



Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

**Estudos em homenagem à
Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro**

**71
janeiro/junho 2010**

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

71

JANEIRO/JUNHO 2010



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ALBERTO GOLDMAN

Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador Geral do Estado

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

Chefe do Centro de Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 0102-8065

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 - 4º andar
CEP 01405-902 - São Paulo - SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7020 - Fax: (11) 3286-7028
Home page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: pgecestudos@pge.sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos:

Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria:

João Carlos Pietropaulo, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Coordenador:

José Luiz Souza de Moraes

Comissão Editorial

Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Carlos José Teixeira de Toledo, Celso Luiz Bini Fernandes, José Luiz Souza de Moraes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Patricia Ulson Pizarro Werner, Maria Marcia Formoso Delsin, Tatiana Capochin Paes Leme.

Revista

José Luiz Souza de Moraes (Coordenação Editorial) Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores

Foto da capa: Marcelo Vigneron - acervo do Centro de Estudos da PGE

Tiragem: 1.800 exemplares

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-.(semestral)

1971-2010 (1-71)
1998 (n. especial)
2003 (n. especial)

CDD-340.05
CDU-34(05)

Sumário

Apresentação	VII
Tributo à Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.....	IX
Estado, Administração Pública e a posição do administrado	1
Alessandra Obara Soares da Silva	
A responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais praticados no âmbito do processo penal	31
Christiane Mina Falsarella	
A responsabilidade do ente público como consequência do Estado intervencionista.....	51
Daniel Pagliusi Rodrigues	
A advocacia pública e o controle de juridicidade das políticas públicas	85
Derly Barreto e Silva Filho	
Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos	111
Dora Maria de Oliveira Ramos	
Uma releitura do tradicional conceito de discricionariedade administrativa.....	155
Fabiana Mello Mulato	

Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo	167
---	-----

Irene Patrícia Nohara

Supremacia do interesse público sobre o interesse privado: um panorama crítico da teoria da desconstrução do princípio	195
--	-----

Luiz Fernando Roberto

O contrato de parceria público-privada	217
--	-----

Mário Engler Pinto Junior

Considerações sobre a natureza jurídica do licenciamento ambiental	229
--	-----

Nilton Carlos de Almeida Coutinho

Os bens das empresas estatais na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro	241
---	-----

Thiago Marrara

Apresentação

“Eu diria que o meu amor pelo Direito Administrativo veio em função do trabalho na Procuradoria (...). Eu sempre digo que fui primeiro procuradora e depois professora. Eu entrei na Procuradoria em 70 e comecei a dar aula na segunda metade da década de 80 – já tinha um bocado de tempo na Procuradoria. Foi o meu trabalho na Procuradoria que me entusiasmou pelo Direito Administrativo (...). A Procuradoria foi fundamental para a minha carreira como professora, como doutrinadora e como parecerista.”

Essas palavras foram pronunciadas pela homenageada desta edição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por ocasião de entrevista reproduzida no livro *Advocacia pública*: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado, publicado pelo Centro de Estudos da PGE, com o apoio da Imprensa Oficial.

As palavras são significativas, especialmente por percebermos o peso emocional com que são proferidas, sendo possível pinçar duas expressões que revelam, também, um pouco da personalidade dessa colega: amor e entusiasmo – pelo Direito Administrativo e pela PGE.

Outro trecho da entrevista revela a dificuldade enfrentada pelas mulheres, ao sair do curso jurídico: “Na realidade, naquela época, mulher não tinha vez na Magistratura, nem no Ministério Público.”

Infelizmente, a comunidade jurídica sufocou muitos talentos, por força dos preconceitos de gênero. Na PGE, porém, as mulheres encontraram um ambiente propício para sua evolução profissional. Quem mais ganhou? A Instituição, sem sombra de dúvida.

Por ocasião do lançamento desta Revista, uma nova leva de procuradores e procuradoras está ingressando nos quadros da PGE e vem muito a propósito dar a conhecer um pouco do trabalho dessa

eminente procuradora e professora que tanto orgulha seus colegas de profissão.

Ao mesmo tempo, dá-se aos novos procuradores, a título de inspiração, uma mostra das possibilidades de crescimento profissional que são oferecidas pela Instituição, desde que o trabalho venha orientado pelas reveladoras palavras extraídas da entrevista de Maria Sylvia, e que podem servir como um dístico para todos os integrantes da PGE. Vamos repeti-las e jamais esquecer de praticá-las:

Amor e entusiasmo!

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador Geral do Estado

Tributo à Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro

A mim ensinou-me tudo.
Ensinou-me a olhar para as coisas.
Aponta-me todas as coisas que há nas flores.
Mostra-me como as pedras são engraçadas
Quando a gente as tem na mão
E olha devagar para elas.

Fernando Pessoa

No início dos anos 90, estava na Consultoria Jurídica da Universidade de São Paulo quando recebi a notícia de que o órgão passaria a ser chefiado por uma Professora de Direito Administrativo da Universidade, que acabara de ganhar o concurso para Professor Titular.

Um misto de satisfação e receio foi o resultado: é um privilégio ser chefiada por uma Professora Titular da USP. A possibilidade de crescimento profissional é gigantesca. Teria uma “aula” por dia, pensei. Mas a responsabilidade seria diretamente proporcional. Qualquer parecer que expressasse uma ideia imprecisa seria passível de anotação com caneta vermelha.

A Professora Maria Sylvia logo chegou e encantou sua equipe de trabalho. Era determinada, firme e tinha posições precisas sobre o interesse público e o papel do advogado público diante das “vontades” do administrador. Conhecia e impunha, como ninguém, o limite da legalidade. Com ideias modernas, sem se deixar levar pelos modismos, impôs seu ritmo de trabalho. Sua inteligência, sua dedicação foram pouco a pouco contagiando aqueles que com ela trabalhavam. Do alto de seu gigantesco conhecimento jurídico, conseguia preservar a humildade de perguntar sempre a opinião de seus colaboradores.

Encantada com seu amor pelo Direito Administrativo, hipnotizada pelo seu exemplo, fui admitida como sua aluna na pós-graduação. Um novo mundo se abriu. Sua didática ímpar, a clareza de seus textos sem prejuízo da profundidade dos temas tratados, a dedicação na preparação das aulas: sempre temas novos, pouco explorados, que exigiam da professora intensa pesquisa.

Amor e talento explícitos à atividade acadêmica.

Não tive a oportunidade de conviver com ela na Procuradoria do Estado. Não pude acompanhar sua atividade na Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda – seu primeiro posto de trabalho após ter sido aprovada em concurso público –, na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, na Assessoria Técnico-Legislativa ou na Assessoria Jurídica do Governo, órgãos em que prestou relevantes serviços ao Estado. No entanto, tendo a oportunidade de trabalhar na Procuradoria Administrativa, órgão em que ela também atuou, posso, até hoje, consultar seus antigos pareceres e com ela aprender a aplicar na prática a fina teoria por ela desenvolvida em sua extensa obra jurídica.

Seu *Direito administrativo*, incansavelmente atualizado pela autora, já passou da 22ª edição. Nele, os institutos de Direito Administrativo são analisados por quem consegue conciliar o conhecimento teórico com a visão prática adquirida pelos anos vividos na Administração Pública. A consequência disso é que a obra se tornou um livro valioso para estudantes e profissionais.

Tem várias monografias esgotadas, de útil consulta para os aplicadores do Direito Administrativo (*Servidão administrativa, Do uso privativo de bem público, Do direito privado na administração pública*).

Com o seu *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988* ganhou o concurso para Professor Titular da Universidade de São Paulo. Tema instigante, tratado sob a perspectiva do novo texto constitucional, com precisão científica.

Organizou duas obras coletivas. Uma sobre licitações e contratos (*Temas polêmicos sobre licitações e contratos administrativos*), prestigiando seus então colaboradores na Consultoria Jurídica da Universidade, e outra, divulgando o trabalho de pesquisa de seus alunos na pós-graduação: *Direito regulatório*.

Seu livro sobre *Parcerias na administração pública*, já na 7ª edição, é um marco no tema. Lançado no início do processo de reforma do Estado, suas sucessivas edições foram acrescentando as novidades trazidas pela matéria. Pioneiro, desbravou temas difíceis com uma perspectiva sóbria. Os novos institutos são criticamente analisados com precisão cirúrgica.

A Professora Maria Sylvia é uma grande publicista, na plena acepção da palavra. Sempre fiel às suas convicções, influencia uma nova geração de jovens administrativistas, por ela orientados na pós-graduação, e que têm a missão de levar adiante seu amor à causa pública.

A Universidade de São Paulo conta com uma das maiores autoridades do país em Direito Administrativo, que não se furta a participar de sucessivas comissões de juristas que são convocados a contribuir com a elaboração legislativa dos grandes temas do nosso Direito Público, como são exemplos a Lei do Processo Administrativo no âmbito federal e o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública.

