar privilégios à empresa pública ao ponto em que a descaracterizaria como atuante em mercado na via paralela em que se encontram as demais empresas do setor privado, fazendo com que errônea e prejudicialmente eclodissem hipóteses de privilégios em favor da pública empresa e – logicamente – em desfavor da livre iniciativa, hipótese em que poder-se-ia caracterizar como deslealdade do ente público para com o mercado.

Inobstante afirme-se aqui que as empresas estatais não possuem, por força impeditiva constitucional (art. 173, § 2º), privilégios fiscais que não sejam possíveis da iniciativa privada usufruir, serão feitas, mais adiante, algumas colocações sobre o tema. Outra forma possível para que o Estado explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços é por meio da sociedade de economia mista, que é a pessoa jurídica de direito privado, também integrante da administração pública indireta, com criação autorizada por lei específica, como já fora verificado na transcrição que se fez do art. 37, inciso XIX, da CF/88.

Enquanto que a empresa pública é formada por capital exclusivamente público monista, a sociedade de economia mista – como o nome já propõe – possui capital misto, formado pela participação de capitais público e privado,

⁹ § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

com predominação do capital oriundo do Estado, pois não se está investindo na atividade privada desenvolvida por pessoa jurídica erguida pela iniciativa particular, mas, diferentemente, trata-se de empresa criada pelo Poder Público, na qual é admitida a participação de particulares como investidores.

Diga-se, de logo, que a alienação do controle acionário das subsidiárias de empresas estatais independe de autorização legislativa, como decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5624/DF – Distrito Federal, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 05/06/2019, e publicado no DJe em 11/06/2019, sendo certo que a referida autorização, sucedida de processo licitatório, apenas se aplica à venda do controle societário das empresas matrizes.

Aqui também cabe ao Poder Executivo a iniciativa do ato constitutivo, mas ela deverá ser constituída sob a forma de sociedade anônima, com capital aberto ou fechado, devendo, da mesma forma que a empresa pública, ser inscrita no registro competente, alinhando-se-lhe no que dispõe o art. 45 do Código Civil de 2002. É de se anotar que tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista, por serem públicas, apesar de regência *jurídico-negocial* de direito privado, deverão atentar para a regra contida no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988¹⁰. Assim, ambas pessoas jurídicas, desejando a contratação de pessoal, submeter-se-ão ao princípio constitucional do concurso público. Portanto, a Sociedade de Economia Mista é uma sociedade anônima estatal por ter seu capital misto: público e privado.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário nº 558.833/CE – Ceará, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, reafirmou o entendimento de que a investidura em cargo ou emprego das empresas públicas e sociedades de economia mista, regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas, nos termos do art.

¹⁰ II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

173, § 1º, da CRFB/1988, submete-se ao concurso público, posto que é regra¹¹ (BRASIL, 2009).

No precitado Acórdão, a insigne Ministra Relatora nega provimento ao agravo manejado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT porque esta ofendeu a Constituição Federal ao extrapolar os limites da *Lex Mater* ao implantar exigência de experiência profissional em edital, quando a lei não o exige, sacramentando, na oportunidade, decisão já proferida pela Excelsa Corte nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 680.639/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 01-02-2008, no sentido de que o regramento constitucional que se submetem as empresas públicas e as sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da CRFB/1988) não desautoriza a aplicação do art. 37, inciso II, da Carta da República, no que tange à investidora em cargo ou emprego público, sendo exigível o concurso público.

A *Lex Legum*, da mesma forma como se referiu à empresa pública em seu art. 173, § 2º, assenta vedação expressa no sentido de que a sociedade de economia mista também não deve gozar de privilégios fiscais que não sejam de possível exercício pelos particulares nas atividades empresariais que constituíram.

Afere-se ainda que a Lei 13.303/16 tem o fito de clarificar o disposto no art. 173, § 1º da Carta Maior, e dispõe sobre diversos aspectos no que tange às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias nas esferas de governo, dentre eles o regime jurídico das estatais prestadoras de serviços públicos. Além disso, reforça os princípios constitucionais da eficiência, moralidade, impessoalidade, dando àquelas entidades verdadeira função social.

Ato contínuo, a referida legislação ainda é expressa, em seu art. 8º, I, no sentido de que as estatais devem elaborar uma carta anual em que estejam explicitados os compromissos de consecução, objetivos de políticas públicas em atendimento do interesse coletivo, com a clara definição dos

¹¹ RE n.º 558.833/CE – Ceará, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 08-09-2009, DJe-181, divulg. 24-09-2009, public. 25-09-2009, Ementário vol-02375-06, pp-01660

recursos a serem empregados para tal mister, além dos impactos econômicos, mensurados através de indicadores objetivos.

Em respeito ao princípio da moralidade e da impessoalidade, a lei estipulou vedações e impedimentos à escolha dos membros de administração e cargos de diretoria, privilegiando a experiência e a formação técnica, rechaçando as indicações políticas para os cargos referidos.

Já em relação ao controle, há a previsão de criar-se um sistema interno de controle para as empresas, formado por órgãos e unidades autônomas e independentes, a exemplo de conselho fiscal, da auditoria e do comitê de auditoria estatutário. Do mesmo modo, as estatais devem aderir a práticas de gestão de risco e controle interno sobre as ações de seus empregados e administradores. Para isso, elaborarão seus respectivos códigos de integridade e conduta que discriminem seus princípios, valores e missão da estatal, de modo a coibir eventuais conflitos de interesse, fraude e corrupção, o que representa a adoção de *compliance* pelas estatais.

No tocante à eficiência e associada a questões de gestão, a Lei 13.303/16 também inovou no regime jurídico de licitação e contratos, estendendo técnicas e institutos jurídicos que antes não eram aplicáveis à Administração Pública. Outrossim, também obriga às empresas estatais a elaboração de um regulamento interno de licitações e contratos, ajustando regras específicas para cada uma delas. Exemplificando, há a possibilidade de inversão de fases em relação ao estatuído na Lei 8.666/93; a remuneração variável e vinculada ao desempenho do contratado, respeitado o limite orçamentário; e a majoração dos valores para contratação direta em razão do valor do objeto e a possibilidade de alterá-los por deliberação do conselho de administração (PEREIRA JÚNIOR et al, 2018).

3.4 Privilégios fiscais e a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal

Ante o que já foi tratado outrora, o Poder Constituinte firmou posição no sentido de coibir qualquer prática, por parte do Poder Público, que venha a

conceder privilégios fiscais às empresas públicas e às sociedades de economia mista que não sejam extensíveis às empresas constituídas pelos particulares.

É de se ver que a *mens legis* visa a não deturpação do instituto da livre iniciativa colocando o particular em desigualdade na concorrência desempenhada em paralelo ao Estado nas vestes de empresário. Essa vedação é plausível e aceitável quando a administração, por meio da descentralização, constitui empresa para desenvolver as finalidades que a lei específica destinar, o que não se confunde quando a administração se vale desses meios para a prestação de serviço de natureza econômica em sentido lato.

Nessa esteira, a Excelsa Corte Constitucional já se pronunciou sobre o tema ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 46/DF - Distrito Federal, sob a originária Relatoria do Ministro Marco Aurélio, com Relatoria para o Acórdão do Ministro Eros Grau, consignando que o serviço postal desenvolvido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (empresa pública), consubstanciado nas atividades de envio de correspondência ou de objeto postal, não se caracteriza com a qualidade de atividade econômica em sentido estrito, razão porque é factível a concessão de privilégios.

Argumenta o Ministro subscritor do Voto Vencedor que há de se distinguir o regime de privilégio, com relação à prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio, que muitas das vezes se dá para a exploração de atividade econômica em sentido estrito, situando-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos na prestação de serviços em regime de exclusividade, o que lhe convém a situação de privilégio¹². Esse entendimento pontilhado pelo Ministro Eros Grau encontra similitude com outros inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal¹³ (BRASIL, 2004).

¹² Vide: ADPF n.º 46/DF - Distrito Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min Marco Aurélio, Rel. p/Acórdão Min. Eros Grau, julgado em 05-08-2009, DJe-035, divulg. 25-02-2010, public. 26-02-2010, Ementário vol-02391-01, pp-00020).

¹³ RE n.º 407.099/RS - Rio Grande do Sul, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 22-06-2004, DJ 06-08-2004, pp-00062, Ementário vol-02158-08, pp-01543, RJADCOAS v. 61, 2005, p. 55-60, LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 286-297 e RE n.º 524.615 AgR/BA - Bahia, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 09-09-2008, DJe-187, divulg. 02-10-2008, public. 03-10-2008, Ementário vol-02335-07, pp-01451, RTJ vol-00207-02, pp-00826.

Ainda sobre o tema de que as prestadoras de serviços públicos em caráter econômico em sentido lato ostentam a condição constitucional de gozar de privilégios tributários¹⁴.

Portanto, qualquer que seja a forma adotada pelo Estado para atuar no domínio econômico na produção de bens e serviços – quer por empresa pública, quer por sociedade de economia mista –, ante o contido no art. 173, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ressalvado o que acima já se ponderou, é regra de que não se deve dar às essas novas pessoas jurídicas o direito de gozar de privilégios fiscais, salvo se possíveis de exercício pelos empresários particulares (iniciativa privada).

Vale trazer a lume, ainda, precedente da Excelsa Corte em que a Petrobrás buscava a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca pela circunstância de a atividade desempenhada estar sujeita a monopólio estatal. No caso apontado, o STF entendeu não ser extensível à dita sociedade de economia mista tal privilégio de que goza o Estado. Para a Corte, as linhas a serem perfilhadas para saber se e Petrobrás é ou não detentora desse direito deve perpassar pela análise de três pontos: (a) da caracterização econômica da atividade (lucrativa ou não), (b) do risco à concorrência e à livre-iniciativa e (c) de riscos ao pacto federativo pela pressão política ou econômica.

Ao exame, decidiu-se que a Petrobrás é sociedade de economia mista com o fim de explorar a atividade para a qual foi criada de forma econômica, com benefício de seus acionistas, havendo, na hipótese, aumento patrimonial dissociado de interesse público primário, o que não se coaduna com os fins da imunidade tributária recíproca. Ainda, a empresa tem o escopo de, ao final da sua atividade, apurar e distribuir lucros, possuindo, desta feita, capacidade contributiva para *“participar do apoio econômico*

¹⁴ AI n.º 351.888 AgR/SP - SÃO PAULO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 21-06-2011, DJe-160, divulg. 19-08-2011, public. 22-08-2011, Ementário vol-02570-02, pp-00311; RE n.º 580.264/RS - Rio Grande do Sul, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/Acórdão Min. Ayres Britto, Repercussão Geral - Mérito, julgado em 16-12-2010, DJe-192, divulg. 05-10-2011, public. 06-10-2011, Ementário vol-02602-01, pp-00078

aos entes federados”. Enfim, afirmou o STF que a tributação da atividade econômica lucrativa, na espécie, não implica risco ao pacto federativo¹⁵.

3.5 Sujeição ao controle por parte dos Tribunais de Contas

Ora, o art. 37 da Carta Magna não deixa rastro de dúvida que a empresa pública e a sociedade de economia mista estão jungidas ao seu conteúdo, como imperativos primeiros da administração pública. São, pois, as referidas pessoas jurídicas os meios pelo quais o Estado atinge seus fins. Devem elas obedecer aos princípios constitucionais esculpidos no ‘caput’ do art. 37, bem como todos os outros princípios (explícitos e implícitos), a exemplo do concurso público para a investidura no cargo ou emprego, da licitação pública e da vedação à acumulação remunerada de cargos públicos.

Nessa passada, não oferece dificuldades também saber que essas novas pessoas estariam sujeitas ao controle das Cortes de Contas. Remonta-se aqui a ideia já desenvolvida de que o Estado, por meio da descentralização, constituiu empresa para desenvolver as finalidades que a lei específica destinar, ali injetando seu capital puramente (empresa pública) ou em concomitância com particulares (sociedade de economia mista). Então, inegável que há ali verba pública circulando e sendo administrada, o que já ensejaria a fiscalização por parte dos Tribunais de Contas, ao que delineia o parágrafo único do art. 70 c/c o *caput* do art. 71 da Carta da República¹⁶, enfatizando a competência das Cortes de Contas em seu art. 71, II¹⁷.

¹⁵ RE n.º 285716 AgR/SP - SÃO PAULO, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 02-03-2010, DJe-055, divulg. 25-03-2010, public. 26-03-2010, Ementário vol-02395-04, pp-00892.

¹⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

¹⁷ II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Inegável que, ante o plano da inteligência constitucional, os administradores responsáveis pelas pessoas jurídicas integrantes da administração pública indireta devem prestar contas aos Tribunais de Contas.

Não se olvide – para que não se incorra em total absurdo – que a prestação de contas fica a cargo apenas do Tribunal de Contas da União, por interpretação literal e prematura tão-somente do ‘caput’ do art. 71, pois, em matéria de controle externo, constante da Seção IX do Capítulo VII da CF/88, que trata ‘Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária’ da Administração Pública, “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios” (art. 75). Portanto, a atuação desta ou daquela Corte de Contas está apenas adstrita à competência da matéria de que se trata.

3.6 Esquema das formas de organização estatal para a atuação indireta

FORMAS	AUTARQUIA	FUNDAÇÃO PÚBLICA	EMPRESA PÚBLICA		SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	
Atividade	Típica de Estado Serviço Público	Atípica do Estado Serviço Público	Atípica do Estado		Atípica do Estado	
			Serviço Público Exercício de poderes de autoridade	Atividade Econômica Natureza comercial ou industrial	Serviço Público Exercício de poderes de autoridade	Atividade Econômica Natureza comercial ou Industrial

<p>Personalidade Jurídica</p>	<p>Direito Público “Direito natural de atuação administrativa” Vinculação à regra Imperativo Legal Não há liberdade de escolha Vinculação Art. 5º, I, Dec.-Lei n.º 200/67 Direito privado - possibilidade: Lei n.º 11.107/2005 – “Lei-quadro” (consórcios)</p>	<p>Direito Público “Direito natural de atuação administrativa” Vinculação à regra Reserva Constitucional Estado-Poder Público</p>	<p>Direito Público “Direito natural de atuação administrativa” Vinculação à regra Art. 175 CF/88 Justifica-se, a título excepcional e precário, se exercerem poderes de autoridade Vinculação por imposição garantística dos administrados Estado-Poder Público</p>	<p>Direito Privado Princípios da Igualdade, Livre concorrência e Legalidade de competência (reserva constitucional) Vinculação Art. 173, §1º, II, da CF/88 Estado-empresário</p>	<p>Direito Público “Direito natural de atuação administrativa” Vinculação à regra Art. 175 CF/88 Justifica-se, a título excepcional e precário, se exercerem poderes de autoridade Vinculação por imposição garantística dos administrados Estado-Poder Público</p>	<p>-Direito Privado -Princípios da Igualdade, -Livre concorrência e Legalidade de competência (reserva constitucional) -Vinculação Art. 173, §1º, II, da CF/88 Estado-empresário</p>
<p>Motivação</p>	<p>Lei Complementar deve definir a área de atuação Art. 37, XIX, CF/88 Liberdade do legislador para definir e vinculação do administrador aos termos da Lei</p>	<p>Não há concorrência Não justificativa para a adoção do regime restrito à atividade empresarial estatal</p>	<p>Não há concorrência Exercício de poderes de autoridade Sobrepõe-se ao particular Não afetação da livre iniciativa</p>	<p>Imperativo de Segurança Nacional ou de relevante interesse coletivo, nos termos da lei (Art. 173, ‘caput’, da CF/88) Liberdade do legislador para fixar a concretude dos conceitos vagos e vinculação do administrador aos termos da Lei</p>	<p>Não há concorrência Exercício de poderes de autoridade Sobrepõe-se ao particular Não afetação da livre iniciativa</p>	<p>-Imperativo de Segurança Nacional ou de relevante interesse coletivo, nos termos da lei (Art. 173, ‘caput’, da CF/88) -Liberdade do legislador para fixar a concretude dos conceitos vagos e vinculação do administrador aos termos da Lei</p>

Exemplo	INSS, BACEN, UFS	IBGE, IPEA	Correios	CEF	DESO	Petrobrás, BB
Fim Lucrativo	Não	Não	Não	Sim	Não	Sim
Incidência do Direito Público	Irrestrita – ex.: Licitações e contratos, compras e alienações, concurso Público, princ. administrativos	Irrestrita – ex.: Licitações e contratos, compras e alienações, concurso Público, princ. Administrativos	Irrestrita – ex.: Licitações e contratos, compras e alienações, concurso Público, princ. administrativos	Restrita: no que não conflite com a atividade puramente empresarial Vinculação Art. 173, § 1º, III, da CF/88	Irrestrita – ex.: Licitações e contratos, compras e alienações, concurso Público, princ. administrativos	Restrita: no que não conflite com a atividade puramente empresarial Vinculação Art. 173, § 1º, III, da CF/88
Capital	-	-	100% Público Vinculação Art. 5º, II, Decreto-lei n.º 200/67		> 50% Público Vinculação Art. 5º, III, Decreto-lei n.º 200/67	
Tipo de sociedade	-	-	Qualquer tipo Liberdade de escolha nos parâmetros do Direito Empresarial Art. 5º, II, Decreto-lei n.º 200/67		S.A. Vinculação Art. 5º, III, Decreto-lei n.º 200/67	

Fonte: KNOPLÖCK, Gustavo Mello. *In Manual de Direito Administrativo*, 2009. Adaptação da autora.

4. Os imperativos da segurança nacional e o relevante interesse coletivo: vinculação e liberdade

Delineadas as questões de forma e tratamento, é de se ver que o legislador colocou como pressupostos para a intervenção do Estado a ocorrência de um dos dois fatores: imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Ocorre que são dois conceitos jurídicos indeterminados, havendo um espaço não preciso para se delimitar o que veem a ser estes dois fatores. Não obstante sejam conceitos jurídicos indeterminados, ou conceitos “vagos”, “fluidos”, “imprecisos”, como define Bandeira de Mello (2013, p. 137) “não implica que lhes faleça densidade significativa”.

Ora, é por todos sabido que os atos administrativos devem ser motivados. Não diferente disso, a Carta da República requer do administrador público a motivação a ensejar a permissão intervencionista deste, que deve estar plasmada na necessidade de imperativo da segurança nacional ou em relevante interesse coletivo. Há, desta feita, uma necessária vinculação do administrador público ao que determina a Constituição Federal, em seu art. 173, pois quando o Estado deseja explorar diretamente uma atividade econômica esta “[...] só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

É de se ver que o art. 173 da CRB/1988, ao tratar de segurança nacional, aplica o termo imperativo. Não é sem razão, pois a soberania – ao lado do território e do povo – é um dos elementos formadores do Estado, sendo essa *imperatividade* uma decorrência do próprio exercício da soberania, que é inafastável e inalienável, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso I, da CF/1988).

Nesse compasso, quando se trata de imperativo de segurança nacional, definido em lei (parte última do art. 173), o ato ganha força maior que o de ato vinculado, passando a ser um *ato imperativo*, ou seja, um exercício constitucional erigido como obrigatório, nos termos postos na Carta da República. E a razão é simples: não há país soberano que não exerça sua soberania. Contrário disso é apregoar a incongruência de que a soberania não é para ser exercida, o que – definitivamente – não se coaduna com o Estado de Direito.

Estará também vinculado o administrador à preexistência do que chamou a Constituição Federal de *relevante interesse coletivo*, nos termos da lei. Então, sempre que verificado este, ou justificado, abre-se para a administração a possibilidade de exercício do direito à consecução do serviço, sendo inconstitucional a tentativa de atuar sem que haja o precípua e antecipado surgimento da causa justificadora: o relevante interesse coletivo.

Nesse ponto, Otero (1998, pp. 129-130) elucida a questão da vinculação com proficiência, lecionando, *ipsis litteris*:

d) Tal como a Administração está normalmente obrigada a exercer os seus poderes quando o interesse público o exige, salvo os casos excepcionais em que é titular de um poder discricionário quanto à própria decisão de os exercer ou não, de igual modo a iniciativa económica pública, enquanto poder integrante da competência, deve ser exercida – pelo legislador ou pela Administração – sempre que o interesse público o exigir ⁽²⁷⁰⁾. Neste âmbito se podem recortar duas hipóteses:

(i) Existem, por um lado, casos de exercício obrigatório da iniciativa económica pública, designadamente sempre que esteja em causa a implementação de tarefas ou incumbências fundamentais do Estado decorrentes da cláusula constitucional bem-estar (v. supra, n.ºs 6.1. e 6.3.);

(ii) Por outro lado, sempre que cesse a existência do interesse público justificativo de determinada intervenção económica pública desaparece a causa legitimadora da mesma, pelo que deverá ocorrer uma <<desintervenção>> pública sobre tal área da actividade económica ou uma <<privatização>> ⁽²⁷¹⁾, salvo se entretanto ocorrer a superveniência de um outro interesse público justificativo da intervenção.

Ora, nas lições do mestre luso, vê-se que o ato de intervenção do Estado na economia deve guardar similitude com o permissivo ínsito na Constituição Federal, assim como o ato oposto, o de desaparecimento de interesse público, o que deverá estar definido em lei. Revela, então, uma certa vinculação.

Em suas lições, Souto (2003, p. 16), ao tratar da intervenção como função da administração, portanto, sujeita ao princípio da legalidade (CF, art. 37), propõe que o planejamento, elaborado e concordância com as diretrizes fixadas em lei, “[...] seja o instrumento no qual estejam definidos os limites e objetivos da intervenção”, de modo que “o planejamento visa, pois, dar organicidade à intervenção, tornada esta atividade vinculada”. Entretanto, no caso de o Estado posicionar-se como detentor do monopólio, não pode abrir mão da titularidade, como visto no caso do petróleo, face o interesse público estratégico, mas tem a liberdade, nos termos da lei¹⁸.

¹⁸ Art. 177. Constituem monopólio da União:

No precitado artigo, há liberdade para que o Estado defina se deseja contratar com empresas privadas as atividades constantes dos seus incisos I a IV, mas não deixou a mesma folga para o que trata o inciso V, pois nele só poderá haver a produção, comercialização e utilização dos radioisótopos, sob o regime de permissão, ficando a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados ainda sob o monopólio do Estado, sem possibilidade de participação da iniciativa privada, por questão de segurança nacional (soberania).

Outras questões de vinculação administrativa podem ser extraídas, por exemplo, da opção por criação de autarquia, pois esta só se justificaria, ou seja, seria constitucional, se criada exclusivamente para desempenhar atividades típicas do Estado, não podendo desempenhar das atividades tipicamente econômicas.

No que pertine aos consórcios, nota-se que a vinculação decorre da própria Lei nº 11.107/2005, cuja criação deve ser para atendimentos aos limites constitucionais de realização de objetivos de interesse comum, precedido de autorização de cada um dos Poderes Legislativos aos quais estão afetos os entes na esfera federativa.

Pode-se ainda visualizar a vinculação na agência executiva quanto a qualificação, pois há que se atender aos requisitos de ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

andamento e celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor, sem os quais padeceria de elegibilidade como tais.

Em relação às agências reguladoras, a sua criação tem por finalidade específica a de regular a atividade prestada pela iniciativa privada (por meio de concessão ou permissão) sob critérios eminentemente técnicos. Assim, se o Estado usa da sua liberdade de, nos termos da lei, prestar os serviços públicos indiretamente, por meio de concessão ou permissão, deverá estar presente como regulador/controlador da atividade desempenhada.

Embora situada em *terreno* ainda doutrinariamente conflituoso (se de direito público e/ou privado), é certo as fundações públicas não podem ser criadas para obtenção de fins lucrativos, o que as degeneraria, posto terem fim de desenvolver atividades de interesse público na área social, a exemplo da cultura, da pesquisa e da educação, nas quais ocorrerá a afeição de um patrimônio.

Já as empresas públicas devem conter capital exclusivamente público. Quando estas forem concebidas para cumprir finalidade industrial ou comercial (exploração de atividade econômica em sentido estrito), devem ser regidas pelo Direito Privado e não podem celebrar contratos administrativos. Devem também realizar concurso público para a contratação de empregado público e estão sujeitas à realização de licitação nas questões em que não atinentes ao mercado (atendendo às disposições da Lei 13.303/16 e às regras gerais da Lei 8666/93). Não gozam também de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado.

Por fim, a sociedade de economia mista possui capital misto, formado pela participação estatal e particular, com a obrigatória predominância do capital oriundo do Estado (controle estatal), devendo assumir a forma de sociedade anônima e ser registrada como acontece com as empresas privadas (o art. 45 do Código Civil de 2002), não podendo gozar de privilégios fiscais que não sejam de possível exercício pelos particulares nas atividades empresariais que constituíram. De outra parte, igualmente a empresa pública, deve realizar concurso público para a contratação de empregado

público e obedecer ao Princípio da Licitação como também acontece com a Empresa Pública.

Como se vê, a atividade desenvolvida pelo setor empresarial do Estado deve estar sujeita, segundo princípios constitucionais, ao princípio da subordinação do poder econômico público ao poder político democrático, a mecanismos de controle não só parlamentar (como foi detalhado, neste trabalho, apenas o controle pelos Tribunais de contas), mas também aos controles pelo Poder Judiciário, mediante provocação, pelo Ministério Público e pelo Poder Executivo. O princípio da subsidiariedade tem relevante papel, neste contexto, pois o fundamento da existência do Estado não é o exercício da atividade econômica, esta se justifica por razões já expostas, vinculadas ao desenvolvimento de algumas das áreas da atividade econômica da sociedade, associado ao interesse público e a segurança nacional. Nas palavras de Paulo Otero “o interesse público representa o fundamento, o limite e o critério da atuação econômica pública e, conseqüentemente, da iniciativa econômica pública”.

5. Considerações finais

Com a evolução do Estado e as crescentes demandas sócio-econômicas, novas formas de organização estatal foram surgindo ao longo do tempo. A prestação direta do serviço público passou a ser utilizada pelo Estado em situações essenciais, como as de interesse estratégico, de segurança nacional e de organização político-administrativa ou para suprir atividade econômica necessária onde a iniciativa privada não se interessar ou tiver interesse insuficiente.

No entanto, essa evolução também trouxe a necessidade de o Estado criar entidades para a produção de bens e serviços, o que se chamou de administração indireta.

Há outras atividades que estão dispostas, por permissão ou concessão, para que a iniciativa privada as execute, cabendo ao Poder Público a regulamentação e a fiscalização da atividade por agências reguladoras,

através dos atos regulatórios administrativos (resolução ou resolução normativa).

Assim, dentro dos limites constitucionais, o que afeta os pressupostos para a criação desta ou daquela forma de atuação direta ou indireta (autarquia, fundações públicas, empresa pública e sociedade de economia mista), tem o administrador público, a quem foi confiada – pelo povo – a direção do Estado, em alguns casos, um pouco de liberdade para optar, *v. g.*, por prestar o serviço diretamente ou indiretamente, fazendo a escolha da forma, mas dentro dos limites constitucionais.

Mostrou-se que o legislador elencou os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo como pressupostos para a intervenção do Estado na economia. Não obstante sejam conceitos jurídicos indeterminados, isso não leva a crer que o administrador pode tudo.

Essa discricionariedade caracteriza um resquício de liberdade de decisão conferido ao administrador, mas que deve ser exercida naquilo em que a norma legal não imponha uma forma, uma finalidade, um tipo prescrito, sob pena de cometimento de ilegalidade.

Atualmente, a Lei 13.303/16 regulamenta o art. 173, § 1º da Constituição Federal e traz outras disposições, consagrando os princípios constitucionais da administração pública, instituindo a *compliance* aplicada às empresas estatais, através de seu regime jurídico, em que se privilegiou a eficiência da gestão e a criação de um sistema de controle interno sobre as ações de seus administradores e empregados, coibindo conflitos de interesse, corrupção e fraudes.

Isto posto, existe sim um restrito grau de liberdade de conformação para que o Estado defina o *modus operandi* de sua atuação no domínio econômico (sentido amplo e estrito) para a produção de bens e serviços, mas muito está vinculado (empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações), porque tudo o que se realiza tem por fim atender aos preceitos legais impostos – subsidiariedade e interesse público.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. “**Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada**”. In SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. IX – Direito das Concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e liberdade**. 3ª ed. Brasília: UnB, 2002.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; & SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18 nov. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18 nov. 2018.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 01/1969. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18 nov. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18 nov. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 558.833/CE. Relator: Ministra Ellen Gracie. DJ: 08/09/2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603139>>. Acesso em 04 jul.2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 407.099/RS. Relator: Carlos Velloso. DJ: 06/08/2004. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768086/recurso-extraordinario-re-407099-rs>>. Acesso em 04 jul. 2019.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legalidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai./jul. 2006, pp. 1-29. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 18.11.2018.

KNOPLÖCK, Gustavo Mello. **Manual de Direito Administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed./atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho administrativo y derecho público general I – la formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho**. 3ª ed. Madri: Iustel, 2011.

OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação do sector empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. **Comentários A Lei Das Empresas Estatais: Lei Nº 13.303/16**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- RIVIERO, Jean. CRETELLA JÚNIOR, José (trad.). **Curso de Direito Administrativo comparado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, concessões, terceirização e regulação**. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. (Coord.) **Direito Administrativo Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- VIEIRA, David Laerte. **Intervenção do Estado no domínio econômico por participação: sub-regime jurídico funcional interno das empresas estatais, sob a óptica da dependência**. Disponível em www.pge.ac.gov.br. Acesso em 19 nov. 2018.

Responsabilidade dos advogados pareceristas na administração pública

*Paula Andrade Rattacaso*¹

Introdução

O tema proposto é abrangente, atualmente têm-se presenciado na esfera jurídica, bem como em todas as vias, tanto em livros quanto em artigos publicados através da internet, discussões acirradas acerca da responsabilidade do Advogado parecerista no âmbito da Administração Pública ou pelo TCU, quando da elaboração de pareceres jurídicos. Nesse artigo científico iremos evidenciar a análise no que tange aos pareceres elaborados durante procedimentos licitatórios, abordando se os mesmos são reconhecidos como pareceres obrigatórios, vinculantes ou meramente opinativos. O Advogado responde solidariamente com o gestor público nas decisões dos seus atos ou não? Esta e outras questões serão analisadas no decorrer do presente trabalho.

A metodologia a ser usada, no decorrer desse estudo, será embasada em pesquisas feitas através de doutrinas, bem como em sites relacionados ao assunto, como também por meio das últimas decisões discutidas pelos seletos Ministros na esfera do Supremo Tribunal Federal. Veremos que, de

¹ Advogada e Coordenadora Jurídica da Secretaria da Agricultura, Pesca e Aquicultura do Estado do Ceará (SEAPA/CE). MBA em Gestão Pública pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Metodologia do Ensino Fundamental e Médio pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Licenciada em Letras pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro da Comissão de Acompanhamento em Licitações e Contratos da OAB/CE. E-mail: paula.rattacaso@seapa.ce.gov.

acordo o desenvolvimento das polêmicas, presenciaremos vários enfoques para os quais poderemos chegar a diferentes conclusões.

Nesse contexto, vale ressaltar que este artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, pois visa apenas contribuir para o debate, traçando um paralelo entre as posições divergentes acerca do assunto.