Sinto-me honrada por usufruir de sua convivência.

A Procuradoria Geral do Estado se sente honrada por tê-la tido em seus quadros.

A homenagem que ora se presta é mais do que justa. É um tributo devido à excelência, à perseverança, à dedicação à causa pública.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

Procuradora do Estado de São Paulo

Estado, Administração Pública e a posição do administrado

Alessandra Obara Soares da Silva¹

Sumário: 1 Estado. 1.1 Os modelos de Estado. 1.2 O Estado subsidiário. 2 Administração pública. 2.1 Administração pública burocrática. 2.2 Administração pública gerencial. 2.3 Administração pública conformadora. 3 A posição do administrado. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Estado

O constitucionalista português Jorge Miranda define o Estado como “comunidade e poder *juridicamente* organizados, pois só o direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convivencial e, no poder, do fato à instituição”². O Estado compreende, assim, um povo, um território e um poder, organizados pelas normas que regem a vida em comunidade.

Tendo em vista que o poder deve ser regulamentado, e tudo que é regulamentado é limitado, as comunidades elegem uma forma de exercício do poder, ou seja, uma forma de governo, apta a estruturar e a institucionalizar a distinção entre governantes e governados. Já a maneira como é sistematizado o poder e o seu exercício corresponde ao sistema de governo, que nada mais é que uma forma de organização interna do

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Juíza do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, biênio 2010/2011. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Especialista em Direito Tributário pela COGEAE, PUC-SP.

2 MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 3.

poder, ou seja, a institucionalização das relações entre governantes, com a delimitação de suas funções.³

Tércio Sampaio Ferraz Junior esclarece que não se pode precisar com exatidão o momento do nascimento da forma Estado, sendo certo que no Velho Continente as guerras do final do século XV levaram Espanha, França e Inglaterra a se organizarem em Estados. Na Itália, essa organização ocorreu apenas no século XVII. Apesar da imprecisão das datas, a certeza é que a noção de soberania é inerente à organização estatal, em todos os casos⁴. Por valiosas, transcrevemos as palavras de Ferraz Junior:

“Pode-se dizer, pois que o Estado Moderno surge de duas vertentes distintas na compreensão do poder político. Uma é a visão jurídica, com base na noção de império. A outra é a visão econômica, com base na ideia de gestão da coisa pública.

A primeira concepção – jurídica – do poder o vê como um conjunto de positivações no sentido de que os objetivos do poder são ou conduzem a uma estrutura circular: o objetivo do poder é o bem comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder estabelece. A visão jurídica do poder, do ponto de vista da velha soberania, é eminentemente ética no sentido de que o respeito à lei é primário nas relações de governo. Já a visão econômica do governo como arte, uma arte que, conforme as finalidades, nos ensina a dispor as coisas e as pessoas, é diferente, posto que o centro está na ideia de cálculo (Foucault, 1982, p. 188 e ss).

A arte de governar está menos ligada a uma sabedoria prática, isto é, ao conhecimento da equidade, do bom julgamento, da justiça, e muito mais a um cálculo. A ideia é de que governar bem é adaptar-se às circunstâncias que permitem o exercício do governo.”⁵

A sistematização e regulamentação do poder sofreram grandes alterações no curso da história da humanidade. Com a evolução da sociedade organizada, evoluíram as formas de exercício do poder, admitindo-se,

3 MIRANDA, Jorge, *Formas e sistemas de governo*, cit., p. 3.

4 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007. p. 414.

5 Ibidem, p. 422-423.

hoje, três referenciais éticos, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: a licitude, como referencial moral; a legalidade, como referencial jurídico; e a legitimidade, como referencial político.⁶

Analisaremos sucintamente a evolução do Estado e da forma de sistematização do poder para verificar a evolução da posição do administrado na gestão da coisa pública. Antes, vale lembrar que “gestão” e “gerência” são termos distintos, com diferentes significados. Como destaca Maria Paula Dallari Bucci, no direito positivo brasileiro, há uma clara diferenciação entre os dois termos. De fato, a Norma Operacional Básica da Saúde (NOB 1996) prevê expressamente que gerência é a administração de uma unidade ou órgão da área, ao passo que gestão é a “atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (...) mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria”⁷. Disso, destacamos que a atividade de gestão é amplíssima, não só abrangendo a gerência, mas também todas as atividades necessárias à resolução de problemas e a atribuição de zelar pelo funcionamento eficiente da atividade gerida. Há uma relação de continência entre gestão e gerência, esta contida naquela.

Nesse sentido, quando o ordenamento jurídico fala em gestão democrática, quer se referir à participação democrática nas atividades de planejamento e direção, atividades de cunho decisório, portanto.

1.1 Os modelos de Estado

Os Estados, uma vez organizados e independentemente da forma de governo adotada, pretenderam, num primeiro momento, ampliar os seus territórios, para assim ampliar a sua área de domínio. Delimitados os territórios, com a vigência da norma pela qual os conquistados deviam obediência aos conquistadores, prevaleceu, em regra, a forma de governo absolutista, em que o poder era concentrado nas mãos de

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*: parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 221.

7 BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coords.). *Estatuto da cidade*: comentários à Lei federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 336.

uma ou de poucas pessoas, a quem incumbia editar as normas, executar e zelar pela sua execução, além de julgar e dirimir os mais diversos conflitos que surgissem. O Estado, nesse quadro, intervinha em tudo na vida da comunidade: dela exigia os tributos nas mais variadas formas de imposição e a ela fornecia (ou deveria fornecer) os meios básicos de sobrevivência.

No século XVIII, a concentração de poder nas mãos de uma ou pouquíssimas pessoas gerou a insatisfação daqueles que não detinham função decisória ou capacidade de influenciar as decisões, sequer aquelas que envolvessem diretamente seus próprios interesses sociais, econômicos ou patrimoniais. Nesse contexto, a mais famosa revolução, a francesa, em 1789, levada a efeito pela burguesia (a então classe operária), deu por encerrado o absolutismo.

Rafael Munhoz de Mello, acompanhando lição do doutrinador português Sérvulo Correia, afirma que o marco histórico que identifica o surgimento do Estado de Direito é a Revolução Francesa, uma vez que com ela se consagrou a legalidade nos textos constitucionais como princípio regulador da conduta dos governantes.⁸

É o embrião do princípio da legalidade, com a submissão do poder às normas de direito que devem obrigatoriamente habilitar o próprio exercício do poder. Nesse contexto histórico, a Administração Pública fica adstrita também às finalidades legais, ou seja, à observância do interesse público. Busca-se a realização do bem-estar social, com o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos – cujo leque é ampliado com a evolução da humanidade –, e o necessário atendimento, pelo Estado, das necessidades básicas de cada um e de todos os administrados, sem esquecer o custeio do Estado pela sociedade, com o pagamento de tributos.

Superado o absolutismo, firmou-se o modelo liberal de Estado, em que vigiam os princípios da proteção à liberdade, propriedade e igualdade, com atuação essencialmente negativa do Estado. Nesse momento histórico, cabia ao Estado tão somente a abstenção da

8 MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e princípio da legalidade. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 143-186.

prática de qualquer ato tendente a violar a liberdade, igualdade e propriedade dos administrados. A circulação da riqueza ficava a cargo da própria sociedade, com a “autorregulamentação” dos mercados pela “mão invisível”.⁹

Sem negar a existência do direito e do princípio da legalidade a limitar a atuação estatal, no Estado Liberal, especialmente na doutrina alemã, questionava-se a extensão desse princípio e o verdadeiro conceito de lei, com a recorrente distinção entre ato administrativo (julgado ao princípio da legalidade) e ato *interna corporis*, materializado pela estruturação do Estado ou referente às relações especiais de sujeição. Esses últimos atos seriam autônomos, ou seja, não submetidos à juridicidade.¹⁰

Como se vê, o afastamento do princípio da legalidade dos atos que supostamente teriam efeitos meramente internos mostra-se como um resquício do regime absolutista, no qual não havia limites para atuação do administrador. A Administração era, assim, unilateral e investida ainda de alto poder de imperatividade.

Todavia, os princípios liberais acabaram por criar uma profunda desigualdade social, já que incentivaram a concentração de riquezas, sem a preocupação coletiva com o bem-estar social. Houve, assim, um grande aumento da pobreza, com a ausência do Estado defendida pelos liberais. Nesse quadro de profundas desigualdades sociais e grandes carências das camadas mais pobres, após a Segunda Guerra Mundial, nasceu o Estado Social, que partia do pressuposto da existência e necessidade de eliminação da desigualdade entre os homens. Valorizaram-se os direitos sociais e econômicos (além da igualdade, propriedade e liberdade, que não foram deixados de lado), a fim de assegurar existência digna aos mais pobres, herança do liberalismo.