O texto está organizado em cinco seções, incluindo esta introdução. A segunda seção aborda a Responsabilidade Pública do Advogado Parecerista, enquanto a terceira e a quarta seções tratam do Princípio da Licitação e da responsabilidade do Advogado Parecerista, respectivamente. Na quinta seção, e na quinta e última seção apresenta-se a conclusão deste trabalho.

1. Responsabilidade pública do advogado parecerista

Seria impossível falar em responsabilidade pública do Advogado parecerista sem adentrarmos, ainda que rapidamente, na análise da atividade deste profissional juntamente com suas atribuições.

O Art. 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, elenca que, o advogado é indispensável à administração da justiça, nessa passagem faz-se notório que, o Advogado é o protagonista da prestação jurisdicional, pois aqui podemos afirmar que, ele é o primeiro juiz da causa, o intermediário entre as partes e o juiz, sendo, portanto, indispensável ao bom funcionamento do judiciário, cujo escopo maior é o de dar a cada um o que lhe pertence.

Neste diapasão o reconhecido doutrinador, Silva Neto, reconhece que o advogado público também pode operar na advocacia consultiva, devendo se pautar na imparcialidade, buscando orientar a administração para suas decisões com base tão-somente na legislação pátria (SILVA NETO; GUIMARÃES, 2012, p. 18, grifo do autor).

A advocacia pública em sua função consultiva, abrange as possibilidades de consultoria e assessoramento à administração pública, atividades

estas que são privativas da advocacia, nos termos do art. 1º, inciso II da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia).

O artigo 133 da Constituição Federal estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo, nos limites da lei, inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. A Carta Magna consagrou ao advogado um caráter essencial na dinâmica judiciária, sendo ele o elo entre o cidadão e o efetivo acesso à justiça, com base nos fundamentos constitucionais do direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Nessa esteira, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994) reforça a indispensabilidade do advogado e a função social que exerce, conforme previsão do artigo 2º, *caput*, e parágrafos 1º, que afirma:

Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da Justiça.

§ 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. (BRASIL, 2016)

No plano infraconstitucional, a inviolabilidade do advogado é tratada também nos arts. 2º, § 3º, e 7º, II e XIX e §§ 2º e 3º, do Estatuto da OAB. Paulo Lobo lembra que, em sua dimensão positiva, ela ostenta as seguintes características: a) imunidade profissional, por manifestações e palavras; b) proteção do sigilo profissional; c) proteção dos meios de trabalho, incluindo local, instalações, documentos e dados. Em sua dimensão negativa, o autor lembra que “os limites referidos na Constituição se revelam no poder exclusivo da OAB de punir disciplinarmente os excessos cometidos pelo advogado”.

Essa inviolabilidade é imprescindível ao exercício pleno das funções advocatícias. Seu tolhimento afronta uma garantia reconhecida pelo constituinte para o desempenho de uma função essencial à Justiça, que se consagrou como instrumento de resguardo e defesa de direitos e garantias fundamentais. Vale ressaltar e apresentar a síntese do pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido.

Também conforme esclarece Ruy de Azevedo Sodré:

O advogado *exerce função social*, pois ele atende a uma exigência *da sociedade*. Basta que se considere o seguinte: *sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça*, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescritível para que funcione a *justiça*. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social.

Quando o Advogado, na elaboração do parecer jurídico, e no exercício de suas funções perante o Estado, age no exercício de sua função essencial, o próprio estatuto da OAB assevera que, mesmo no caso do advogado empregado, sua subordinação empregatícia não lhe retira a isenção técnica nem reduz sua independência profissional, em relação à advocacia.

Inobstante existir uma garantia constitucional, que resguarda a inviolabilidade do exercício dessa atividade jurídica, tal proteção não permite uma inviolabilidade genericamente permissiva de ilícitos ou da prática de atos danosos a terceiros. O que ela resguarda é a autonomia jurídica do advogado, sua capacidade de compreender o direito e de defender esse entendimento, sem submissão ou subordinação de suas convicções jurídicas a outro órgão, que não aquele responsável pela aferição de seus atos de indisciplina.

Já no que tange aos deveres dos Advogados, alguns estão expostos nos arts. 31 a 33 da Lei 8906/94. O art. 31 preceitua:

O advogado deve proceder de forma que se torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da categoria e da advocacia. § 1.º - O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

§ 2.º - Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Quis o legislador, neste artigo, enfatizar ao inscrito na OAB seu papel na sociedade e seu dever para com a categoria a que pertence. Não basta ao advogado ser honesto e capaz na vida profissional, também na vida privada deve zelar pelo seu comportamento ético, já que a profissão que abraçou o leva a prestar "serviço público" e a exercer "função social" (art. 2.º, § 1.º).

Demonstrada a vinculação do Advogado à sua função social, tem-se que, em matéria de licitação, incumbe ao profissional zelar pelos princípios desta, os quais são as normas mais relevantes para o desiderato público daquela.

2. Princípios da licitação

O Direito Administrativo é um ramo onde encontramos diversos princípios, pois a proteção dos interesses da coletividade tem que estar acima do interesse do particular.

Acerca do tema em apreço, colheu-se o escólio do renomado Doutrinador José Cretella Júnior que define princípio da seguinte forma: “O vocábulo princípio, na linguagem corrente, tem o sentido de ‘aquilo que vem antes de outro’, ‘origem, começo’, ‘momento em que se faz uma coisa pela primeira vez’. Princípio contrapõe-se a fim, assinalando marco inicial, no tempo e no espaço.” (Cretella Júnior, 1999, p. 28).

Enquanto no art. 5º, II, CF, temos o Princípio da Legalidade disposto sob a ótica individual, determinando que o Poder Público, para determinar o que se poderá e o que não se poderá fazer, deve elaborar leis, o que nos garante uma maior segurança jurídica; temos no Art. 37 de nossa Carta Magna, o Princípio da Legalidade sob a ótica da Administração Pública, ao estabelecer que administrador público só poderá agir dentro daquilo que é previsto e autorizado por lei.

Helly Lopes Meirelles cita que “a legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. (Helly Lopes Meirelles, 1998, p. 67).

Nesse caso específico, quando um Advogado parecerista se manifesta através de um parecer jurídico, este se utiliza do princípio da legalidade como sua principal baliza, ou seja, sua decisão deverá ser sempre fundamentada de acordo com o que dispõe a lei, com o embasamento correto, vinculando ou simplesmente opinando sobre as decisões que deverão ser tomadas, no caso dos facultativos e obrigatórios.

O Advogado parecerista manifestará sua posição, ficando na discricionariedade do gestor no caso de parecer opinativo, acatar ou simplesmente ficar silente quanto a decisão exposta no parecer jurídico, diferentemente do parecer vinculante onde neste o gestor deverá seguir o que o Advogado parecerista direcionar, caso contrário, se assim não o fizer, poderá ser responsabilizado e em certos casos se o parecer for direcionado sem a justificativa de acordo com que reza a lei, será solidariamente responsabilizado o Advogado e o Administrador.

Pois bem, antes de enveredarmos pelos caminhos dos diversos princípios, não poderíamos deixar de mencionar a respeito dos princípios administrativos os quais encontram-se espalhados na Constituição Federal, especificamente no seu art.37. Veja-se portanto:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

De acordo com o artigo acima, observamos que, ao todo, são cinco princípios básicos que submetem a administração pública direta e indireta: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, conhecidos em vastas doutrinas como o famoso método “mnemônico”, L.I.M.P.E.

Sem prejuízo da aplicação de todos os Princípios à licitação, quadra ressaltar a expressa alusão que o art. 37, XXI, faz a dois deles, quais sejam, eficiência e isonomia.

Quanto ao Princípio da Eficiência, este é definido segundo a visão de Chiavenato (2003), que o entende como:

um mecanismo que não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência, é um assunto ligado à eficácia.

Porém, parte-se do pressuposto de que este conceito de eficiência, com a Reforma da Gestão Pública, introduzida pela EC nº 19/98, embora tenha sido retirado da experiência privada, hoje tem uma versão adaptada por prezar também pela integração dos processos administrativos. Por isso, a obtenção de resultados finais com qualidade passa a ser preocupação primordial e constante no decorrer de todas as fases do processo administrativo, independente das atribuições típicas de cada uma, porque a meta a ser alcançada é impreterivelmente a qualidade dos serviços públicos prestados, por esses estarem condicionados ao atingimento e manutenção do bem-estar social.

No âmbito do direito administrativo, prioriza-se a eficiência na prestação de atividades e de serviço público adequado, de qualidade, universalizados e com modicidade de tarifas. Isso porque, se o objetivo de uma lei se coloca no campo político, social ou econômico, a interpretação do princípio da eficiência deve fazer-se de modo que esse objetivo político, social e econômico seja atingido da melhor forma possível (MUNIZ, 2007, p. 98).

Em específico, no que diz respeito ao procedimento licitatório, verifica-se a necessidade de se agir com eficiência na própria perspectiva técnica da sua finalidade, que é o de buscar o melhor serviço pelo menor preço. Visa em continuidade buscar a transparência dos procedimentos quanto as fases internas e externas de todo o certame licitatório para que se tenha no fim a tão esperada eficiência. De acordo com a renomada doutrinadora Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2002, p. 83).

No mesmo sentido, GASPARINI especifica:

Conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. Pela EC n. 19/98, que o acrescentou ao rol dos consignados no art. 37, esse princípio ganhou status constitucional. (2003, p. 20).

Já no que tange ao princípio da isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelas constituições em geral é que a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos. Contudo, é próprio da lei desigualar. Com efeito, esta, além de discriminar, trata diferentemente as pessoas. Assim, a determinados indivíduos são deferidos alguns direitos e obrigações que não assistem a outros.

Esse princípio garante a todos os interessados o direito de competir no nas licitações públicas. O princípio da isonomia, procura igualar a todos os interessados no processo licitatório. Também chamado de Princípio da Igualdade, de todos é um dos pilares de sustentação do Estado de Direito.

Para Bandeira de Mello, o Princípio da Igualdade:

firma a tese de que não se pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade. [...] O princípio da isonomia da Administração não necessita para seu fundamento, da invocação de cânones de ordem moral. Juridicamente se estriba na convincente razão de que os bens manipulados

pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda comunidade, embora por ela geridos, e benefícios a que todos igualmente fazem jus, uma vez que os Poderes Públicos, no Estado de Direito, são simples órgãos representantes de todos os cidadãos.

Afirma ainda Bandeira de Mello, ao tratar do Princípio da Isonomia nos processos licitatórios que:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.

É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o §1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato”.

A isonomia deve ser pilar de todo o processo licitatório tanto durante o ato convocatório, que é aberto a todos, dentre os quais serão selecionados os que se enquadram nas características necessárias, exceto aqueles que por ato anterior estejam impossibilitados de participar, e na fase seguinte do processo, sendo que o julgamento das propostas deve ser feito baseado nos critérios objetivos delimitados no ato convocatório, sem qualquer influência subjetiva, ou preferência dos julgadores também nessa fase.

Estes princípios também se apresentam no art. 3º da Lei 8.666/93, dispositivo este que regula as licitações e contratos administrativos e deve ser seguido pela administração, sendo até um dos dispositivos mais importantes desta lei, pois assim preconiza:

Art. 30. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a

Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Para Maria Sílvia Zannela Di Pietro:

A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público. (Di Pietro, 1999, p. 294)

Depois de termos apresentados os principais princípios que norteiam nossa Carta Magna, elencaremos de forma mais detalhada os princípios inerentes à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei 8.666/93.

O Princípio da Legalidade, previsto no art.5º, II da Constituição Federal, limita a administração Pública a somente poder exigir nos Editais de licitação o que está previsto na lei. No caso desse princípio não poderá existir vontade subjetiva, pois na administração Pública, nesse caso, só é permitido fazer o que a lei autoriza. O princípio da legalidade constitui em uma garantia para os licitantes, pois o mesmo proíbe que a Administração Pública, inclua como requisito para habilitação qualquer documento que não tem previsão legal e que não esteja incluída na Lei 8.666/93.

No que diz respeito ao Princípio da Isonomia (igualdade), este demonstra que deveremos dar tratamento igual a todos os interessados na licitação. É condição *si ne qua non* para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios.

Dando continuidade aos princípios elencados na lei de licitações e contratos, tem-se a existência do Princípio da Impessoalidade onde a Administração está obrigada a observar nas suas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos das licitações, vê-se que este afastamento

do subjetivismo encontra-se implicitamente o princípio da isonomia e imparcialidade. Neste princípio não se falar em favoritismos em razão da pessoa a celebrar o contrato.

Ainda no decorrer dos conceitos no que tange a princípios no âmbito da Lei supracitada, nos deparamos também com o Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa, aos quais nos remete a mostrar que a conduta dos licitantes e dos agentes públicos tem de ser, além de lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.

No Princípio da Publicidade a pessoa que demonstrar interesse nas licitações públicas deve ter acesso a estas, bem como também ao seu controle, através de divulgação dos atos praticados pelos administradores em todas as fases da licitação. Este princípio assegura a todos os interessados a possibilidade de fiscalizar a legalidade dos atos.

Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, onde temos o edital como ato administrativo, submetido à lei, portanto, no ato convocatório, deverão sempre constar as normas e critérios inerentes à Licitação e aplicáveis a esta. É através deste instrumento que o Poder Público chama os potenciais interessados em contratar com ele e apresenta o objeto a ser licitado, o procedimento adotado, as condições de realização da licitação, como também a forma de participação dos licitantes. Nele devem constar necessariamente os critérios de aceitabilidade e julgamento das propostas, bem como as formas de execução do futuro contrato. O instrumento convocatório apresenta-se de duas formas: edital e convite. O primeiro é utilizado nas modalidades concorrência, pregão, concurso, tomada de preços e leilão. Já a segunda é apenas utilizado na modalidade convite. O que não disser respeito ao instrumento convocatório deve ser impugnado pelos interessados.

O Princípio do Julgamento Objetivo, significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Novamente, como no princípio da isonomia e da impessoalidade, aqui também o administrador afasta a possibilidade de o

jugador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração. O art. 45 da Lei 8.666/93, estabelece, como critérios possíveis a serem estipulados no edital, os de menor preço, maior lance, melhor técnica e técnica e preço, não admitindo critérios subjetivos.

Por derradeiro, temos, na Lei nº 10.520 de 2002, outro princípio norteador de licitações, desta feita na modalidade conhecida por Pregão, onde se almeja simplificar procedimentos de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias. Nesta modalidade encontra-se o Princípio da Celeridade, pois as decisões, sempre que possível, devem ser tomadas no momento da sessão, sendo precisas e objetivas, evitando com isso os conhecidos atrasos nas licitações.

São estes, em linhas gerais, os paradigmas que devem nortear a dos Advogados Pareceristas em licitações.

3. Da responsabilidade do advogado parecerista

Como visto, não há dúvidas de que as prerrogativas e competências concedidas pela Constituição e legislação à Advocacia, ao passo que geram grandes poderes, trazem consigo responsabilidades no mesmo patamar. Basta essa máxima infante para desautorizar qualquer tentativa de suprimir absolutamente a possibilidade de responsabilização do Advogado de Estado ou de qualquer outra autoridade pública ou política. O Estado Democrático de Direito não foi assentado sob as premissas das proteções odiosas às autoridades; pelo contrário, se o Estado de Direito marcou a sujeição do Poder Público à lei, sua transmutação democrática firmou a submissão da autoridade à vontade da sociedade, e essa nova face não admite privilégios ilegítimos. Contudo, a imposição de responsabilidades deve respeitar o ordenamento jurídico, sob pena de comprometimento do equilíbrio do sistema. Como apregoou Bobbio, “reivindicar a ordem significa exigir que a aplicação do direito respeite as regras fundamentais estabelecidas em nosso ordenamento”.

Por essa razão, quadra analisar em que condições haverá a responsabilização do Advogado de Estado, aqui especificamente em sua atividade consultiva na licitação, sendo o caso de fixar alguns pontos relevantes com o intuito de haver uma reflexão sobre os limites jurídicos de sua ocorrência. De antemão, contudo, será feito um breve resumo sobre o entendimento externado pelo Tribunal Constitucional, em relação ao assunto.

Vale ressaltar primordialmente que, no Direito pátrio, não há previsão legal sobre a responsabilidade solidária do advogado que emite ou deixa de emitir pareceres, relativos à licitação, salvo quando praticar tais atos com dolo ou culpa, sendo que, em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria. Diante disso, sobre a responsabilidade dos advogados, prevê a Lei nº 8.906/94, em seu art. 32, que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Em licitação esta pode ser consubstanciada em dardejante ofensa aos princípios anteriormente elencados, eis que a malferimento *claro* aos mesmos representa ato inescusável.

Neste sentido, os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, embasados no entendimento do Supremo Tribunal Federal, concordam quanto a exclusão da responsabilidade dos advogados que emitem pareceres em licitação, desde que o ato opinativo não decorra de conduta dolosa ou erro inescusável. Senão vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADOGADO. PROCURADOR: PARECER.CF, art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo,

quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (MS 24073 DF).

Por outro lado, o Acórdão 3193/2014, que tem como Relator o Ministro Benjamin Zymler, adota posição mais rígida do que venha a ser a responsabilidade do parecerista, no que tange à prestação de contas, nesse sentido:

Acórdão 3193/2014 Plenário (Prestação de Contas, Relator Ministro Benjamin Zymler)

Responsabilidade. Ato irregular. Pareceres técnico e jurídico.

Os pareceristas em geral só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou da jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, da legalidade, da publicidade, dentre outros.

Diversas discussões foram feitas desde os anos de 2002 até 2008 a respeito da responsabilidade ou não do parecerista jurídico dependendo do tipo de parecer que fora elaborado pelo profissional jurídico. Podemos nos deparar com a que abaixo está apresentado à época, prolatado pelo Ministro Marco Aurélio a respeito da vinculação do parecer, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei das Licitações, nos autos do Mandado de Segurança já citados anteriormente, vale ressaltar o voto do relator, ministro Marco Aurélio, acompanhado pela maioria dos integrantes do Tribunal (Mandado de Segurança n. 24.584-1- DF, julgado em 9 de agosto de 2007): em relação à manifestação, em tese, do Advogado parecerista. Veja-se trecho abaixo:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o critério técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sofreu o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade.

Destarte, percebe-se, das manifestações apresentadas acima, que existe ainda muita discussão a ser feita, digamos que exista uma zona cinzenta em torno do tema responsabilidade do parecerista, que será futuramente, merecedora de novas análises, inclusive, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Através de leituras e pesquisas feitas veremos que diversos doutrinadores em suas obras, por muitas vezes, têm discutido sobre o peso da responsabilidade que existe sobre cada parecer elaborado pelo Advogado. As responsabilidades e seus níveis serão, no decorrer deste artigo, observadas e discutidas. Veremos, outrossim, que o tema perpassa pela natureza jurídica do parecer e que este apresenta espécies diferentes.

O Parecer é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração obtêm uma opinião através do Advogado Parecerista sobre algo que tem que ser observado pelo Gestor Administrativo a respeito de qualquer ato, seja sobre um processo licitatório, contratos, entre outros assuntos de interesse da administração pública.

Sylvia Zanella Di Pietro em seu livro sobre Direito Administrativo cita Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:538), no qual conceitua o parecer como sendo de três formas: facultativo, obrigatório e vinculante.

Segundo o doutrinador Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:538):

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder a própria motivação do ato. O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito a solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e acatar a sua conclusão.

Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, que em certas ocasiões deixa de ser um instrumento de mera opinião para se tornar obrigatória ou vinculante. Quando é o parecer é opinativo, este não decide, apenas induz uma decisão, sugere, aponta caminhos.

Interpretando essa classificação de Oswaldo Aranha, O STF teve a oportunidade de delimitar os liames da responsabilidade do procurador pela emissão de parecer jurídico. O julgado é bem claro quanto ao entendimento, razão pela qual está exposto abaixo na íntegra.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua

natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. **(MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)**

Diante do entendimento que está exposto no Mandado de Segurança retrocitado, considerando os fundamentos jurídicos, e ainda corroborando com o entendimento do doutrinador Oswaldo Aranha, denotam-se três espécies de pareceres-técnicos jurídicos. Vejamos:

Parecer facultativo: abarca a maioria dos casos da rotina da Administração Pública. Nesse caso, o administrador não está obrigado a solicitar a apreciação do órgão jurídico. Caso peça parecer à consultoria jurídica, o administrador não está vinculado ao parecer, podendo decidir de forma diversa, desde que motivadamente. Nesse contexto, é de fácil conclusão que o advogado não divide qualquer responsabilidade com o administrador, ainda que sua opinião tenha sido acatada e causado danos ao Erário. Prevalece o sentido de que o ato administrativo não é o parecer.

Parecer obrigatório: é aquele que a lei exige como necessário para a perfeição do ato/procedimento administrativo. Como exemplo, temos o parecer da Lei 8666/96, segundo a qual as minutas de editais de licitação devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica. O fato de o parecer ser obrigatório, não o torna vinculante. Nesse ponto, o STJ entende que é claro o sentido de que o administrador tem liberdade para emitir o ato ainda que com parecer contrário da sua consultoria jurídica. Em outro norte, não será possível modificar o ato na forma em que foi submetido à apreciação do órgão jurídico, salvo se solicitar novo parecer, tendo em vista o seu caráter obrigatório. Qualquer alteração no ato, deve ser previamente analisada pela consultoria jurídica. Nesse caso, é de fácil constatação que o parecerista não divide responsabilidade do ato com o administrador.

Parecer vinculante: é quando a decisão do administrador, sob pena de nulidade, está totalmente vinculada à decisão do consulente, o que de fato aumenta a responsabilidade deste, pois, seu parecer obriga o administrador a decidir em conformidade com o parecer proferido ou não decidir. Desta feita, a discricionariedade do administrador, quando da prática e/ou expedição de um ato administrativo, precedido de parecer vinculante, está presente apenas no fato de praticar o ato ou não, pois se praticá-lo deve, obrigatoriamente, seguir as determinações expressas nele.

Na linha de raciocínio, Gasparini (2008, p. 93), este comenta que presente está o parecer vinculante, quando por força de determinação legal, a autoridade possuidora da competência decisória, fica subordinada, sob pena de nulidade, aos termos conclusivos dispostos no parecer.

Neste diapasão, cabe lembrar a sábia orientação da doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello quando menciona que:

Parecer conforme, ou vinculante, é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo.

A legislação oferece também inúmeros exemplos de parecer, como por exemplo o obrigatório, cuja "presença" (na expressão de Hely Meirelles) é necessária e mesmo exigida, mas de conteúdo não vinculante.

Feitas essas considerações, a seguir elencaremos, os tipos de pareceres previstos em licitação, tema que perpassa pelo conteúdo do inciso VI e do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, desta forma:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexistibilidade;

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e

aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Vale destacar que no artigo supracitado o parecer é técnico ou jurídico, ou seja, nem o seu conteúdo é obrigatoriamente jurídico, devido a conjunção alternativa exposta no texto; logo, não há que se falar em parecer jurídico vinculante no caso em tela, este entendimento vem sendo corroborado pela Jurisprudência pátria, senão vejamos:

(...) Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária; embora o seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado, para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração (cf. nosso Direito Administrativo Brasileiro, 13^a. Ed. São Paulo, 1988, pp. 152-153).

Ademais, acontecendo o não acolhimento do opinativo da autoridade gestora, esta deveria motivar sua decisão a respeito ou solicitar outro parecer, lembrando na ocasião que, esta atividade de consultoria jurídica é prerrogativa de advogado, conforme elencado no artigo 12, II, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 4-7-94).

No contexto da Administração Pública, a atividade consultiva é privativa das Procuradorias dos Estados e da Advocacia Geral da União, descrito nos artigos 131 e 132 da Magna Carta de 1988.

Ainda de acordo com a doutrinadora em questão, o parecer é vinculante quando a Administração tem como obrigação concordar em todos os aspectos, principalmente no que diz respeito a sua conclusão. Podemos exemplificar no caso de invalidez de servidor público, onde a Administração tem que decidir, tendo antes que ouvir o que o órgão médico tem a dizer em relação ao caso em pauta, não podendo a administração decidir em desacordo com a decisão do supracitado órgão; não há de se deixar comentar sobre a passagem do caso da manifestação prevista no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, que obriga as assessorias jurídicas a examinar e aprovar minutas de edital de licitação e dos contratos administrativos.

Seja o Advogado Público tendo conduta culposa ou dolosa, nexo causal entre o parecer elaborado e crime de improbidade, como o dano ao erário, é possível responsabilizá-lo, sem prejuízo das sanções penais e administrativa cabíveis, dada a independência de instâncias. Não obstante a isso, cumpre-me citar que o STJ já entendeu possível que o parecerista figure no polo passivo de ação de improbidade administrativa. Vejam:

ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO - DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE - RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO - POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA - ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS - SÚMULA 7/STJ.1.

(...) 3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.

4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave. (...) (REsp 1183504/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 17/06/2010).

4. Considerações finais

Sabemos que esse assunto há de ser ainda muito discutido, e que está longe de ser esgotado através deste simples *paper*. De acordo com toda a discussão exposta, o parecerista em licitação tem a responsabilidade pública de fazer com que os princípios licitatórios sejam observados em todo o certame, podendo ser responsabilizado caso sua atuação de má-fé, dolosa

ou realizada com culpa inescusável se faça presente quanto ao descumprimento dos citados princípios. Esta responsabilidade deve ser analisada independentemente do subsequente ato administrativo de aprovação do parecer, pois se trata de obrigação afeta à atividade do advogado.

Não se deve cogitar, entretanto, de solidariedade do parecerista com o Gestor, eis que o ato será opinativo e a doutrina, bem como a jurisprudência majoritária, apenas admite vinculação do Administrador Público ao parecer em casos excepcionais.

Opinar não é o mesmo que decidir. Não se trata de, popularmente falando, “bater o martelo”. O parecer em licitação possui caráter opinativo, é uma opinião técnico-jurídica, não podendo ser considerado um ato administrativo decisório. Desta forma, o parecer não vincula a autoridade que possui poder decisório, é apenas uma orientação para o Administrador no processo licitatório.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BRASIL. Lei n. 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.

_____. Mandado de segurança n. 24.631-6/DF. Sebastião G. M. Tavares *versus* TCU. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Distrito Federal. Acórdão de 9 ago. 2007. *DJe*, 1º fev. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. 1.250 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998. 566 p.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, ed. Forense, 1979

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14609347/recurso-especial-resp-1183504-df-2010-0040776-5>

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de estado. In <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29276.pdf/rev630305> ResponsabilidadeAdvogadoEstado.pdf). Acesso em: 16.05.2014.

Licitação pública das concessões e permissões de serviços públicos

*Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka*¹

Introdução

As concessões e permissões da prestação de serviços públicos devem ser realizadas mediante prévio procedimento licitatório, consoante estatui a Constituição Federal, em seu art. 175, *in verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos. (g. n.)

Além disso, assim estatui o parágrafo único do referido dispositivo legal:

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

¹ Analista Judiciária do Tribunal Regional Federal (TRF/3ª Região). Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora de Direito Administrativo da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). E-mail: sytanaka@hotmail.com.

Em atenção à determinação supra, foi editada a Lei nº 8.987, de 13.2.95, que, dispondo sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, estabelece as regras da licitação.

A Lei nº 8.666, de 21.6.93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública também deve ser observada, conforme dispõe o art. 14, da Lei nº 8.987/95, *in verbis*:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, **nos termos da legislação própria** e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. (g. n.)

Dessa forma, tanto as disposições da Lei nº 8.666/93 como as da Lei nº 8.987/95 deverão ser observadas nas licitações que tenham por objeto a concessão e permissão de serviços públicos.

Outra observação inicial a ser feita refere-se à aplicação desses mesmos dispositivos legais nas permissões de serviço públicos, conquanto, embora o art. 14 supramencionado faça referência somente às concessões, o art. 40, da Lei nº 8.987/95, estatui:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Antes, porém, de analisarmos o procedimento licitatório, mister se faz tecer considerações acerca do objeto da licitação, ou seja, sobre a concessão e permissão de serviços públicos.

1. Objeto da licitação, em sentido amplo

A licitação pode ter por objeto a concessão ou a permissão de serviço público. Para tanto, interessante analisar quais atividades podem ser consideradas como serviço público e, dentre elas, quais as que podem ser

concedidas ou permitidas para, posteriormente, analisar-se a distinção entre concessão e permissão.

1.1 Serviço Público

A concepção de serviços públicos não é tarefa simples, pois além de divergir em cada país, em razão das especificidades de cada coletividade, altera-se em razão de determinados momentos políticos. Dessa forma, determinada atividade pode ser considerada como serviço público num ordenamento jurídico e não ser assim considerada em outro. Da mesma maneira, atividades industriais, que não eram consideradas serviço público, passaram a ser assim consideradas após o liberalismo, como eventualmente passam a ser desconsiderados quando da desestatização.

Não se objetiva, no presente estudo, um aprofundamento acerca da natureza jurídica dos serviços públicos, mas apenas delimitar aqueles que podem ser objeto de concessão e permissão.

Sucintamente, pode-se entender por serviço público aquele prestado pelo Estado, direta, indiretamente ou através de concessão e permissão, sob as normas do direito público, em benefício da coletividade.

Com efeito, há que se distinguir quais são os serviços públicos que devem ser prestados direta ou indiretamente pelo Estado e quais os que podem ser objeto de concessão e permissão e, nesse sentido, cabe adotar a classificação que Celso Antônio Bandeira de Mello² realiza, com base na Constituição Federal:

- a) Serviços de *prestação obrigatória e exclusiva do Estado* (citando, o referido autor, o serviço postal e o correio aéreo nacional – art. 21, inc. X);
- b) Serviços de *prestação obrigatória do Estado* e em que é também *obrigatório outorgar em concessão* a terceiros (serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens – art. 223);
- c) Serviços de *prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade* (educação - arts. 205 e 208; saúde - art. 196; previdência social - art. 194;

² *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 682-4.

assistência social - art. 203; e radiodifusão sonora e de sons e imagens – art. 223);

- d) Serviços de *prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação*, tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros (todos os demais serviços, notadamente, os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário interestadual e internacional, exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres – art. 21, incs. XI e XII).

Adverte, referido autor³, que “a enumeração dos serviços que o texto constitucional considera públicos não é exaustiva”, observando como exemplo, em nota, o serviço funerário, na esfera municipal.

Subsume-se, portanto, que, excetuadas as hipóteses arroladas nas alíneas “a” e “c”, todos os demais serviços podem ser objeto de concessão e permissão.

Não obstante a irrefutável classificação mencionada, no tocante ao serviço postal (alínea “a”), o mesmo passou a ser objeto de concessão ou permissão, consoante estatui o art. 1, inc. VII, da Lei nº 9.074, de 7.7.95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, inserido pela Lei nº 9.648/98, *in verbis*:

Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

(...)

VII – os serviços postais.

No tocante aos serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão), os mesmos foram expressamente excluídos da Lei nº 8.987/95, consoante prevê seu art. 41. A razão dessa exclusão reside no fato de tais serviços não terem sua renumeração direta dos usuários,

³ *Op. cit.*, p. 681.

através da cobrança de tarifas, mas se efetivar através dos valores cobrados pelos anunciantes para divulgação de suas mensagens⁴.