O Estado, ao qual cabiam anteriormente apenas abstenções, passou a assumir a qualidade de devedor: seria necessário implementar,

9 COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

10 Ibidem, p. 46-63.

fomentar, desenvolver os direitos sociais e econômicos para garantir existência digna, especialmente aos mais necessitados.

Foi evidente o súbito agigantamento das atribuições estatais. O indivíduo, que no Estado Liberal não queria a atuação do Estado, no Estado Social passou a exigí-la.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que houve também a ampliação do poder de polícia, que se estendeu a setores ordinariamente não relacionados com a segurança, como as relações entre particulares, já que o Estado afastou-se da ideia de poder de polícia tradicional, que apenas impunha obrigações de não fazer, para impor também obrigações de fazer, como, por exemplo, determinar o cultivo de terras, o aproveitamento do solo, etc.¹¹

Nessa toada, o Estado Social também passou por uma crise, já que os recursos, escassos, ficaram ainda mais raros com o grande e repentino aumento das incumbências públicas, sem a necessária contrapartida da sociedade, em sua grande maioria, de carentes.¹²

Com o incremento das atribuições do Estado, houve aumento da interferência pública na esfera individual, reaproximando particular e Administração, de sorte que se abriram canais de comunicação entre público e privado, inconcebíveis no liberalismo.¹³

A evolução da relação Estado-sociedade é resumida por José Casalta Nabais da seguinte forma: no Estado Liberal, há clara separação entre Estado e sociedade, sendo o polo dominante a sociedade dentro da qual se insere o indivíduo, daí o individualismo. No Estado Social, há interpenetração entre sociedade e Estado, com um certo equilíbrio entre os dois polos.¹⁴

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 31.

12 De fato, não era possível cobrar o financiamento dos direitos sociais da sociedade que era composta, em sua maioria, de pessoas carentes e mais necessitadas de auxílio estatal do que aptas a contribuir com o Estado.

13 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Função administrativa e participação popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 796, p. 105, fev. 2002.

14 NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 62, nota de rodapé n. 155.

Com a crise do Estado Social, passa-se ao Estado administrativo, na nomenclatura de Almiro do Couto e Silva, que identifica, nesse momento histórico, algumas razões para a crise do princípio da legalidade na contemporaneidade. Na verdade, o que ocorre é a alteração da dinâmica da Administração Pública que, com o grande e repentino aumento das suas atribuições, com a cobrança de eficiência da sociedade e a escassez de recursos (receitas), vê-se obrigada a passar de um modelo burocrático para um modelo gerencial, em nome da eficiência. É, na verdade, a evolução para a concepção de Estado essencial: nem mínimo, nem máximo; não mais onipotente. Como destaca Juarez de Freitas, passa a ser essencial que o Estado cuide de regulação, retirando-se, “em parte, da execução direta dos serviços, mas mantendo-se titular da prestação de serviços públicos, de maneira irrenunciável”.¹⁵

Pari passu com a evolução do Estado, evoluiu o conceito de interesse público, como resumidamente lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O princípio do interesse público adquire nova roupagem. No período do Estado Liberal, o interesse público a ser protegido era aquele de feição utilitarista, inspirado nas doutrinas contratuálistas liberais do século XVIII e reforçado pelas doutrinas de economistas como Adam Smith e Stuart Mill. O direito tinha que servir à finalidade de proteger as liberdades individuais como instrumento de tutela do bem-estar geral, em sentido puramente material. Com a nova concepção do Estado de Direito, o interesse público humaniza-se, à medida que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas também com valores considerados essenciais à existência digna: quer-se liberdade com dignidade, o que exige atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social. O interesse público, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a ideia de bem comum.”¹⁶

15 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 34.

Acompanhando esse ritmo, o próprio conteúdo do princípio da legalidade, inerente ao Estado de Direito, também sofreu alteração. Como lembra Maria Sylvia Di Pietro, substituiu-se a ideia de Estado legal formal pela ideia de Estado vinculado aos ideais de justiça, o que constitui o embrião do princípio da legalidade substancial, que compreende a participação do cidadão (Estado Democrático) e a justiça material (Estado de Direito).¹⁷

A evolução desse princípio fundamental do Estado de Direito – o da estrita legalidade – deveu-se à constatação de que, quando aplicado à risca, não evitaria soluções desarrazoadas ou desproporcionais. Ao contrário, acabaria por torná-las possíveis e, muitas vezes, afastaria a solução mais justa¹⁸. E, como o direito não pode tolerar soluções injustas, caberá ao intérprete buscar, por meio de interpretação sistemática, a solução mais acertada e razoável para o caso concreto.

Importante destacar que no Brasil, quando colônia portuguesa e, algum tempo depois, mesmo após a declaração de independência, experimentamos a monarquia absolutista. Algum tempo após a proclamação da república, passamos ao Estado Democrático de Direito. Houve ainda o período da ditadura, que suprimiu as liberdades democráticas do brasileiro. Ao final, esse período de retrocesso do Estado de Direito provocou o fomento da democracia brasileira, anseio que permeou todo o texto constitucional de 1988. Ressaltamos que o Estado de Direito caracteriza-se principalmente pela submissão do Estado às normas previamente estabelecidas, sendo certo que, como afirma Almiro do Couto e Silva, hoje reconhece-se que o Estado de Direito apresenta aspectos formais e materiais. Em suas palavras:

“No primeiro sentido – aspecto material – elementos estruturantes do Estado de Direito são as ideias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais;

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 35.

18 COUTO E SILVA, Almiro do, *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*, cit., p. 47.

b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa-fé ou confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.”¹⁹

No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo destaca que o Estado de Direito não pode ser considerado apenas na sua acepção formal²⁰, mas lembra que a configuração desse modelo estatal não depende da consagração da democracia, de sorte que:

“O Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias diretamente. Além disso, e, efetivamente, ademais disso, mister que os direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em consequência, o Estado de Direito é estado de legitimidade.”²¹

Mas no mundo, hoje, firmado o Estado de Direito Democrático (como em Portugal) ou o Estado Democrático de Direito (como no Brasil), com a consagração da fórmula do Estado provedor dos direitos individuais essenciais (Estado devedor) e garantidor da vida em sociedade, há quem aponte nova crise do Estado, com o súbito aumento das suas atribuições e a consequente pressão da sociedade para ter satisfeitas todas as suas necessidades, somado à impossibilidade real de a totalidade do povo arcar com os custos do agigantamento das prestações estatais.²²

Ganha força então o Estado subsidiário que, sem deixar de ser um Estado de Direito, nem refutar a fórmula da democracia, afasta, proporcional

19 COUTO E SILVA, Almiro do, Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo, cit., p. 46.

20 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 11, fev. 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 jan. 2010.

21 Ibidem.

22 Sobre os custos dos direitos, apontando a importância de pagar tributos e a verdadeira razão da existência dos impostos e contribuições confira: HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton, 2000.

e razoavelmente, o Estado de algumas atividades que podem ser melhor prestadas pela própria sociedade, quando organizada em comunidades menores, ou até individualmente.

1.2 O Estado subsidiário

O desenvolvimento da ideia de Estado subsidiário, concebido há longa data, evidencia a necessidade de aproximação entre Administração e particular, no sentido de organizar o exercício da função administrativa para conferir maior eficiência e bem-estar social no dia a dia dos administrados.

Em outras palavras, no Estado subsidiário, que não chega a ser propriamente um modelo de Estado autônomo, há uma otimização no desenvolvimento das atividades necessárias para garantir a vida digna em sociedade, com a Administração envidando esforços para realizar atividades de maior amplitude e permitindo que os administrados, individualmente ou organizados em pequenos grupos, possam cuidar de interesses locais comuns.

A subsidiaridade da atuação estatal decorre, apontam alguns, da incapacidade do Estado como eficiente prestador de serviços públicos. Da ineficiência ou comprovada impossibilidade de atender a contento todas as necessidades da sociedade, ganha força a ideia de diminuição das atividades estatais, respeitando-se os direitos individuais, sem deixar de tutelá-los. Ao Estado cabe abster-se de exercer atividades que o particular pode exercer sozinho, com seus próprios recursos. É incentivada a atividade de fomento estatal para colaborar com o sucesso do particular no desempenho das atividades voltadas para o bem comum. Não se pode esquecer que o lucro não é (nem poderia ser) excluído, já que a riqueza (e a sua circulação) é que gera o bem-estar social almejado pelo ordenamento jurídico.²³

Na lição de Silvio Luís Ferreira da Rocha, o princípio da subsidiariedade “propõe algo de novo entre a intervenção total do Estado e a

²³ Nesse sentido é o artigo 3º, IV, da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

supressão da autonomia privada e o liberalismo clássico e sua política de intervenção mínima do Estado”²⁴. Acrescenta Diogo de Figueiredo Moreira Neto que esse princípio permite um escalonamento de atribuições estatais, em função da complexidade da prestação pública. Esse escalonamento é definido da seguinte forma: num primeiro nível, os indivíduos atuam para satisfazer com meios próprios seus interesses individuais; em segundo nível, grupos sociais menores atuam para satisfazer, com seus próprios recursos, seus interesses coletivos; em terceiro nível, grupos sociais maiores atuam para satisfazer seus interesses coletivos, de maior abrangência, também com recursos próprios; e, num quarto nível, a sociedade civil como um todo atua e decide a respeito da realização de seus interesses gerais.²⁵

O melhor enunciado do princípio da subsidiariedade, para Silvio Luis Ferreira da Rocha, encontra-se na Encíclica *Quadragesimo Anno*, no item n. 79:

“Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e trabalho, para confiá-lo à comunidade, do mesmo modo passar para uma comunidade maior e mais elevada o que comunidades menores e inferiores podem realizar é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, e não destruí-los nem absorvê-los.”²⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discorrendo sobre esse princípio, destaca que em 1961 o Papa João XXIII, na encíclica *Mater et Magistra*, definiu o bem comum como “o conjunto de condições sociais por onde os homens tornam-se capazes de alcançar mais facilmente a plenitude de seu desenvolvimento”²⁷. A autora destaca que essa ideia de bem comum evidencia a necessidade de o Estado assegurar a existência das condições para que os próprios particulares o atinjam. Destaca também que o princípio da subsidiariedade foi inserido no Tratado da União Europeia

24 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 16.

25 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 20.

26 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, op. cit., p. 17.

27 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 36.

como forma de preservar a soberania dos países-membros. E, no âmbito interno de cada país componente do bloco europeu, esclarece que os direitos fundamentais do homem são reconhecidos não mais como uma barreira à atuação estatal, mas como a própria razão de ser do Estado, ao qual cabe promover e estimular com ações efetivas o desenvolvimento livre e igualitário dos indivíduos dentro da sociedade. Para tanto, é incentivada a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais, consagrando-se, assim, a sociedade pluralista que viabiliza a participação igualitária de todos os setores da sociedade, e não apenas dos grandes grupos.²⁸

Franco Frattini, resume:

“[...] A ordem social, por conseguinte, deve ser encarada pelo princípio da função subsidiária (*subsidiarii officii principium*): indivíduo, família e instituições coexistem entre si em uma sobreposição em círculos concêntricos de diversos níveis de direitos e deveres cuja ordem de funcionamento é regulada pelo princípio da subsidiariedade. E como Estado e sociedade são uma ‘consequência da evolução das exigências do indivíduo’, os mesmos só devem vir em socorro quando ele não possa realizar-se por si com as próprias forças.”²⁹

Ainda sobre o princípio da subsidiariedade e sua aplicação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro indica as tendências atuais. Dentre elas, destaca a privatização das atividades estatais, para a eficiência na sua prestação; a inexistência de um singular interesse público, mas a consagração de diversos interesses públicos de diversos setores da sociedade, decorrência do pluralismo. Com isso, amplia-se a atividade de fomento administrativo. A autora identifica ainda a tendência da desregulamentação, com vistas a uma nova configuração da relação entre liberdade e autoridade, retomando, com critério, algumas ideias do liberalismo, para alavancar o desenvolvimento sustentado da indústria, comércio e profissões liberais, restringidas pelo excesso de regulamentação. Com tudo isso,

28 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 37.

29 FRATTINI, Franco, apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 37.

mostra-se a tendência de mudança da noção de interesse público, para utilização dos instrumentos administrativos preferencialmente em benefício do cidadão, com melhor qualidade e eficiência na prestação dos serviços.³⁰

Para concluir, Silvio Luis Ferreira da Rocha destaca que:

“A grande virtude do princípio está em que a partir dele dá-se a primazia ao grupo social e ao indivíduo, com a devolução, à sociedade civil, de matérias de interesse geral que possam ser eficazmente por ela realizadas. A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral, a partir, também, da ideia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto a grupos menores.”³¹

Como se vê, com a percepção de que o Estado poderia não prestar a contento certas atividades, a própria sociedade assumiu a responsabilidade pela realização de algumas prestações. Ela própria deixou de apenas exigir, saindo de uma posição passiva, para colocar-se à frente de certas atividades, numa verdadeira concretização do princípio da solidariedade, com a consciência de que tal atitude beneficia a ela própria.

De fato, a subsidiariedade reverte em benefício para a própria sociedade, sem a formação, no entanto, de “poderes paralelos”, já que a segurança pública e a jurisdição (no sentido estrito do termo, ou seja, solução de litígios com atributos de imperatividade, efeito *erga omnes* e definitividade) continuam sempre monopólio do Estado, nada impedindo que grupos sociais se organizem para tentar solucionar suas controvérsias internas – sem armas e respeitando os direitos fundamentais – e até mesmo garantir certa segurança para si, mas sempre sob a supervisão do Estado que, nesses casos, assume um papel de fomento, como bem lembrado por Silvio Luiz Ferreira da Rocha.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 37-41.

31 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, *Terceiro setor*, cit., p. 19.

Assim, assistimos, hoje, a mais uma evolução do direito e da sistematização do exercício da função administrativa, que passa a contemplar também a subsidiariedade na atuação do Estado. Ou seja, sempre que o particular puder prestar a contento determinada atividade, se ela for conforme o ordenamento jurídico, deve o Estado abster-se de interferir naquela atividade e, mais ainda, deve fomentá-la.

Como se vê, não é possível afirmar com precisão o momento a partir do qual se passa de um modelo de Estado para outro, principalmente porque a subsidiariedade não constitui tipo autônomo de Estado e não substitui o Estado de Direito ou o Estado Democrático de Direito. É, na verdade, a aparente retomada de alguns princípios do liberalismo, sem o afastamento de outros princípios do socialismo.

Importante destacar que o Estado subsidiário não deixa de ser fruto de um amadurecimento da sociedade, que abandona parcial e paulatinamente a posição passiva de mera expectadora do exercício da função administrativa, quando muito exigindo prestações do Estado, para adotar uma posição ativa, assumindo algumas prestações com maior eficiência que o gigante Estado e participando concretamente da tomada de decisões coletivas.

2 Administração pública

A expressão “administração pública” pode ser utilizada no seu sentido objetivo ou subjetivo, conforme se refira à atividade desenvolvida ou ao titular dessa mesma atividade, respectivamente. Afora isso, pode ser compreendida em duas acepções, lembradas por Paulo Modesto³², quais sejam na acepção de poder, como adotada por Renato Alessi e Santi Romano, ou na acepção da atividade desenvolvida, como nas lições de José Roberto Dromi e Gabino Fraga.

A administração pública incumbe, de acordo com a clássica tripartição das funções estatais extremamente difundida nos ordenamentos jurídicos ocidentais, ao Poder Executivo, já que ele titulariza precipuamente o exercício da função administrativa. Essa é definida por Celso Antônio Bandeira

32 MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2009.

de Mello como “a função que o Estado, ou de quem lhe faça as vezes, exerce, na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”.³³

Fala-se, assim, em administração pública como exercício da função administrativa por ente competente. Essa função, de acordo com a divisão do exercício do poder pelos representantes do povo, na fórmula da democracia representativa, se dá de forma típica pelo Poder Executivo, cujo chefe, no Brasil, é eleito pelo voto direto dos cidadãos.

Aqui, cuidaremos do exercício da função administrativa não apenas no sentido de mera execução da lei, mas no sentido amplo, que engloba as funções de execução e de planejamento, ideia que se aproxima da adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, acompanhando a lição de Renato Alessi: “Basicamente, a função política compreende as atividades co-legislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia.”³⁴

O exercício da função administrativa *lato sensu*, assim, pode confundir-se com a gestão conceituada como “o exercício de funções políticas e administrativas, formuladas conjuntamente pela Administração Pública e Poder Legislativo e executadas pelo Poder Executivo, com o propósito de tutelar o interesse público”.³⁵

Enquanto o Estado evoluiu de absolutista para liberal, interessante lembrar, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que o Poder Executivo não acompanhou essa evolução com a mesma intensidade, uma vez que houve uma consagração do poder de império do Estado, como a competência discricionária, a autotutela e autoexecutoriedade, na contramão dos princípios liberais.³⁶

33 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 56.

35 MENCIO, Mariana, *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*, cit., p. 24.

36 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 9.