1.2 Serviço público intransferível e adequado

Importa sempre gizar a inexistência de transferência dos serviços públicos, bem como insistir na delegação de sua execução para o particular contratado.

Segundo Odete Medauar⁵, “a Administração não pode se desvincular do serviço público, quando concedido. O serviço é concedido, mas permanece serviço público; a concessão não configura abandono, desligamento total”.

A ausência dessa transferência implica a necessidade de o poder concedente realizar permanente fiscalização, com o intuito de assegurar a prestação de um serviço público desejado e, por conseguinte, satisfatório ao interesse público.

A definição de “serviço adequado” encontra-se prevista nos §§ 1º e 2º, do art. 6º, da Lei nº 8.987/95, que dispõem:

Art. 6º (...)

⁴ A respeito das concessões ou permissões de rádio ou de televisão, é cediço que as mesmas não são realizadas mediante o prévio e devido certame licitatório, contrariando o mandamento constitucional estatuído no *caput*, do art. 175, da CF. Nesse sentido, irrepreensível a mensagem de Celso Antônio, que, fazendo menção ao referido dispositivo legal, diz (op. cit., nota de rodapé, p. 698/9): “Este dispositivo refere que tanto a permissão quanto a concessão de serviços públicos far-se-ão ‘sempre através de licitação’. Contudo, entre nós, quando se trata de concessão ou permissão de rádio ou de televisão, tal regra é inteiramente ignorada, seguindo-se, quando muito disfarçadamente, a velha tradição do mero favoritismo. Como se sabe, é grande o número de congressistas que desfruta de tal benesse. Neste setor reina – e não por acaso – autêntico descabro. A questão é particularmente grave porque, em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente *informam* e, de outra lado, *formam*, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco. Deveras, como a esmagadora maioria de brasileiros não acede, ou só muito episódica e restritamente o faz, a outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as ‘mensagens’ radiofônicas ou televisivas não encontram resistência alguma; antes, com o perdão da imagem prosaica, ‘penetram como faca quente na manteiga’. Em suma: nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público-alvo, pois estas serão as que se lhes queira inculcar. Dado que as emissões não se chocam com uma base cultural e ideológica medianamente consistente, o que só ocorreria se a população estivesse abeberada e subsidiada por outras fontes de informação ou cultura (capazes de, em sua mescla, engendrar um substrato de opinião dotado de alguma densidade), as mensagens do rádio e da televisão modelam livremente o ‘pensamento’ dos brasileiros. (...) O pior é que não há fundamento para alimentar-se esperanças sérias de saneamento da atual situação”.

⁵ *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: RT, 1995, p. 13.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Para tanto, a Lei nº 8.987/95 outorga a possibilidade de o poder concedente efetuar amplamente a sua fiscalização, consoante estatui o art. 30 e seu parágrafo único:

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Assim sendo, resta clara a obrigatoriedade de ser realizada efetiva e contínua fiscalização pelo poder concedente que, inclusive, possui a possibilidade de efetuar intervenção, nos termos previstos no art. 32, da Lei nº 8.987/95:

Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

No tocante à responsabilidade da concessionária ou permissionária de serviço público, cabe advertir que referida fiscalização não a atenua nem a exclui, consoante expressa previsão do art. 25:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

Aliás, importante ressaltar que, embora a jurisprudência caminhasse no sentido de excluir a responsabilidade objetiva das concessionárias e permissionárias de serviço público nos casos em que ocasionassem danos a terceiros não usuários (por exemplo, vide RE 262.651-SP), esse entendimento restou superado pelo decidido, em 2009, no RE 591.874-2-MS, pelo plenário da Suprema Corte, conforme se depreende da respectiva ementa:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II – A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III – Recurso extraordinário desprovido.

Assim, denota-se a plena responsabilidade que assiste ao concessionário ou permissionário quanto à prestação do adequado serviço público.

Por tais razões, o serviço público adequado encontra-se também assegurado pela Lei nº 8.078, de 11.9.90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, nos termos de seu art. 22 e parágrafo único:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

1.3 Concessão e permissão de serviço público

As Constituições Federais anteriores à atual, a partir de 1934, previram a possibilidade de os serviços públicos serem concedidos e, a partir de 1946, serem autorizados ou concedidos⁶. Somente a atual Constituição de 1988 inseriu, ao lado da autorização e da concessão, a palavra “permissão”, em seu art. 21, incs. XI e XII, e em seu art. 175.

Ao assim estatuir, alterou a natureza jurídica das permissões, porquanto as mesmas passaram a necessitar de prévia licitação, induzindo, logicamente, a sua natureza contratual, tendo em vista inexistir licitação prévia a ato administrativo.

Partindo dessa premissa, a Lei nº 8.987/95 disciplinou sobre as permissões de serviços públicos da seguinte forma:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

As permissões de serviços públicos, portanto, passaram a ser formalizadas através de contrato e, dessa forma, mediante prévio certame licitatório, razão pela qual se aplicam as mesmas disposições previstas para as concessões de serviço público.

Em razão de tais alterações, divergem os entendimentos doutrinários a respeito da natureza jurídica das permissões de serviços públicos, fazendo-se necessário tecer algumas considerações sobre as mesmas, a fim

⁶ Dispunha o art. 8º, inc. XV, da Constituição Federal de 1967, que compete à União “explorar, diretamente ou mediante **autorização ou concessão** (...). Mediante autorização ou concessão também era previsto no art. 5º, inc. XII, da CF de 1946; e, nas Constituições de 1937 (art. 15, inc. VII) e 1934 (art. 5º, inc. VIII), era prevista somente a **concessão**.

de demonstrar, ou não, eventual diferença entre elas e as concessões de serviços públicos.

1.3.1 Concessão de serviço público

A natureza jurídica das concessões de serviço público não sofreu alteração.

Nas lições de Antônio Cecílio Moreira Pires⁷, concessão é a delegação da execução de um serviço público ao particular, mediante licitação e por meio de instrumento contratual, que assume a incumbência de executá-lo em nome próprio, responsabilizando-se pelos riscos a ele inerentes, em troca da remuneração pela sua prestação, feita através de tarifa, obedecendo às regras definidas pelo Poder Executivo e ao regime próprio do direito público.

Pelo referido conceito, subtrai-se que a concessão é o meio pelo qual se delega o serviço público, por intermédio de um contrato, precedido de licitação, para que o particular contratado (concessionário) o execute por sua conta e risco.

A concessão, portanto, é realizada através de contrato administrativo celebrado com o poder concedente, que permanece na titularidade do serviço público, assegurando, em contraprestação, os direitos do concessionário, dentre eles a equação econômico-financeira, a fim de que o contratado possa obter sua remuneração, por meio da cobrança de tarifa aos usuários do serviço público concedido.

1.3.2 Permissão de serviço público

Até o advento da atual Constituição Federal, como visto, as permissões de serviço público eram estabelecidas por ato unilateral, razão pela qual eram consideradas discricionárias e precárias.

⁷ *Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 375.

Segundo ensinamentos de Hely Lopes Meirelles⁸:

Serviços permitidos são todos aqueles que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público, e, por ato unilateral (termo de permissão) comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para o seu desempenho.

A *permissão* é, em princípio discricionária e precária, mas admite condições e prazos para exploração do serviço a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando atrair a iniciativa privada. O que se afirma é que a *unilateralidade*, a *discricionariedade* e a *precariedade* são atributos da permissão, embora possam ser excepcionados em certos casos, diante do interesse administrativo ocorrente.

Adiante, continua referido autor⁹:

A permissão, por sua natureza precária, presta-se à execução de serviços ou atividades transitórias, ou mesmo permanentes, mas que exijam freqüentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes do controle estatal.

Contudo, a partir do advento da Carta de 1988, que estabeleceu a formalização das permissões de serviços públicos pela celebração de contrato, mediante prévia licitação, igualou-as às concessões de serviços públicos.

Evidentemente, passam a ser descabidas as atribuições da discricionariedade e precariedade, que são incompatíveis com a natureza jurídica dos contratos administrativos.

Isso, no entanto, não significa dizer que o contrato não possa ser rescindido unilateralmente pelo poder concedente, mas a regra aplicável será a mesma existente para os contratos de concessão, garantindo-se a devida indenização.

⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1985, p. 334 (preferimos utilizar edição escrita pelo autor, antes de seu falecimento).

⁹ *Op. cit.*, p. 334-5.

Indubitavelmente, se assim não for entendido, nenhum licitante participará das licitações, porquanto nenhuma empresa privada irá custear, por sua conta e risco, determinado serviço público para, a qualquer momento, ter, discricionária e precariamente, rescindido o seu contrato.

A superveniência dessa nova espécie de permissão de serviço público, entretanto, não extingue a permissão formalizada por ato administrativo unilateral (termo de permissão). A escolha das espécies dependerá da existência ou não da necessidade de valores financeiros serem investidos pela permissionária, que definirá a necessidade ou não de prazo para a permissão e os direitos a serem assegurados e, conseqüentemente, a elaboração de ato ou contrato administrativo¹⁰, lembrando-se que, neste último caso, não há que se falar em celebrá-lo sem definição de prazo, tendo vista expressa vedação nesse sentido, prevista no § 3º, do art. 57, da Lei nº 8.666/93¹¹.

1.4 Distinção das concessões previstas na Lei nº 8.987/95 e a Parceria Público-Privada

A Lei nº 11.079, de 30.12.04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, prevê duas modalidades de concessão: patrocinada ou administrativa, definindo-as da seguinte forma:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

¹⁰ Art. 57 (...) § 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

¹¹ Na realidade, diversos eram os embates travados pelos tribunais no tocante à existência da discricionariedade e precariedade nos atos de permissão em que se estabeleciam prazo, que levavam ao entendimento da supressão de tais atributos. Em razão das atuais alterações, resta melhor disciplinada a outorga de tais atributos, que, efetivamente, passam a ser existentes nos atos de permissão, nos quais não são estabelecidos nem prazo nem direitos, sendo suprimidos nas hipóteses em que a permissão for formalizada através de contrato administrativo.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

As distinções existentes entre essas modalidades de concessão e a concessão comum, prevista na Lei nº 8.987/95, encontram-se nos §§ 3º e 4º desse mesmo dispositivo legal, *in verbis*:

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

A respeito dessas distinções, cabe efetuarmos uma observação no tocante ao envolvimento de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Embora as parcerias público-privadas se caracterizem quando houver a referida contraprestação pecuniária, não existe impedimento para que a mesma ocorra nas concessões comuns.

Nesse sentido, estatui o art. 11, da Lei nº 8.987/95:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

A distinção, na realidade, reside no risco a ser assumido pela empresa contratada, que é praticamente absoluto na concessão comum, cuja remuneração se dará ao longo do tempo, por meio da cobrança de tarifas dos usuários do serviço público concedido, e parcial na concessão patrocinada,

visto que nesta, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a concessionária receberá uma contraprestação pecuniária do parceiro público.

No tocante às concessões administrativas, inobstante a denominação atribuída, verifica-se tratar de contratos de prestação de serviço comum, perfeitamente realizáveis, nos termos da Lei nº 8.666/93; portanto, sem distinção entre tais institutos.

2. Objeto da licitação, em sentido estrito

Nos termos do art. 40, inc. I, da Lei nº 8.666/93, aplicável nas licitações em comento, por força do art. 18, da Lei nº 8.987/95, todo o objeto da licitação deverá ser descrito clara e sucintamente, ou seja, não poderá ter obscuridade quanto ao serviço a ser concedido ou permitido, devendo conter “a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço” (art. 18, inc. II, da Lei nº 8.987/95).

Por essa razão, o serviço a ser concedido ou permitido, que pode, inclusive, ser precedido da execução de obra pública, deverá ser objeto de prévia elaboração de projetos, estudos, levantamentos ou investigações (art. 21, da Lei nº 8.987/95).

No âmbito federal, a elaboração de tais atos encontra-se regulamentada pelo Decreto nº 5.977, de 1.12.06, que, sucintamente, estabelece a necessidade de solicitação, devidamente aprovada, do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP, no qual estarão previstas condições, prazos, contraprestação financeira, entre outros. Os particulares interessados deverão protocolar requerimento de autorização, informando suas condições e, se estiver em conformidade, a CGP elaborará o termo de autorização. A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações serão realizadas conforme critérios previstos no art. 10 do Decreto e os selecionados terão os valores apresentados ressarcidos pelo vencedor da licitação, que se utilizará desses atos.

Tendo em vista que as contratações são realizadas por conta e risco dos particulares contratados, não se aplica o impedimento constante no

art. 9º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, podendo o autor ou o responsável economicamente pelos projetos, estudos, levantamentos e investigações participar do respectivo certame licitatório (art. 31, da Lei nº 9.074/95 e art. 15 do referido Decreto).

De posse desses trabalhos, o poder concedente publicará “ato justificando a conveniência da outorga da concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo” (art. 5º, da Lei nº 8.987/95) e, em seguida, publicará o edital de licitação que deverá conter o valor supra-mencionado, a ser ressarcido (art. 21, do mesmo diploma legal).

Há que se salientar que nenhuma concessão ou permissão poderá ser realizada sem prévia autorização legal, nos termos do art. 2º, da Lei nº 9.074/95:

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

3. Licitação pública

Nos termos do art. 14, da Lei nº 8.987/95, “toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório”.

Vale destacar, no caso, dois princípios acima arrolados: princípio do julgamento por critérios objetivos e princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Evidentemente, tratando-se de uma competição, o critério de julgamento das propostas deverá ser estabelecido objetivamente no edital,

sendo incabíveis as preferências por critérios de conveniência, escusos, ao livre arbítrio da comissão julgadora.

Uma vez estabelecidas as regras da competição, a própria Administração Pública licitadora restará vinculada às mesmas, não podendo alterar os critérios previstos no edital a seu talante, durante todo o certame, sob pena de violar, sobretudo, o princípio constitucional da igualdade dos licitantes.

Afora essas observações, três assuntos merecem ser abordados, por diferirem substancialmente das normas existentes para as licitações públicas: modalidade da licitação, critério de julgamento das propostas e consórcio entre as empresas licitantes.

3.1 Modalidade da licitação

A modalidade de licitação estabelecida pela Lei nº 8.987/95 é a “concorrência”, conforme dispõe seu art. 2º, incs. II e III, *in verbis*:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, **na modalidade de concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, **na modalidade de concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (g. n.)

O inc. IV, do referido dispositivo legal, diz respeito à permissão:

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa

física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Não obstante o fato desse dispositivo não ter mencionado a modalidade *concorrência* para as permissões de serviço público, a mesma deverá ser adotada, por força do parágrafo único, do art. 40, como já visto.

A novidade prevista na Lei encontra-se no art. 18-A, que prevê a possibilidade de o edital estabelecer a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, bem como a possibilidade do oferecimento de lances (inc. I).

Num primeiro momento, poder-se-ia constatar a adoção da modalidade “pregão”, instituída pela Lei nº 10.520, de 17.7.01. Porém, há uma diferença: o pregão só pode ser realizado pelo critério “menor preço”, podendo, neste caso, serem adotados outros critérios de julgamento, inclusive o de melhor técnica.

Na ocasião do advento da Lei nº 10.520,02, diversos questionamentos surgiram a respeito da impossibilidade de serem adotados critérios técnicos de julgamento no pregão.

A razão, em princípio, está no fato de a análise técnica das propostas não dar ensejo a oferta de lances, que constitui o ponto fundamental do êxito do pregão para a consecução da proposta mais vantajosa. Por esse motivo, o objeto do pregão necessita ser “comum”, ou seja, independe de maiores especificidades técnicas para a sua caracterização, sendo comum no mercado em geral.

Não obstante, a inversão das fases de habilitação e julgamento, por si só, já garante imensa celeridade e eficiência no procedimento licitatório, visto que reduz os diversos dias em que a comissão licitante despendia para analisar os documentos de habilitação de todos os concorrentes, passando, com a alteração, a examinar somente os documentos do licitante vencedor.

Assim sendo, a previsão da inversão das fases, mesmo com a adoção de critério técnico para o julgamento das propostas, é extremamente salutar, que deveria, inclusive, ser possibilitada pela lei de licitações.

3.2 Critério de julgamento

Os critérios de julgamento previstos na Lei nº 8.987/95 estão arrolados em seu art. 15. Vejamos.

3.2.1 Menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado

O julgamento pelo menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado é o critério mais objetivo, ante todos os demais critérios.

Por esse critério de julgamento, a proposta de menor valor apresentada deverá ser aceita pela Administração. Sendo assim, perfeitamente possível será apresentar tais valores por lances, metodologia que melhor assegurará o alcance da proposta mais vantajosa.

3.2.2 Maior oferta pela outorga da concessão

A escolha do critério de maior oferta pela outorga da concessão deve ser analisada com muita cautela, tendo em vista que o objetivo da Administração Pública nunca poderá ser o lucro, mas a adequada prestação do serviço público, com modicidade das tarifas.

Nesse sentido, assim preceitua Celso Antônio¹²:

É que serviço público, por definição, existe para satisfazer necessidades públicas e não para proporcionar ganhos ao Estado. Aliás, esta mesma Lei 8.987, em seu art. 6º, após considerar que toda concessão ou permissão pressupõe serviço adequado, no § 1º dele, esclarece que serviço adequado é o que satisfaz, entre outras condições, a “modicidade das tarifas”, a qual, de resto, é um princípio universal do serviço público. Assim, serviço público desenganadamente não é instrumento de captação de recursos para o Poder Público. Este não é um capitalista a mais no sistema. Os recursos de que necessita para cumprir suas missões (inclusive a de prestar serviço público) são captáveis pela via tributária ou pela emissão de títulos.

¹² *Op. cit.*, p. 712.

Ao revés, o objetivo de toda a empresa que irá participar do certame licitatório sempre será o lucro. Assim, na hipótese em questão, o serviço público a ser concedido deverá possibilitar que as empresas participantes obtenham lucro, mesmo apresentando oferta pela outorga e, de toda a forma, garantindo a modicidade das tarifas a serem cobradas.

Tendo em vista os objetivos da Administração Pública, dificilmente haverá hipótese em que se utilizará somente do critério em referência, sendo, em princípio, de maior interesse público a sua adoção juntamente com outro critério.

Nesse caso, importante trazer à colação a ressalva de Celso Antônio, aduzindo que “atribuir peso importante à maior oferta de candidato à prestação de serviço público é contribuir para que este ofereça *tarifa maior*, embutindo nela o custo em que terá de arcar com sua oferta, o que é antítese do desejável”.

Ainda, nesse mesmo sentido, são as palavras de Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹³, que, mencionando o término dos monopólios, preceitua:

Tenta-se acabar com os monopólios estatais (no âmbito da energia elétrica, dos correios, das telecomunicações, da exploração de minas e jazidas) e tenta-se introduzir a idéia de competição na prestação de serviços públicos. Além disso, a “mercadorização” dos serviços públicos, referida por Vital Moreira, também se verifica quando, em determinadas concessões, o critério de julgamento, na licitação, é o da maior oferta pela outorga do serviço, que acaba por onerar o usuário, com o acréscimo no valor da tarifa.

3.2.3 Melhor proposta técnica, com preço fixado no edital

Na adoção do critério de melhor proposta técnica, com preço fixado no edital, a Administração Pública não terá, como finalidade, o menor preço, mas as condições técnicas que irão garantir a adequada prestação do serviço público.

Por essa razão, o preço da contratação já estará previamente estabelecido no edital e o mesmo não será objeto de negociação.

¹³ *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 118.

O julgamento das propostas será adstrito às análises dos fatores técnicos que deverão ser objetivamente previstos no edital, acompanhados pelos respectivos pesos e fórmulas. A proposta mais vantajosa será aquela tecnicamente melhor pontuada.

Como por nós já dito¹⁴, “convém sempre estabelecer diversos fatores, visto que quanto mais fatores forem elencados, menor será a subjetividade no julgamento técnico”.

3.2.4 Melhor técnica e menor valor da tarifa ou maior oferta pela outorga da concessão

Os critérios de julgamento em referência assemelham-se ao critério “técnica e preço” previstos na Lei n° 8.666/93, nos quais se conjugam a técnica e o preço para avaliar a proposta mais vantajosa.

A escolha desses critérios deve ser realizada nas hipóteses em que, embora a análise técnica seja relevante, o menor preço proposto também é relevante. A maior ou menor relevância de um ou outro deverá ser estabelecida através dos pesos a serem atribuídos aos respectivos fatores.

Nesses dois critérios de julgamentos, entende-se pela impossibilidade de se ofertar os valores por intermédio de lances, tendo em vista que os mesmos irão compor a fórmula estabelecida para, desde já, sagrar a proposta mais vantajosa para a contratação.

Segundo Toshio Mukai¹⁵, tecendo considerações sobre esse tipo de licitação previsto no art. 46, da Lei n° 8.666/93:

Na licitação de técnica e preço, diferentemente do que ocorria na legislação anterior, segundo os incisos I e II do § 2º do art. 46, será feita avaliação e valorização das propostas de preços (inciso I), e a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório (inciso II).

¹⁴ *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: NDJ, 1998, p. 85.

¹⁵ *Licitações e Contratos Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 74.

Outrossim, relevante salientar a impossibilidade de se atribuir peso importante à maior oferta pela outorga da concessão, conforme já exposto no item 3.2.2.

3.2.5 Melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas

O critério melhor oferta de pagamento pela outorga após a qualificação de propostas técnica difere do critério melhor técnica e maior oferta de pagamento pela outorga tendo em vista que, neste caso, como já analisado, haverá uma combinação dos fatores técnicos elencados juntamente com o valor da oferta para, assim, ser obtida a proposta melhor pontuada.

No critério em questão, não haverá essa combinação.

Primeiramente, será feita a análise das propostas técnicas, selecionando aqueles que obterão a nota técnica mínima estabelecida no edital, o qual deverá prever todos os fatores, respectivos pesos e fórmula.

Das propostas tecnicamente selecionadas, será aberto o envelope comercial, permitindo-se, nessa fase, os lances pelos licitantes, em sessão pública, e a maior oferta apresentada sagrará o vencedor da licitação.

3.2.6 Combinação dos critérios

Nos termos do inc. III, do art. 15 em referência, foi prevista a possibilidade de serem combinados, dois a dois, os critérios do menor preço da tarifa, a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão e a melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Analisando referidos critérios, verifica-se ser possível adotar somente dois tipos de licitação:

- a) menor preço da tarifa e maior oferta da outorga da concessão; e,
- b) menor preço da tarifa e melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Isso porque não há sentido estabelecer, como critério de julgamento, a maior oferta da outorga da concessão e a melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Dessa forma, nos termos do inc. III, do art. 15, haverá a possibilidade de serem adotados somente mais dois critérios de julgamento, totalizando, dessa forma, oito tipos de licitação previstas na Lei nº 8.987/95.

3.3. Empresas em consórcio

A Lei nº 8.987/95 permite, em seu art. 19, que o edital de licitação possibilite a participação de empresas em consórcio, nos seguintes termos:

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

Referido dispositivo legal em nada difere do que já estabelece a Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, cabe colacionar os ensinamentos de Márcia Walquiria Batista dos Santos¹⁶:

¹⁶ *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: RT, 1995, p. 72.

O teor do art. 19 da Lei 8.987/95 é muito similar ao do art. 33 da Lei 8.666/93. Como aspectos comuns ressaltaríamos que o consórcio deve estar previsto no instrumento convocatório (*caput*, art. 19 e *caput*, art. 33); para fins de habilitação as empresas deverão apresentar um compromisso por elas assinado, público ou particular, de constituição do consórcio (incs. I dos arts. 19 e 33); deverão indicar a empresa responsável pelo consórcio (incs. II dos arts. 19 e 33); as consorciadas deverão apresentar individualmente, os documentos exigidos para habilitação (incs. III, dos arts. 19 e 33); as empresas não poderão participar do mesmo certame através de mais de um consórcio (incs. IV dos arts. 19 e 33).

A diferença existente e, infelizmente, em princípio, ilegal, foi estabelecida no art. 20, que dispõe:

Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

A ilegalidade se ressalta por desconstituir a natureza jurídica dos consórcios, sem nenhuma finalidade jurídica para tanto.

Primeiramente, é cediço que, originariamente, o consórcio foi previsto com o intuito de assegurar a reunião de empresas para, em conjunto, realizarem algum objetivo comum, sem, contudo, terem a necessidade de criar nova pessoa jurídica, nem tão pouco assumir responsabilidade solidária em relação aos encargos assumidos por todas as empresas consorciadas. Nesse sentido, prevê o § 1º, do art. 287, da Lei nº 6.404, de 15.12.76, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, *in verbis*:

Art. 278. (...)

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Dessa forma, determinar que o consórcio vencedor da licitação se constitua em empresa contraria a própria natureza jurídica do consórcio, impondo um ônus às empresas consorciadas (terem que criar nova pessoa

jurídica) sem justificativa alguma, porquanto, caso a Administração Pública não tenha interesse em contratar empresas consorciadas, basta que a mesma não autorize a participação delas na licitação.

Evidentemente, a hipótese de se ter conhecimento da inexistência de empresa que tenha capacidade de assumir o objeto da licitação, não justificará, também, tal exigência, tendo em vista que as empresas que realmente tiverem interesse em participar do certame já deverão se constituir em uma única pessoa jurídica, sendo irrelevante essa constituição se dar antes ou após a licitação. E, neste caso, muito provavelmente a sua vitória já estará consagrada.

A previsão antecipada desse problema, contudo, não justifica a desnaturalização jurídica dos consórcios públicos.

O prazo prescricional dos atos de improbidade administrativa (art. 23, I e II, LIA)

*Victor Galeno Rodrigues Lima*¹

Introdução

A prescrição dos atos de improbidade administrativa é um tema que vem, ao longo dos últimos vinte anos, gerando uma série de interpretações e que já foi objeto de várias decisões por parte dos nossos Tribunais pátrios.

Entretanto, até o presente momento, houve pouca lapidação da matéria por parte dos doutrinadores, motivo pelo qual nos impeliu a desenvolver o presente estudo.

Como é cediço, a Constituição da República de 1988, em seu art. 37, § 5º, dispõe que *“a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”*.

A lei mencionada pela Carta Magna é a Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que, em seu artigo 23, estabelece as regras de prescrição dos atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos, servidores e empregados públicos.

Cumpra desde logo salientar que a (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário em decorrência de atos de improbidade administrativa não serão tratados nesse estudo, até porque o artigo 23 da LIA não

¹ Procurador da Fazenda Nacional (PFN). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: victorgaleno@hotmail.com.

alcança as referidas ações, mas apenas as ações destinadas a apurar os atos de improbidade. Ademais, o tema sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento será abordado em capítulo próprio constante da presente obra.

1. A prescritibilidade dos atos de improbidade administrativa

Segundo Fredie Didier Jr.², a prescrição é “*o encobrimento (ou extinção, na letra do art. 189 do Código Civil) da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação), por não ter sido exercitada no prazo legal*”.

Assim, a prescrição nada mais é do que a perda da eficácia de uma determinada pretensão em face da inércia do titular em exercer seu direito no prazo previsto em lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello já dizia que a prescrição é um “*instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas*”³. Assim, pode-se afirmar que, no Ordenamento Jurídico pátrio, a imprescritibilidade é situação de exceção, devendo-se prevalecer com regra geral a prescritibilidade das pretensões, do exercício de um direito.

Corroborando com o mencionado acima, importante também consignar o posicionamento de Clóvis Beviláqua sobre o princípio da prescritibilidade⁴:

A prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz imposta pela necessidade de certeza nas relações jurídicas.

Portanto, mister se faz a aplicação da regra geral de prescritibilidade, até mesmo por ausência de previsão expressa em sentido contrário, às ações destinadas a apurar os atos de improbidade, sendo a prescrição, conforme já

² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.288.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.971.

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Tratado Geral do Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 310.

dito acima, regulada pelo artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, que será objeto de análise do presente estudo.

2. O prazo prescricional para os agentes públicos com vínculo temporário com a administração, ocupantes de mandatos eletivos, cargos em comissão ou funções de confiança

Regulamentando a prescrição das ações destinadas a apurar os atos improbidade administrativa, o artigo 23 da LIA prevê dois limites para a propositura da ação. O primeiro deles diz respeito ao prazo prescricional aplicável aos agentes públicos que exercem mandato eletivo ou ocupam cargos em comissão ou funções de confiança. Senão, veja-se:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

Como visto a Lei de Improbidade Administrativa prevê o prazo quinquenal para a aplicação de suas sanções contra os agentes públicos que possuem vínculo temporário com a Administração. Após o transcurso do referido prazo, em face do princípio da prescribibilidade, dar-se-á a primazia da estabilidade das relações jurídicas ao sancionamento dos agentes tidos como ímprobos.

Um primeiro comentário que se deve fazer é o relativo ao termo *a quo* do prazo prescricional para os agentes públicos com vínculo temporário. Como é sabido por todos, a Lei nº 8.112/90, em seu artigo 116, inciso VI, com a redação dada pela Lei nº 12.527/2011, prevê como um dos deveres do servidor público *“levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração”*.

Assim, via de regra, quando se tem a ciência acerca do cometimento de irregularidades pelo agente público é que se deveria iniciar a prescrição para a ação destinada a apurar o fato tido como ímprobo.

Entretanto, quando os envolvidos se tratam de ocupantes de mandatos eletivos, cargos em comissão ou funções de confiança, dificilmente se busca a apuração de ilícitos, inclusive relacionados a atos de improbidade administrativa, durante o exercício funcional dos implicados, pelo fato de tais cargos, de vínculo precário com Administração, estarem imantados com os interesses do grupo político gestor.

Por este motivo, a lei estabeleceu um termo inicial diferenciado do prazo prescricional para os agentes ocupantes de mandatos eletivos, cargos em comissão ou funções de confiança.

Sobre esse aspecto, destaca-se o comentário do Desembargador aposentado Arnaldo Rizzardo, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵:

Inolvidável o interesse político que os cargos temporários revestem. Dificilmente procura-se apurar os casos de improbidade durante a gestão dos envolvidos. Mesmo que se dê a iniciativa de investigação no período, há grande possibilidade de interferência na apuração dos fatos. Por isso, revelou-se a lei sábia e coerente com a realidade ao firmar como início do prazo de prescrição a data do afastamento da gestão, mormente quanto aos cargos eletivos e comissionados, e abrangendo as mais diversas nomeações, como de secretários de Estado, diretores, presidentes de autarquias e empresas estatais, de fundações e sociedades de economia mista, que formam uma cadeia de subordinação hierárquica.

Desta forma, na hipótese de agentes públicos com vínculo temporário com a Administração, ocupantes de mandatos eletivos, cargos em comissão ou funções de confiança cometerem um ilícito reputado como ato de improbidade administrativa, o prazo para levar a efeito as sanções previstas na LIA só se inicia com o fim do vínculo do agente público com a Administração; e prescreve após o transcurso de cinco anos após este

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *A Prescrição na Ação de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <<http://www.rizzardo-advogados.com.br/artigos/a-prescricao-na-acao-de-improbidade-administrativa.html>>. Acesso em: 25 janeiro 2012.

término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança.

Outra questão a ser debatida é a que diz respeito à hipótese do agente público que exerce um mandato eletivo ser reeleito, mas que cometeu um ato tido como ímprobo durante o primeiro mandato.