Nesse contexto histórico, prossegue o autor, nasceu o direito administrativo como ciência autônoma do direito, na França, de forma a preservar o poder da Administração Pública da influência do liberalismo que privava o Estado de grande interferência na sociedade, viabilizando, assim, a manutenção e até o crescimento do poder de polícia. Prova disso seria a criação do Contencioso Administrativo francês, afastando o Poder Administrativo do controle da justiça comum:

“Assim é que conceitos como o da *imperatividade*, da *supremacia do interesse público*, o da *insindicabilidade do mérito* e o dos chamados *poderes administrativos*, entre os quais o hoje polêmico *poder de polícia*, assomaram tal importância estruturante que a literatura jurídica do direito administrativo tornou-se praticamente unânime quanto à articulação dogmática da disciplina sobre a ideia central de *que o interesse público é um ‘interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos’*.³⁷

Em suma, a evolução da administração pública passou pelas fases do absolutismo, do estatismo e da democracia. Na primeira, prevalecia o interesse do rei (“administração regaliana”), na segunda, o interesse do Estado, caracterizando a “administração burocrática”. Na terceira fase, prevalece o interesse da sociedade, caracterizando a “administração gerencial”³⁸. Diogo de Figueiredo Moreira Neto ainda destaca que, no Brasil, a passagem da segunda para a terceira fase iniciou-se antes de completa a transição da primeira para a segunda fase, sendo certo que o motor da mudança foram os princípios da eficiência e da legitimidade, com suas derivações, quais sejam, a subsidiariedade do Estado e a crescente participação política dos administrados, fomentada também pela difusão das informações em incrível velocidade e distância, alcançando praticamente toda a sociedade.

No entanto, fato é que onde há exercício de função, há atividade realizada em interesse alheio. No caso da função administrativa, interesse

37 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 11, grifos do original, citando Umberto Allegretti.

38 Ibidem, p. 17.

público. E, para desincumbir-se do exercício da função, o administrador recebe do ordenamento jurídico uma gama de poderes instrumentais, destinados exclusivamente ao atingimento das finalidades públicas. Aqui a ideia de dever-poder: “(...) cria-se uma entidade ou órgão público para satisfazer interesses públicos (*finalidade*), atribuindo-se-lhe poderes em tese (*competência*) para que sejam exercidos da forma necessária (*flexibilidade*) para efetivamente atendê-los em concreto (*eficiência*).”³⁹

Assim como o Estado e a democracia, a administração pública sofreu (e continua sofrendo) mutações, atendendo ao dinamismo da sociedade. Nasceu, assim, para exercer suas atribuições de forma burocrática, evoluindo para uma forma gerencial e tendente a passar para a administração democratizada, com a crescente valorização da participação popular direta na gestão da coisa pública.

2.1 Administração pública burocrática

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que a administração pública burocrática concebida na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, visava a combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Com esses objetivos, e partindo da desconfiança prévia em relação aos administradores públicos, privilegiava a rigorosa seleção de pessoal, a formação profissional, organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo, em detrimento da eficiência na prestação do serviço público.⁴⁰

A burocracia nasceu, assim, como uma forma de controlar a atividade administrativa, na medida que todos os requisitos para a expedição de qualquer ato administrativo, em consonância com o princípio da estrita legalidade, deveriam estar previstos em lei.

Era uma forma de garantia do administrado. E continua sendo. Muito embora se admita a evolução do princípio da estrita legalidade, ainda assim há um grande respeito à procedimentalização e previsão de toda atividade administrativa. E isso está em absoluta consonância com

39 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 29-30, grifos do original.

40 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 51.

o ordenamento jurídico vigente. A famosa frase de Rudolf von Ihering “a forma é irmã da liberdade e inimiga jurada do arbítrio” não pode ser ignorada.

Mas, com a evolução da sociedade, é evidente que o próprio princípio da estrita legalidade, principal molde de posituação da burocracia, evoluiu. Hodiernamente, o princípio da estrita legalidade é, numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, temperado com o princípio da razoabilidade e, principalmente, com o princípio da eficiência. A doutrina fala, em coro, na expansão do princípio da legalidade, que deixa de ter como único parâmetro a lei, para que toda atividade administrativa esteja amparada, antes de tudo, na Constituição. Muitos confundem essa evolução com uma suposta crise do princípio da legalidade, assunto que será tratado mais adiante. Por ora, importa salientar que o princípio da legalidade continua existindo, em conjunto com outros princípios de estatura constitucional.

Nesse sentido, Lucia Valle Figueiredo lembra a lição de Massimo Severo Giannini que, ao abordar o princípio da legalidade, dizia que na contemporaneidade, o princípio estaria atenuado, passando-se de uma interpretação negativa para uma interpretação de sentido positivo, na medida que a norma discipline implicitamente um provimento.⁴¹

Acompanhando a evolução da sociedade, a administração pública não deixa de ser burocrática, mas a ela, Administração, o ordenamento jurídico hoje impõe a necessidade de conciliar a burocracia com a eficiência e razoabilidade no exercício de sua atividade.

Há assim um descortinamento da atividade gerencial da Administração Pública.

2.2 Administração pública gerencial

Conforme o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e aprovado em 21.09.1995 pela Câmara da Reforma do Estado,

41 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42-43.

composta pelos ministros da Administração e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento, e pelo ministro chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, a administração gerencial emerge da segunda metade do século XX, para conformar a expansão das funções econômicas e sociais do Estado com o desenvolvimento tecnológico e a globalização da economia mundial. A reforma do Estado, então, passa a ser orientada clara e expressamente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação do serviço público.⁴²

Analisando o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro concluiu que na administração gerencial são definidas com precisão as metas de cada órgão, atribuindo-se maior autonomia ao administrador na gestão dos recursos, permitindo o controle posterior de resultados.⁴³

Para a autora, a evolução do direito brasileiro, ao acompanhar a evolução da sociedade, apresentou progressos e retrocessos. Esse “plano” desenvolvido no âmbito federal representa um progresso, na medida que altera o foco do desempenho da função administrativa para contemplar a realização das metas previamente estabelecidas.

De seu turno, Silvio Luís Ferreira da Rocha entende que o modelo proposto pela Reforma do Estado não é adequado à nossa realidade constitucional, de sorte que sua efetiva implementação depende de alteração da Constituição Federal:

“Neste modelo em que o Estado se apresenta como um fomentador destas atividades, os recursos são repassados aos particulares mediante a celebração dos contratos de gestão e dos termos de parceria. Este modelo, contudo, não pode ser implantado à luz do texto constitucional que atribuiu ao Estado o dever de prestar, entre outros, os serviços de saúde e os serviços de educação (arts. 199 e 205 da CF), não podendo o Estado renunciar a estas competências. Por outro lado, a atividade administrativa de fomento, como visto, está marcada, especialmente, pelo princípio da subsidiariedade e o da repartição dos riscos, o que impede o

42 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 51.

43 Ibidem, p. 50.

Estado de promover, com recursos exclusivos do Tesouro Nacional, as atividades socialmente relevantes desempenhadas pelos particulares, que, por conta dos citados princípios devem investir recursos próprios nas atividades desenvolvidas, a fim de evitar que a filantropia venha a ser exercida exclusivamente com recursos alheios (governamentais) e o fomento transforme-se em sustento, com burla aos princípios da obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório para contratar terceiros.”⁴⁴

Interessante mencionar aqui a crítica que Emerson Gabardo faz àqueles que associam o advento da administração pública gerencial com a importação de um modelo privado de gestão. Para ele, somente à Administração Pública pode ser imputada a obrigatoriedade legal de eficiência, sendo que, na esfera privada, a eficiência pode ser uma opção do empreendedor, que lida com interesses essencialmente particulares. Essa opção jamais pode ser transferida ao encarregado da execução de função administrativa, dada a necessidade de realização do interesse público no modelo republicano e democrático de Estado⁴⁵. Guardadas as devidas proporções, vez que o empreendedor privado não está fora do direito, podendo ser responsabilizado por má gestão, a verdade é que a crítica é procedente, na medida que, no trato da coisa pública, nunca se admitiu a possibilidade de o administrador agir de forma ineficiente. Tanto assim que muitos doutrinadores criticaram a constitucionalização do princípio da eficiência (introduzido no art. 37 da CF pela EC n. 19/98). A mais contundente crítica é a de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do direito, que mais parece um simples adorno agregado ao artigo 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma

44 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, *Terceiro setor*, cit., p. 40-41.

45 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21.

suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.”⁴⁶

De toda sorte, a atividade administrativa não se concebe mais como puramente burocrática, como adstrita pura e simplesmente ao princípio da estrita legalidade. As amarras da estrita legalidade não se sustentam diante de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. A administração gerencial, assim entendida a gestão constitucional, legal, razoável e eficiente da coisa pública, consolida-se em substituição à gestão legalista do bem e interesse públicos.

Mas a evolução não parou por aí.

2.3 Administração pública conformadora

A ordem constitucional de 1988 consagrou largamente a democracia, resguardando a participação direta dos administrados na gestão da coisa pública, em diversas oportunidades. Essa participação pode ser entendida como um passo além da administração gerencial, para a administração conformadora. Nas palavras de Onofre Alves Batista Junior:

“Enfim, verifica-se a coexistência de uma Administração agressiva, prestadora e prospectiva. (...) A Administração, portanto, não se restringe a se posicionar perante o administrado como entidade eminentemente autoritária, como sequer se limita a ser um complexo de fornecimento de prestações individualizadas, mas possui indiscutível ‘função conformadora da sociedade’, cabendo-lhe zelar pelo equilíbrio de posições jurídicas contrapostas. A Administração Pública conformadora [...] transforma-se em uma grande entidade de composição de interesses (públicos e privados) das mais diferentes naturezas, iluminada pelo desiderato de eficiência administrativa, que deve contemplar o ‘longo prazo’.”⁴⁷

Evolui a ideia da consensualidade aplicada à Administração Pública como uma forma de incrementar a legitimidade de seus atos e começa

46 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 117-118.

47 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 51.

a descoberta da possibilidade de pactuar com os interesses particulares, sem desviar-se do interesse público. Nesse sentido:

“A consensualidade na tomada da decisão administrativa (decisão consensual) dá-se através da promoção do interesse público pela função decisória administrativa seja ela em concreto ou em abstrato. Na decisão consensual coadjuvante o ente público *deve buscar a audiência dos interessados e, se possível, com eles manter o diálogo e a negociação do interesse, mas somente a ela caberá a decisão, justificando-as motivadamente*, por exemplo: coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa. A decisão consensual determinante pode ser promovida através do plebiscito, referendo, audiência pública, cogestão e delegação atípica.”⁴⁸

Reprise-se: sem desvios dos pilares básicos do direito administrativo enumerados por Massimo Severo Giannini e lembrados por Edilson Pereira Nobre Júnior, quais sejam, o princípio da separação dos poderes, a legalidade da ação administrativa como limitação à arbitrariedade, o postulado da jurisdição absoluta e a existência de normas especiais para regular a atividade administrativa, normatizando e restringindo os antes arbitrários poderes do Estado.⁴⁹

É possível conceber uma maior participação democrática dos verdadeiros titulares do poder (o povo) no exercício diuturno da função administrativa. Essa ideia, importante destacar, vai ao encontro do ideal de flexibilidade, maleabilidade, adaptabilidade do direito, permitindo sua perpetuação. Em outras palavras, com a evolução da sociedade e das formas de exercício do poder, a flexibilidade do direito, sem distanciar-se dos pilares fundamentais, evita a completa ruptura, ao aceitar a adaptabilidade.

Na doutrina portuguesa, encontramos a lição de Pedro Machete, que defende que da aproximação entre Administração e administrado

48 SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1, p. 809, grifos do original.

49 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, Função administrativa e participação popular, cit., p. 105.

decorre a paridade entre Poder Público e indivíduo. O doutrinador, lembrando Vasco Pereira da Silva, destaca que tanto a Administração quanto o administrado são sujeitos de direitos em identidade de posições de base, relacionando-se juridicamente em igualdade de condições, afastando a ideia de administrado como objeto de poder.⁵⁰

De toda sorte, esses autores portugueses não afastam a existência da supremacia do interesse público (perseguido pela Administração Pública) sobre o particular, em caso de irremediável conflito entre eles. A paridade a que se referem, na verdade, nada mais é que a superação da ideia arcaica do absolutismo disfarçado. O indivíduo deixa de ser visto como súdito, para ser visto pelo ordenamento jurídico como sujeito e titular de direitos e deveres.

Dentre os direitos, destacamos o direito de participação ativa na tomada de decisões administrativas. Essa participação contempla a possibilidade de conformar o interesse privado com o público, sempre que respeitados os pilares básicos do direito administrativo, já mencionados. Assim, admite-se a evolução do exercício da função administrativa para aceitar que a Administração se conduza de forma mais democrática, sem abrir mão dos poderes necessários para desincumbir-se a contento dos seus deveres – mas de forma menos impositiva ou autoritária – aproximando-se da sociedade.

3 A posição do administrado

Como se vê da análise de modelos de Estado e modelos de administração pública, a evolução do direito administrativo demonstra uma consagração do administrado como sujeito de direitos e deveres. Demonstra ainda a busca pela igualdade formal e material dos indivíduos, especialmente sem distinção de classes.

No Estado Absolutista, a pessoa era tratada como súdito, a quem cabia somente obedecer aos comandos do governante. Já na era do Estado de Direito, no modelo liberal, o indivíduo era tido como autossuficiente,

50 GAMA, Vasco Pereira da, *Em busca do ato administrativo perdido*, 1996, apud MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 33.

titular de direitos fundamentais, mas sem a possibilidade de reclamar ao Estado a garantia de seus direitos. No Estado Social, é visto como titular de direitos, com a possibilidade (e o dever) de exigir do Estado prestações positivas garantidoras de seus direitos individuais e coletivos. No modelo de Estado Administrativo, o indivíduo é coletivamente considerado titular de direitos e deveres, com capacidade para exigir prestações positivas do Estado, mas também para satisfazer suas necessidades individuais e coletivas de forma autônoma, caracterizando o Estado essencial, nem mínimo, como no liberalismo, nem máximo, como no socialismo.

Na administração burocrática, o indivíduo encontrava dificuldades para entender os meandros administrativos e ter resguardados, ainda que administrativamente, os seus direitos. Na administração gerencial, o indivíduo é tratado como cidadão, com poderes para exigir uma prestação adequada, eficiente e econômica dos serviços públicos. Na administração conformadora, ele é chamado a participar da formação das decisões administrativas, com a consagração da cidadania ativa.

Vale lembrar que a visão de Estado como mero instrumento de realização da pessoa humana nasceu com os movimentos liberais que eclodiram no Ocidente nos séculos XVII, XVIII e XIX.⁵¹

Não restam dúvidas quanto à necessidade de respeito e ampliação da participação popular direta em todos os âmbitos do Estado. Em especial, a Constituição Federal de 1988 consagrou, às claras, o princípio da soberania popular.⁵²

De fato, o artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 nada mais é que a constitucionalização do princípio da soberania popular, que é inerente a todo Estado que se diz democrático.

Independentemente da forma de democracia vigente, ela pressupõe a igualdade e liberdade dos indivíduos, em especial porque o povo é o fundamento da legitimidade do poder.

51 RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 16.

52 Constituição Federal de 1988: “Artigo 1º - Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Nesse sentido, é claro que a participação popular é pressuposto do sistema político democrático ("governo pelo povo"), já que por meio dela se concretiza o princípio da soberania popular. Nas palavras de Elival da Silva Ramos, "está-se diante de um instrumento que é o *único* adequado à obtenção dos fins do Estado democrático: a chamada democracia instrumental é condição *sine qua non* da democracia dita substancial".⁵³

Falamos em instrumento porque a participação popular não pode ser considerada um fim em si mesma, mas apenas uma forma de legitimar o poder constituído segundo o regime democrático. Sem participação popular, não há democracia. Sem democracia, não há soberania popular. Nas palavras precisas de Georges Burdeau, "só há democracia autêntica quando o povo, suporte do poder político, está habilitado a exercê-lo diretamente, pelo menos a controlar-lhe o exercício".⁵⁴

Destarte, conclui-se que o sistema político pátrio é democrático, com a consagração do princípio da soberania popular no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal. Podemos dizer incorporado ao direito brasileiro, como direito fundamental, o direito de participação popular, na forma consagrada na Constituição Federal. Concretamente, a participação popular pode ocorrer de duas formas, quais sejam, o controle social *a posteriori* e a efetiva interferência no processo decisório.

Diz Juarez Freitas, ao tratar do controle social posterior à edição do ato administrativo, que a dialeticidade da atividade administrativa representa a perda de espaço das atitudes exorbitantes do direito comum para a consensualidade, sem prejuízo da coercibilidade que ainda pode remanescer nas mãos da Administração.⁵⁵

Essa tendência não é exclusividade do direito brasileiro. Na verdade, a ONU reconhece a necessidade de ampliação da participação democrática dos indivíduos na formação das decisões administrativas e

53 RAMOS, Elival da Silva, *A ação popular como instrumento de participação política*, cit., p. 21, grifos do original.

54 BURDEAU, Georges, apud RAMOS, Elival da Silva, *A ação popular como instrumento de participação política*, cit., p. 23.