Se fosse seguido literalmente o dispositivo da lei, a prescrição das ações destinadas a apurar os atos de improbidade ocorreria cinco anos após o término do primeiro mandato.

Entretanto, não nos parece ser este o espírito da lei, pois ainda estariam evidenciados os mesmos motivos descritos acima, no sentido de que os investigados ocupantes de cargos temporários poderiam interferir na apuração dos fatos, em virtude da natureza política que se revestem referidos cargos.

Nesse ponto, utilizando-se das ferramentas de interpretação teleológica e orientando-se pelo princípio da moralidade administrativa, parece-nos que o melhor significado da norma é que o prazo prescricional se inicia apenas com o fim do vínculo funcional ou gestão administrativa. Aliás, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE. PREFEITO. REELEIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. *DIES A QUO*. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. ALÍNEA "C". SÚMULA N. 83/STJ. 1. **A questão resume-se a saber se o prazo prescricional da ação de improbidade administrativa contra ato praticado no primeiro mandato de Prefeito será contado a partir do término deste mandato ou, no caso de reeleição, do segundo mandato.** 2. A Lei de Improbidade associa, no artigo 23, inciso I, o início da contagem do prazo prescricional a cessação do vínculo temporário do agente ímprobo com a Administração Pública, ou, em outras palavras, o término do exercício de mandato eletivo. 3. De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda n. 16/97, a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, **o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato, uma vez que há continuidade do**

exercício da função de Prefeito, por não ser exigível o afastamento do cargo. Precedentes. 4. No que diz respeito à alínea "c", aplicável o disposto na Súmula n. 83/STJ, segundo a qual: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 5. Agravo regimental não provido.⁶ (grifo nosso)

O mesmo não se aplica às hipóteses em que o agente público deixa, ainda que sem solução de continuidade, um determinado cargo para assumir outro, independente da nova função ser na mesma pessoa jurídica, conforme bem salientado pelo nobre doutrinador Pedro Roberto Decomain⁷:

Pode acontecer que o autor do ato de improbidade administrativa deixe o exercício de um cargo para iniciar, sem solução de continuidade, o exercício de outro cargo idêntico, ou deixe um determinado cargo de provimento em comissão para iniciar, sem solução de continuidade, o exercício de outro. Exemplificando, uma determinada pessoa pode deixar um cargo de Ministro de Estado para iniciar imediatamente o exercício de outro cargo de Ministro, porém em pasta distinta.

Em situações como esta, todavia, o prazo prescricional da ação por improbidade administrativa terá início na data em que o agente público houver deixado aquele cargo no âmbito do qual o ato haja sido praticado, ainda que venha, no mesmo momento em que deixa um cargo, a assumir outro idêntico, ou outro cargo de provimento em comissão, mesmo que distinto, ou outra função de confiança diferente. (grifo nosso)

3. O prazo prescricional para o servidor público ou empregado público

Dispõe o artigo 23, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:
(...)

⁶ AgRg no AREsp nº 119.023/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012.

⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 382.

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Diferentemente do que prevê o inciso I do artigo 23, a prescrição dos atos de improbidade cometidos por servidores e empregadores públicos tem como termo inicial a ciência inequívoca⁸ pela autoridade competente do ilícito.

Isso porque, ao contrário dos agentes com vínculo temporário, os servidores efetivos, em tese, não teriam poderes para interferir no resultado das investigações. Ademais, não se pode conceber a hipótese da prescrição somente se iniciar com o fim do vínculo efetivo, pois, na maioria dos casos, isto só acontece com a aposentadoria do servidor ou empregado. Assim, em face dos princípios da prescribibilidade e da estabilidade das relações jurídicas, não seria razoável o prazo prescricional se iniciar, por exemplo, após 30 anos da ocorrência do fato tido como ímprobo.

Ainda conforme o dispositivo acima, quando se tratar de empregado público ou servidor efetivo, o prazo prescricional a ser observado é aquele previsto no seu Regime Jurídico para as faltas puníveis com demissão a bem do serviço público.

No âmbito da União, é o art. 142 da Lei nº 8.112/90 que disciplina a questão. Senão, veja-se:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto á advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

⁸ “O termo a quo do prazo prescricional da ação de improbidade conta-se da ciência inequívoca, pelo titular de referida demanda, da ocorrência do ato ímprobo, sendo desinfluyente o fato de o ato de improbidade ser de notório conhecimento de outras pessoas que não aquelas que detém a legitimidade ativa ad causam, uma vez que a prescrição presume inação daquele que tenha interesse de agir e legitimidade para tanto” (STJ - REsp 999324/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 18/11/2010).

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Portanto, percebe-se que o prazo prescricional para às hipóteses do inciso II do art. 23, no âmbito da União, é, em regra, de cinco anos e começará a correr, conforme já explanado acima e corroborado pelo §1º do artigo 142 da Lei nº 8.112/90, a partir do conhecimento do fato ilícito pela autoridade competente⁹.

Caso o ato de improbidade administrativa também seja capitulado como crime, o prazo prescricional será o estabelecido na lei penal, conforme preceitua o § 2º do dispositivo supracitado.

Como se sabe, os prazos prescricionais aplicados aos atos criminosos são aquelas previstas no Código Penal em seu artigo 109:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

⁹ Alguns doutrinadores, tais como o ilustre Mauro Roberto Gomes de Mattos, defendem a ilegalidade do § 1º do artigo 142 da Lei nº 8.112/90 (in MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 678): "... é totalmente ilegal e contrário ao direito afirmar-se que um preposto do Poder Público, ao praticar uma infração disciplinar tenha que aguardar a Administração alegar que tomou conhecimento do fato oficialmente/publicamente, a fim de ser responsabilizado por sua prática. Ora, o servidor público, como preposto do Estado, quando pratica atos representando o seu Órgão ou repartição pública, ao lesar ou violar direitos de pessoas ou terceiros, concede a eles a oportunidade de tentar reformar ou anular seus atos em até 05 (cinco) anos do dia em que foram praticados e não da data da tomada de conhecimento dos referidos atos por parte da Administração Pública. Por que inverter esse princípio quando se trata da prática de infração disciplinar (desde que não se trate de um ilícito criminal) por parte do servidor público, ao ponto de considerar o 'dias a quo' da prescrição o da data do conhecimento/ciência do fato por parte da Administração Pública? Não existe justificção para tal ilegalidade, em decorrência de que o prazo prescricional começa a fluir no dia ('dias a quo') em que se pratica a infração disciplinar."

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Conforme evidenciado pelo dispositivo acima, o que irá definir o prazo prescricional da ação destinada a apurar o ato de improbidade administrativa será o máximo da pena prevista para o ilícito penal.

Questiona-se a possibilidade da aplicação da pena *in concreto* cominada na ação penal para se definir qual seria o prazo prescricional para a ação de improbidade administrativa. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema, ao manifestar o entendimento de que se deve verificar a pena *in abstracto* para a definição do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, que independe, inclusive, da propositura da ação penal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INCIDÊNCIA ANALÓGICA DA SÚMULA N. 284 DO STF. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. ART. 109 DO CP. PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. INDEPENDÊNCIA PROCESSUAL ENTRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO PENAL. RESGUARDO DO VETOR SEGURANÇA JURÍDICA.** 1. Prioridade em razão da Lei Complementar n. 135/2010. 2. Inicialmente, não se pode conhecer da violação ao art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia. 3. No mais, saliente-se que, na origem, trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada em face de policiais rodoviários federais em razão da prática de corrupção passiva, prevaricação, receptação (apenas o primeiro recorrente), condescendência criminoso e falso testemunho (apenas do segundo recorrente). 4. Como os recorrentes são servidores públicos efetivos, no que se relaciona à prescrição, incide o art. 23, inc. II, da Lei n. 8.429/92. 5. Os prazos prescricionais, portanto, serão sempre aqueles tangentes às faltas disciplinares puníveis com demissão. 6. A seu turno, a Lei n. 8.112/90, em seu

art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal nas situações em que as infrações disciplinares constituam também crimes - o que ocorre na hipótese. No Código Penal - CP, a prescrição vem regulada no art. 109. **7. Discute-se, aqui, se o enquadramento no art. 109 do CP deve ter em conta a pena abstratamente prevista no tipo penal ou a pena concreta aplicada pela sentença penal proferida com base nos mesmos fatos: a origem aplicou o primeiro entendimento, concluindo pela inoccorrência da prescrição; o primeiro recorrente defende, no especial, a segunda tese. 8. Inviável, entretanto, modificar os fundamentos da instância ordinária. Dois os motivos que me levam a assim entender. 9. A um porque o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto. 10. A dois (e levando em consideração a assertiva acima) porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica. 11. Vale dizer: havendo ação penal e ação de improbidade administrativa ajuizadas simultaneamente, impossível considerar que a aferição do total lapso prescricional nesta última venha a depender do resultado final da primeira demanda (quantificação final da pena aplicada em concreto), inclusive com possibilidade de inserção, no âmbito cível-administração, do reconhecimento de prescrição retroativa. 12. Daí porque impossível reconhecer a violação aos arts. 109 e 110, § 1º, do Código Penal c/c 142, § 2º, da Lei n. 8.112/90. 13. Por fim, como já foi sustentado anteriormente, na situação em exame, a causa de pedir da presente ação civil pública é o cometimento de atos sobre os quais recai também capitulação penal, o que atrai a incidência do art. 23, inc. II, da Lei de Improbidade Administrativa e das normas que daí advêm como conseqüência de estrita remissão legal. 14. Desnecessário, pois, enfrentar a problemática apontada no recurso especial no que se refere à ofensa aos arts. 142, 152 e 167 da Lei n. 8.112/90 (interrupção do prazo prescricional). O reconhecimento da ofensa a estes dispositivos não teria o condão de reverter as conclusões da origem no sentido de que, por incidência do art. 23, inc. II, c/c o art. 142, § 3º, da Lei n. 8.112/90, não estaria perfectibilizado o prazo prescricional. 15. É que porque os atos cometidos ocorreram em 8.1.1996, e a apresenta ação civil pública foi ajuizada em 2001 - respeitados,**

portanto, o prazo de 12 anos (prescrição relativa ao crime de corrupção passiva, o que tem maior pena abstratamente cominada dentre os acima elencados), na redação do Código penal à época dos fatos. Ademais, o art. 142, inc. I, da Lei n. 8.112/90 (e os dispositivos a ele vinculados) é inaplicável à espécie, considerando existir regra mais específica (o § 3º do art. 142 do mesmo diploma normativo). 16. Recurso especial de Ailton Dutra parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (...) ¹⁰ (grifo nosso)

Assim, incabível o reconhecimento, na ação de improbidade administrativa, de prescrição retroativa pela pena *in concreto*, até mesmo porque a ação de improbidade administrativa independe da propositura da ação penal.

Quanto ao prazo prescricional aplicável aos empregados públicos, no âmbito da União, nota-se que inexistente no ordenamento jurídico pátrio lei específica que defina o prazo prescricional para faltas disciplinares puníveis com demissão.

Cumpre esclarecer que, pelo fato de haver uma lacuna, deve o intérprete aplicar, em primeiro lugar, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹¹, a analogia.

Assim, como já existe um normativo aplicável aos servidores estatutários da União, deve-se empregar também o disposto no art. 142 da Lei nº 8.112/90 aos empregados públicos, em face da ausência de lei específica.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. **EMPREGADO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO PELA CLT. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA LEI Nº 8.112/90.** EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS IMPROBOS. 1. Hipótese de ação civil pública de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de supostos atos ímprobos praticados pelo réu, na condição de gerente geral da Caixa Econômica Federal. 2. Decisão atacada que,

¹⁰ REsp 1106657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/09/2010. No mesmo sentido: EDcl no REsp 914.853/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 08/02/2011.

¹¹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

conforme bem registrado pela Procuradoria Regional da República, "terminou por apresentar de maneira mais que suficiente os fatos e motivos que levaram o Juízo a receber a inicial da ação de improbidade, com a instauração do procedimento visando a apuração dos fatos narrados na peça vestibular". 3. O artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal dispõe que "a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". 4. Ainda que assim não fosse, por força do disposto no art. 23, II, da Lei n. 8.429/92, o prazo prescricional seria o previsto no art. 142, parágrafo 2º, da Lei n. 8.112/90. Hipótese em que a prescrição somente ocorreria após decorridos 12 (doze) anos. 5. Atos de improbidade de elevada gravidade suficientemente revelados na petição inicial, daí ter sido corretamente recebida pelo juízo de primeiro grau. Impossibilidade de se reconhecer, em juízo de cognição provisória, alegação de inexistência de dolo na prática dos ilícitos. 6. Agravo de instrumento improvido.¹² (grifo nosso)

Sobre o tema, pertinente colacionar os comentários dos Procuradores Federais Flávia Cristina Moura de Andrade e Lucas dos Santos Pavione¹³, que fazem referência aos ensinamentos de Wallace Paiva Martins Junior:

Empregado Público: não estando os empregados públicos sujeitos à aplicação da lei 8.112/90, qual seria o prazo prescricional aplicável aos mesmos? Nos parece bastante razoável a posição perfilhada por Wallace Paiva Martins Junior, para quem "não se lhes adianta a prescrição do art. 11 da CLT e do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, porque ali se trata da prescrição da pretensão do empregado contra o empregador, nem o art. 482 da CLT, que prescreve as faltas, mas não indica a prescrição". Assim, propõe o autor que, em virtude

¹² AG 200805000640300, Desembargador Federal Manuel Maia, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 08/04/2010 - Página: 365. No sentido de que deve ser aplicado subsidiariamente o art. 23, inciso I, da LIA: *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMPREGADO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 23, I, DA LEI Nº 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO. NECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Considerando que dentro da regência legal da CLT, que é o regime jurídico aplicável aos empregados da ECT, não há qualquer dispositivo que regule o prazo prescricional para a pena de demissão, deve ser aplicado, in casu, subsidiariamente, o inciso I do art. 23 da Lei de Improbidade, que prevê um prazo de cinco anos a contar do término do exercício da função pública. Precedente da 2ª Seção deste Tribunal Regional Federal. 2. Não se afigura possível a continuidade da ação de improbidade exclusivamente com o objetivo de obter a reparação do dano causado ao erário, que, dessa forma, deverá ser buscado em ação autônoma. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional Federal. 3. Apelação e remessa oficial improvidas. (AC 200233010010159, Juíza Federal Rosimayre Gonçalves De Carvalho (Conv.), TRF1 - Quarta Turma, e-DJF1 Data:30/08/2010 PÁGINA:13.)*

¹³ ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; PAVIONE, Lucas dos Santos. *Leis Especiais - Vol. 23 - Improbidade Administrativa*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 277.

da extensão feita pelo art. 243, do Estatuto, bem como em face das disposições do art. 37, incisos I e II, §3º, e III da CF, a solução mais correta seria a atribuição do prazo prescricional previsto na Lei 8.112/90.

Por fim, cumpre ainda salientar que o Superior Tribunal de Justiça¹⁴ manteve recentemente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que aplicou a lei dos servidores estatutários a um caso de ação de improbidade contra empregado público.

3.1 Recurso Especial nº 1.060.529/MG e a contagem do prazo prescricional dos atos de improbidade administrativa cometidos por servidores efetivos no exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou função de confiança

É muito frequente na Administração casos de servidores efetivos ocupando transitoriamente cargos em comissão ou funções de confiança. E nessas conjunturas surge o questionamento de qual dispositivo a ser aplicado para a contagem do prazo prescricional.