55 FREITAS, Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, cit., p. 87.

legislativas e, mais concretamente, de forma já positivada, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prescreve, em seu artigo 41:

“1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial.”⁵⁶

Interessante lembrar que a democratização da Administração Pública está umbilicalmente ligada ao grau de participação popular no exercício da sua atividade principal. Se ultrapassado o patamar de participação para além do direito de eleição de seus representantes, mais democrática será a gestão da coisa pública. Como resume Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a forma de participação mais simples é a informação prévia, contemporânea ou posterior à edição do ato do Poder Público. Numa forma mais completa, a participação popular pode influenciar a decisão pública ou sua execução. Mais contundente ainda é a participação na elaboração da decisão, com a possibilidade de manifestação formal do interessado e consideração de tudo quanto alegado. E a manifestação mais concreta da participação popular na gestão pública é a coautoria na decisão, levando à corresponsabilidade pelo seu conteúdo. De toda forma, a possibilidade de conhecimento prévio dos procedimentos de tomada de decisões amplia os limites do controle dos atos do Poder Público e confere maior legitimidade à atividade pública.⁵⁷

Assim, a participação direta do administrado no exercício da função administrativa possui graus identificáveis pelo momento em que é

⁵⁶ FREITAS, Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, cit., p. 28, nota de rodapé n. 11.

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito da participação política legislativa, administrativa e judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*, 1991, p. 72, apud MENCIO, Mariana, *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*, cit., p. 69.

deferida e a influência que tal atitude terá na formação da decisão pelo órgão competente. A participação popular direta constitui, assim, instrumento essencial de concretização do sistema político democrático, inerente ao modelo de Estado de Direito adotado no Brasil, especialmente em virtude da consagração do princípio da soberania popular.

4 Conclusão

A atividade administrativa é praticamente toda procedimentalizada, especialmente em razão da exigência de previsibilidade das decisões administrativas (decorrente diretamente do princípio basilar do Estado de Direito, qual seja, a segurança jurídica) e da ampliação dos limites do controle do exercício da função administrativa. A tomada de decisões pela Administração Pública também constitui um processo, que culmina num ato administrativo dotado dos atributos da presunção de veracidade e imperatividade. O fato de a República brasileira ser, por imposição constitucional, Estado Democrático de Direito, privilegiando a forma participativa de democracia, faz com que tenham maior legitimidade os atos administrativos que contaram, em seu processo de formação, com participação dos interessados (destinatários diretos ou indiretos do ato administrativo). Essa participação direta, para concretizar a maior legitimidade das decisões administrativas e para ser válida em termos jurídicos, deve ter sido efetiva, ou seja, precedida de publicidade eficiente, com dialeticidade a permitir a oportunidade de manifestação e consideração das razões propostas, e com divulgação das conclusões que a Administração extraiu do processo de participação.

A evolução pela qual passou a sociedade e o modelo de administração pública, com a consagração da qualidade do administrado não só como cidadão, mas como cidadão ativamente participante das decisões mais importantes, não há como admitir um retrocesso no direito administrativo a ponto de aceitar a supressão da participação popular direta no exercício da função administrativa do ordenamento jurídico pátrio. Somemos a isso o fato dessa participação influir na redução da conflituosidade, da litigiosidade e aumentar a eficiência e transparência da Administração Pública, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito.

5 Referências

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coords.). *Estatuto da cidade: comentários à Lei federal 10.257/2001*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 335-354.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 480-504.

_____. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Estado de Direito e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 11, fev 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 jul. 2009.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton, 2000.

MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e princípio da legalidade. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 143-186.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan/fev/mar 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2009.

_____. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica(CAJ), v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br> . Acesso em: 01 ago. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Teoria do poder*: parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra, 1994.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Função administrativa e participação popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 796, p. 104-113, fev. 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1.

A responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais praticados no âmbito do processo penal

Christiane Mina Falsarella¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. 3 Previsão legal. 4 O processo penal. 5 Condenação decorrente de erro judiciário. 6 Prisão cautelar. 7 Considerações sobre o requerimento de indenização em revisão criminal. 8 Conclusão. 9 Referências.

1 Introdução

O tema da responsabilidade civil estatal no campo extracontratual foi objeto de conhecida evolução teórica, partindo da teoria da irresponsabilidade do Estado por seus atos, passando por teorias de responsabilidade subjetiva baseadas na culpa, até culminar na teoria da responsabilidade objetiva. De acordo com essa última, surge a obrigação de indenizar a lesão causada a terceiro com a mera comprovação de nexo causal entre o comportamento e o dano.²

Atualmente, o direito brasileiro consagra como regra a responsabilidade civil objetiva do Estado, como se depreende do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que dispõe: “As pessoas jurídicas de

¹ Procuradora do Estado de São Paulo.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 969-970.

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

Com relação aos atos administrativos, está assente na doutrina e na jurisprudência a incidência da responsabilidade estatal, diante da regra constitucional. Todavia, no tocante aos atos jurisdicionais, a questão é mais intrincada, uma vez que doutrina e jurisprudência não são pacíficas quanto à existência de responsabilidade do Estado por tais atos. Há corrente que afasta a responsabilização estatal por atos jurisdicionais. Dentre aqueles que a admitem, há diferentes entendimentos quanto à amplitude da responsabilidade.

O presente trabalho aborda a discussão acerca da responsabilização estatal por atos jurisdicionais, em especial os praticados no âmbito da persecução criminal.

2 Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais

O tema da responsabilização do Estado por atos praticados pelo Poder Judiciário é objeto de divisão doutrinária e jurisprudencial. O próprio Supremo Tribunal Federal ainda não adotou posicionamento uniforme quanto à questão³. A divergência surge em se tratando de atos típicos do Poder Judiciário, pois quanto aos atos administrativos que realiza, há consenso sobre a incidência da regra geral do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, com a responsabilidade objetiva do Estado.⁴

3 No julgamento do RE n. 505.393/PE, em que se discutia a responsabilidade da União por indenização em função de prisão preventiva e de condenação desconstituída em sede de revisão criminal, o relator Ministro Sepúlveda Pertence decidiu submeter o caso à Turma, “dada a pobreza de nossa jurisprudência [do Supremo Tribunal Federal] a respeito”. Na oportunidade, por maioria de votos foi reconhecido o direito à indenização. O Ministro Ricardo Lewandowski foi voto vencido, salientando que não pretendia aderir à tese da responsabilidade de modo incondicional, uma vez que a questão merece maiores reflexões. Entendeu não ser possível generalizar a tese da responsabilidade, pois há hipóteses de absolvição em revisão criminal que claramente não acarretam a responsabilidade objetiva do Estado.

4 De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Com relação a atos judiciais que não impliquem exercício de função jurisdicional, é cabível a responsabilidade do Estado, sem maior contestação, porque se trata de atos administrativos, quanto ao seu conteúdo.” (*Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 660).

Hely Lopes Meirelles, a título de exemplo, afirma que tratando-se de atos típicos do Poder Judiciário, a responsabilidade é subjetiva, dependendo da comprovação de culpa. Nesse caso, os atos judiciais não poderiam ser abrangidos pela mencionada disposição constitucional. Segundo Hely Lopes, “Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos *agentes administrativos* (servidores), sem aludir aos *agentes políticos* (parlamentares e magistrados), que não são *servidores* da Administração Pública, mas sim membros de Poderes de Estado.”⁵

Vicente Greco Filho possui opinião semelhante, ao afastar a aplicação da regra constitucional em caso de decisões judiciais, por entender que o magistrado não é funcionário público⁶. O processualista, contudo, restringe o âmbito da responsabilidade subjetiva na hipótese, entendendo não ficar ela caracterizada nos casos em que houver mera culpa do juiz, por ser ela “incompatível com o sistema de aplicação do direito”: “Se o juiz pudesse ser responsabilizado pelo erro judiciário, ainda que com culpa, a justiça ficaria comprometida porque o magistrado restaria temeroso em decidir. Daí justificar-se a restrição da responsabilização apenas no caso de dolo ou fraude e retardamento ou omissão devidamente constatados.”⁷

José Joaquim Gomes Canotilho, analisando a Constituição portuguesa no aspecto, defende a responsabilização, com a seguinte ressalva: “Sob pena de paralisar o funcionamento da justiça e perturbar a independência dos juízes, impõe-se aqui um regime particularmente cauteloso, afastando, desde logo, qualquer hipótese de responsabilidade por actos de interpretação das normas de direito e pela valoração dos factos e da prova.”⁸

Ao discorrer sobre a questão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro enumera os principais argumentos utilizados pelos defensores da tese da

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 625-626.

6 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 246.