O nobre jurista Pedro Roberto Decomain¹⁵, analisando a presente hipótese, defende que “*se o ato de improbidade for cometido no exercício das funções inerentes ao cargo de provimento em comissão, deve-se aplicar, no caso, a regra do art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/92*”.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, pôs fim a polêmica, ao se posicionar pela aplicação do inciso II do artigo 23 da LIA, quando houver o exercício de um cargo de vínculo temporário por um servidor efetivo e este cometer um ato tido como ímprobo. Senão, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. LEI N. 8.429/92, ART. 23, I E II. CARGO EFETIVO. CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO COMMISSIONADA. EXERCÍCIO CONCOMITANTE OU NÃO. PREVALÊNCIA DO VÍNCULO EFETIVO, EM DETRIMENTO DO

¹⁴ AgRg no AREsp 19264/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 19/04/2012.

¹⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa. op. cit.*, p. 386.

TEMPORÁRIO, PARA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Duas situações são bem definidas no tocante à contagem do prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade administrativa: se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo a quo no primeiro dia após a cessação do vínculo; em outro passo, sendo o agente público detentor de cargo efetivo ou emprego, havendo previsão para falta disciplinar punível com demissão, o prazo prescricional é o determinado na lei específica. Inteligência do art. 23 da Lei n. 8.429/92. 2. Não cuida a Lei de Improbidade, no entanto, da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado. 3. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Doutrina. 4. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, associa o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23, II, no caso de vínculo definitivo – como o exercício de cargo de provimento efetivo ou emprego –, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias – como as comissionadas – desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo. 5. **Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.** 6. Recurso especial provido, para reformar o acórdão do Tribunal de origem em que se julgaram os embargos infringentes (fl. 617) e restabelecer o acórdão que decidiu as apelações (fl. 497).¹⁶ (grifo nosso)

4. O prazo prescricional para o particular/terceiro

Questão bastante interessante é saber, em face da omissão da Lei de Improbidade Administrativa, qual o dispositivo, referente a prescrição, a ser aplicado aos particulares que praticaram um ato ímprobo ou dele tiraram proveito.

¹⁶ REsp 1060529/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009.

Mauro Roberto Gomes de Mattos expressa o seguinte ponto de vista:

Não resta dúvida que diante da omissão legislativa constatada no art. 23 e seus incisos, da Lei nº 8.429/92, vige a regra da prescrição prevista em dispositivos da Lei de Ação Popular para o particular que responder aos termos de uma ação de improbidade administrativa, em decorrência de que não é possível aplicar-se o que vem estabelecido no inciso I, do aludido art. 23, porquanto o particular não se insere no rol das pessoas abrangidas pelo Estatuto dos Servidores Públicos (Lei especial). (...) Isso porque, o art. 21 da Lei nº 4.717/65 estabelece o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para a propositura da ação popular.¹⁷

Entretanto, já decidiu o STJ que o prazo aplicável para os particulares que praticarem atos de improbidade administrativa ou deles se beneficiaram deve ser o mesmo aplicável ao servidor faltoso codemandado:

ADMINISTRATIVO – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO – PRAZO PRESCRICIONAL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INTENTADAS CONTRA O PARTICULAR – TERMO INICIAL IDÊNTICO AO DO AGENTE PÚBLICO QUE PRATICOU O ATO ÍMPROBO. 1. No recurso especial de fls. 243/256-e, observa-se que o recorrente não procedeu ao devido cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma, não bastando, para tanto, a simples colação de ementas e trechos do aresto comparado. 2. **Esta Corte Superior entende que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares é idêntico ao do agente público que praticou o ato ímprobo, matéria regulada no art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/92.** Precedente: (REsp 773.227/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 9.12.2008, DJe 11.2.2009.) Agravo regimental improvido.¹⁸ (grifo nosso)

Assim, conforme bem enfatizado pela Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, “*se o codemandado exerce função precária, o prazo é do art.*

¹⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 676.

¹⁸ AgRg no REsp 1197967/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 08/09/2010. No mesmo sentido: EDcl no AgRg no REsp 1066838/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 26/04/2011.

23, I, da Lei 8.429/92. Sendo o codemandado ocupante de cargo ou emprego efetivo, aplica-se o art. 23, II, da LIA, também aos particulares”.¹⁹

5. Interrupção e suspensão da prescrição

Antes de se examinar as possíveis causas interruptivas ou suspensivas da prescrição das ações destinadas a apurar os atos de improbidade administrativa, ou seja, no âmbito judicial, é necessário se verificar também tais ocorrências no âmbito administrativo.

Como é sabido de todos, a prática de um ato caracterizado como improbidade administrativa pode originar a persecução contra o ímprobo tanto na esfera administrativa, quanto na cível e na penal.

No âmbito administrativo, o ato de improbidade administrativa pode gerar a abertura de uma sindicância ou a instauração de processo disciplinar contra o agente faltoso. E, no âmbito da União, com fulcro no artigo 142, § 3º, da Lei nº 8.112/90, “a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente”.

Do que foi expresso acima, pode-se inferir que o dispositivo, ao mesmo tempo, prevê a primeira hipótese de interrupção e suspensão da prescrição dos atos de improbidade administrativa.

Entretanto, questiona-se a possibilidade da abertura da sindicância ou a instauração do processo administrativo disciplinar suspender a prescrição *ad aeternum* até a decisão final ser proferida pela autoridade competente.

A nosso ver, a suspensão indefinida da prescrição não se coaduna com os princípios da prescritibilidade e da segurança jurídica. É necessário que haja a estabilização das relações jurídicas.

¹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES JUNIOR, L. M.; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Comentários à lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/92*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 406.

A Lei 8.112/90 prevê, com base em seus artigos 152 e 167, o período de 140 dias para conclusão do processo disciplinar e imposição da penalidade²⁰. Assim, mostra-se coerente o reinício do prazo prescricional após o transcurso desse período de 140 dias previsto no Estatuto dos Servidores Públicos da União.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar:

EMENTA: I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III. **Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último.** IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicação e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal.²¹ (grifo nosso)

Da mesma forma, é a exegese do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS FATOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE OU DA MOTIVAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Busca-se com a impetração anular processo administrativo que culminou na emissão da Portaria Ministerial n. 514, de 17 de dezembro de 2010, do Ministro de Estado do Meio Ambiente, determinando a demissão do impetrante do cargo de Analista Ambiental, em face do enquadramento em infrações disciplinares previstas na Lei 8.112/90. 2. A Lei n. 8.112/90, em seu

²⁰ “Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.”

“Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.”

²¹ MS 23299, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2002, DJ 12-04-2002.

art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal as situações em que as infrações disciplinares constituam também condutas tipificadas como crime - o que ocorre na hipótese. No Código Penal, a prescrição vem regulada no art. 109. 3. **À luz da legislação que rege a matéria - Lei 8.112/90, o termo inicial da prescrição é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar - PAD (art. 142, § 1º). A prescrição é interrompida desde a publicação do primeiro ato instauratório válido, seja a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar, até a decisão final proferida pela autoridade competente (art. 142, § 3º). Esta interrupção não é definitiva, visto que, após o prazo de 140 dias - prazo máximo para conclusão e julgamento do PAD a partir de sua instauração (art. 152 c/c art. 167), o prazo prescricional recomeça a correr por inteiro, segundo a regra estabelecida no art. 142, § 4º, da legislação em referência. (...) 7. Segurança denegada.**²² (grifo nosso)

Ainda na fase pré-judicial, é importante consignar que o inquérito civil não é peça imprescindível ao oferecimento da ação civil de improbidade pelo Ministério Público. Portanto, em face da sua prescindibilidade, o inquérito civil não possui o condão de interromper a prescrição dos atos de improbidade administrativa²³.

Superada a fase administrativa ou caso não haja abertura de sindicância ou instauração de processo disciplinar, mister se faz a análise da prescrição no âmbito judicial.

Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, a ação de improbidade administrativa possui natureza cível²⁴. Dessa forma, as causas interruptivas e suspensivas da prescrição são aquelas previstas na legislação civil.

Necessário também dizer que há divergência na doutrina acerca do marco interruptivo da prescrição no âmbito da ação de improbidade administrativa.

²² MS 16.567/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/11/2011, DJe 18/11/2011.

²³ Nesse sentido: TRF1 - AG 200601000152531, Juíza Federal Maria Lúcia Gomes De Souza (conv.), Terceira Turma, DJ Data:17/11/2006, página:41.

²⁴ STJ: AgRg no REsp 1166548/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 08/11/2011, DJe 24/11/2011.

Para uma primeira corrente²⁵, a notificação prévia prevista no art. 17, §7º, da Lei de Improbidade Administrativa teria o condão de interromper a prescrição. Já para uma segunda corrente²⁶, apenas a citação válida seria capaz de interromper a prescrição dos atos de improbidade administrativa. Assim, neste último caso, a interrupção só aconteceria com a citação, após a defesa preliminar e recebimento da ação.

Todavia, toda essa polêmica foi escusada, em razão do disposto no art. 219, §1º, do Código de Processo Civil de 1973, que prevê a retroação da prescrição à data da propositura da ação, *in verbis*:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.
(grifo nosso)

Mister ressaltar que o atual Código de Processo Civil prevê expressamente que a interrupção ocorrerá com o despacho que ordena a citação, apesar de também prever, assim como o antigo diploma, que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Veja-se:

Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

Desta feita, a interrupção da prescrição retroagirá, em qualquer caso, à data da propositura da ação. Assim, o marco interruptivo a ser considerado para se verificar a ocorrência ou não da prescrição é a data da

²⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2 vol, Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183.

²⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CALDAS, F.; MEDINA, J. M. G.. *Procedimentos cautelares e especiais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 426.

propositura da ação de improbidade administrativa. Nesse sentido, é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVA – NOTIFICAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA – ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/1992 – PRESCINDIBILIDADE – PRESCRIÇÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – EX-PREFEITO – FORO PRIVILEGIADO – ADIn 2797/DF – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.628/2002 DECRETADA. 1. A falta da notificação prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 não invalida os atos processuais ulteriores, salvo quando ocorrer efetivo prejuízo. Precedentes do STJ. 2. A citação válida do réu, ainda que ausente de notificação para defesa, interrompe o prazo prescricional, retroagindo, nos termos do art. 219, § 1º, do CPC, à data da propositura da ação. 3. Hipótese em que o mandato do ex-prefeito se encerrou em 31.12.1996 e a ação civil pública foi proposta em 26.12.2001, antes de expirado o quinquênio prescricional. 4. Em razão do julgamento da ADIn 2797 pelo STF, na qual foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, os autos devem retornar ao juiz de primeira instância, a quem caberá dar o impulso oficial para o processamento da ação movida contra ex-prefeito. 5. Recurso especial provido.²⁷

Importante consignar também que, conforme entendimento do STJ²⁸, a nulidade da citação pela ausência de oportunidade de apresentação de defesa preliminar não acarreta a prescrição da ação de improbidade, caso o ato citatório tenha ocorrido dentro do prazo prescricional e não se comprove a existência de prejuízo à defesa.

Questiona-se se a ação cautelar preparatória da ação principal de improbidade administrativa teria também o condão de interromper a prescrição.

Entendemos que a ação cautelar preparatória da principal interrompe a prescrição, mas esta volta a correr logo em seguida, nos termos do art. 202, *caput*, do Código Civil, sendo necessária a propositura da ação principal dentro do prazo prescricional previsto para o caso específico. Corroborando o nosso entendimento, cita-se os seguintes julgados:

²⁷ REsp 809.902/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009.

²⁸ REsp 619.946/RS, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, julgado em 12/06/2007, DJ 02/08/2007, p. 439.

PROCESSO CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. CONOTAÇÕES ESPECIAIS. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. SÚMULA 154. - SE O PROCESSO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA ASSUME CONOTAÇÕES DE PROTESTO E DE INDECLINAVEL MEDIDA PREPARATORIA DA AÇÃO, A CITAÇÃO NELE FEITA INTERROMPE A PRESCRIÇÃO. - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.²⁹

PROCESSUAL CIVIL - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA - INTERRUPÇÃO - CITAÇÃO VÁLIDA - CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA - EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ART. 219 DO CPC - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 154/STF - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. 1. A cautelar assecuratória de produção de prova visa a adiantar uma das fases do conhecimento no processo principal. 2. Nos termos do art. 219 do CPC, a citação válida, ainda que realizada em processo cautelar preparatório extinto sem julgamento do mérito, interrompe a prescrição. Neste caso, a pretensão cautelar confunde-se, em parte, com a pretensão da ação principal. 3. Inaplicável ao caso a Súmula 154/STF porque concebida no sistema processual anterior, em que a cautelar não implicava citação nem amplo contraditório. 4. Não ocorre violação ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido apresenta fundamentos suficientes para formar o seu convencimento e refutar os argumentos contrários ao seu entendimento. 6. Recurso especial não provido.³⁰

6. Questões finais sobre a prescrição dos atos de improbidade administrativa

6.1 Reconhecimento *ex officio* da prescrição

A partir da redação dada ao parágrafo 5º do art. 219 do Código de Processo Civil/1973 pela Lei nº 11.280/2006, parece-nos desnecessário tecer, além de um breve comentário, que é dever do Juiz decretar de ofício a prescrição quando verificada a hipótese, de acordo com a doutrina e jurisprudência pátria.

²⁹ STF - RE 105838, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em 14/06/1985, DJ 02-08-1985 PP-12056 EMENT VOL-01385-05 PP-01077.

³⁰ STJ - RESP 200801354725, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:03/09/2009.

Ressalte-se que o Novo Código de Processo Civil também dispõe, no §1º do art. 332, que o juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

6.2 Prescrição da execução da sentença condenatória

Conforme regra geral, a execução da sentença ou acórdão condenatório das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa prescreve no mesmo prazo em que prescreve a ação de conhecimento.

Entretanto, deve-se atentar ao início do prazo prescricional da execução da sentença, tendo em vista que, em alguns casos, será possível a execução provisória do *decisum*.

Sobre o assunto, permitimos-nos reproduzir os ensinamentos do mestre Pedro Roberto Decomain:

Tocante a perda de bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente em cenário de improbidade, se a perda disser respeito a bem específico, não se pode cogitar de execução provisória da sentença. Daí por que, neste caso, o prazo prescricional da execução haverá de ter por momento inicial o trânsito em julgado da sentença. Porém, em se tratando de condenação a perda de valores especificados em cifra, mas não correspondentes a qualquer bem em particular, cujo retorno ou entrega ao Estado haja sido determinada na sentença, então a execução provisória da sentença é possível, eis que a apelação dela interposta é desprovida de efeito suspensivo, a instâncias do art. 14 da Lei n. 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública. Neste caso, possível a execução provisória, acredita-se que a partir da própria publicação da sentença condenatória já se possa cogitar da fluência do prazo prescricional da execução. O mesmo raciocínio é válido para a execução da multa civil aplicada. Naturalmente que, se houver sido conferido efeito suspensivo pelo magistrado à apelação interposta da sentença condenatória, a execução provisória somente se toma viável a partir da sua confirmação, mediante não-conhecimento ou negativa de provimento à apelação (e isso se não houver viabilidade de interposição de embargos infringentes, já que recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo, o que torna possível agora a execução

provisória). Só então se poderá cogitar da fluência de prazo prescricional da execução.³¹

7. Considerações finais

Diante de tudo o que foi exposto acima, percebe-se que o assunto referente a prescrição dos atos de improbidade administrativa é um tema muito fértil para debates.

Verificou-se que a vontade do legislador em preceituar 2 hipóteses diferentes para a determinação do prazo aplicável e início do transcurso do mesmo foi o maior causador das controvérsias surgidas ao longo destes últimos 25 anos.

Acerca disso, é importante consignar, ao final, que tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7.571/2010, proveniente do Senado Federal, que estabelece, para todos os casos, o prazo prescricional de 10 anos, contado da data do ato de improbidade administrativa.

Espera-se, com o referido projeto de lei, ao se estabelecer prazo único e mais agravado, que se diminua a impunidade que tanto estampa as manchetes do nosso país.

³¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. op. cit., p. 404.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org