7 Ibidem, p. 245.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 509.

irresponsabilidade estatal. São eles: a soberania do Poder Judiciário; a independência dos juízes no exercício de suas funções; o fato de não estar o juiz incluído entre os funcionários públicos; a incontestabilidade da coisa julgada; a falibilidade dos juízes; o risco assumido pelo jurisdicionado e a ausência de texto expreso de lei.⁹

A autora apresenta ainda os argumentos utilizados para refutar esse posicionamento. Afirma que não é possível invocar a soberania do Poder Judiciário, uma vez que o atributo da soberania refere-se ao Estado como um todo. Além disso, tal argumento, para manter a coerência, seria aplicável para afastar a responsabilidade estatal por atos praticados pelo Poder Executivo, o que é inadmissível.

Quanto à independência dos magistrados, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A esse argumento, responde-se que, não obstante seja indiscutível a necessidade de assegurar-se independência ao magistrado, a mesma não pode ir ao ponto de isentar o Estado de responder pelos erros decorrentes de sua atuação, especialmente se eles forem graves.”¹⁰

O argumento da falibilidade dos juízes é igualmente rechaçado pela autora, pois o fato de os julgadores serem suscetíveis de cometer erros não impede a responsabilização do Estado pelos danos causados, “pelas mesmas razões que não serve de escusa a qualquer pessoa, na vida pública ou privada”¹¹. Realmente, todas as pessoas podem vir a cometer erros, circunstância que por si só não as exime de responsabilidade.

Da mesma forma, não se sustenta o argumento de que o jurisdicionado assume o risco de vir a sofrer danos ao acionar o Poder Judiciário, quer pelo fato de ser compelido a se valer do Judiciário (no caso do autor), diante da vedação, salvo algumas exceções, de se fazer justiça pelas próprias mãos, quer ainda pelo fato de ser o Estado obrigado a promover a prestação jurisdicional de modo adequado.¹²

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 658; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 198, p. 86-90, out./dez. 1994.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, cit., p. 89.

11 *Ibidem*, mesma página.

12 *Ibidem*, mesma página.

Ademais, o fato de o juiz ser um agente político, não se enquadrando na categoria geral de funcionário público, conforme argumentou Hely Lopes Meirelles no excerto transcrito acima, não exclui a responsabilidade estatal no caso. Realmente, ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a Constituição Federal, ao tratar do tema, se referiu a “agentes” exatamente para abranger todos aqueles que prestam serviços ao Poder Público.¹³

Para a autora o argumento mais consistente seria aquele relacionado com o óbice da coisa julgada. Pondera, no entanto, que não há qualquer modificação na decisão, que permanece válida para as partes, ainda que condenado o Estado a indenizar os danos por ela causados¹⁴. Assim, a responsabilização do Estado pelos atos jurisdicionais não afeta a coisa julgada.¹⁵

Quanto à necessidade de texto expresso de lei, a discussão será melhor analisada no tópico seguinte.

3 Previsão legal

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais decorre da regra geral do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Uma previsão legal específica seria aconselhável, para melhor disciplinar a responsabilidade estatal nessa seara, bem como para dirimir as dúvidas que a questão suscita, mas não é imprescindível para fixar a responsabilidade do Estado.¹⁶

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 659.

14 Ibidem, mesma página.

15 Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “O impedimento desaparece, porém, com o desfazimento da coisa julgada. Se o interessado intentar, no prazo decadencial de dois anos, ação rescisória do julgado cível (art. 485 do CPC), ou, em qualquer tempo, a revisão da sentença criminal (art. 622 do CPP), poderá obter, na mesma sentença de rescisão, ou em outra ação, a pretendida indenização. A alegação da existência da coisa julgada não pode, pois, servir de motivo para a irresponsabilidade pelos atos jurisdicionais, porquanto a sentença com tal eficácia pode ser desfeita.” (A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=48524>>. Acesso em: 11 fev. 2010).

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, cit., p. 90.

Outros autores, entretanto, entendem que no caso de atos jurisdicionais, só há responsabilização estatal nos casos expressamente previstos. E a Constituição Federal prevê hipótese de responsabilidade por ato jurisdicional em seu artigo 5º, inciso LXXV, que dispõe: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

Existindo dispositivo específico para os atos jurisdicionais, ele deve incidir. É esse o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho: “Daí o entendimento predominante, no meu entender mais correto, no sentido de só poder o Estado ser responsabilizado pelos danos causados por atos judiciais típicos nas hipóteses previstas no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal.”¹⁷

No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Constitucional – Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do Estado pelos atos dos juízes. Artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

I. A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

II. Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com erro judiciário – CF, art. 5º, LXXV – mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido.

III. Negativa de trânsito ao RE.” (RE n. 429.518/SC, rel. Min. Carlos Velloso).

Ruy Rosado de Aguiar Júnior igualmente entende que o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal não se aplica aos atos jurisdicionais:

“O princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a causação do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 275.

fosse indenizável, transferir-se-iam para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares. É por isso que a regra ampla do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição deve ser trazida para os limites indicados no seu artigo 5º, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho (erro na sentença) ou quando falha o serviço (excesso de prisão).”¹⁸

Para os adeptos dessa corrente, se a Constituição estabeleceu hipótese especial de responsabilização para os atos jurisdicionais (art. 5º, inc. LXXV), é porque não pretendia que tais atos fossem incluídos na regra geral de responsabilidade estatal (art. 37, § 6º).

Portanto, deve ser considerada apenas a hipótese constitucionalmente prevista de responsabilização, referente ao processo penal. Fora daí, não seria possível obrigar o Estado a indenizar os danos causados no exercício da atividade jurisdicional.

No processo civil, a única previsão legal sobre o tema envolve a responsabilidade pessoal do juiz por perdas e danos em caso de dolo ou fraude (art. 133 do CPC). Nesse ponto, a despeito de cuidar-se de responsabilidade por ato praticado no exercício da função jurisdicional, não temos a responsabilidade precípua do Estado, mas do magistrado, diretamente.¹⁹

Registre-se a posição de Sérgio Cavalieri Filho acerca da expressão “condenado por erro judiciário”, à qual empresta sentido mais amplo, para abranger não só os condenados pela Justiça Penal, mas também pela Justiça Civil²⁰. Com isso, o dispositivo constitucional não estaria restrito ao campo do processo penal. Os erros cometidos no campo civil em sentido amplo também seriam indenizáveis, com base no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição.

18 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, cit.

19 Lair da Silva Loureiro Filho entende que o dispositivo admite, a critério da vítima, a proposição de demanda diretamente contra o juiz, ou em face do Estado, ao qual cabe o direito de regresso perante o magistrado causador do dano (*Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 259).

20 CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 275.

4 O processo penal

Independente da posição que se adote no âmbito cível (irresponsabilidade pelos atos praticados, responsabilidade com fundamento no art. 37, § 6º, da CF, ou, ainda, abrangência pelo art. 5º, inc. LXXV), o fato é que na jurisdição penal, objeto principal deste estudo, é certa a possibilidade de responsabilização estatal.

Não se questiona a existência de disposições específicas acerca da responsabilidade estatal por danos causados no exercício da atividade jurisdicional penal²¹. A par do mencionado artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, há o artigo 630, *caput*, do Código de Processo Penal, que estabelece que “o Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

Assim, tendo o condenado suportado prejuízos em razão de erro judiciário penal, faz jus ao recebimento de indenização pelo Estado.²²

Uma interpretação literal do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal assegura a indenização ao prejudicado por erro judiciário apenas nas hipóteses de condenação. Decisões não condenatórias proferidas no curso do processo não autorizariam o recebimento de indenização, ainda que houvesse prejuízo resultante de erro judiciário.

Em uma interpretação ampla, outras hipóteses, que não a mera condenação indevida, estariam abrangidas pelo dispositivo. Desse modo, também acarretaria a responsabilidade estatal a prisão indevida,

21 “O direito brasileiro preocupou-se somente com o erro penal, quer em nível constitucional (art. 5º, inc. LXXV, da Constituição), quer em nível de legislação ordinária (art. 630 do CPP).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, cit., p. 91).

22 O exemplo mais emblemático de erro judiciário na jurisprudência nacional é o caso dos irmãos Naves. A condenação por latrocínio resultou de uma sucessão de erros e abusos. Ao fim, o pretense morto apareceu. Após mais de duas décadas do suposto crime, foi fixada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal a indenização devida pelo Estado de Minas Gerais a Sebastião Naves e à família de Joaquim Naves, já falecido na ocasião. Trata-se de hipótese em que a responsabilidade estatal era inquestionável. Para maiores esclarecimentos acerca desse notório caso, consultar: DOTTL, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108-127; e ainda o livro escrito pelo próprio advogado de defesa dos irmãos: ALAMY FILHO, João. *O maior erro judiciário no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1965).

por exemplo²³. A tendência na doutrina é dar ao dispositivo essa interpretação mais extensa, a fim de tornar indenizáveis as decisões gravosas proferidas durante o processo, desde que caracterizado o erro judiciário.

5 Condenação decorrente de erro judiciário

Sofrendo o réu condenação penal e constatando-se que a decisão condenatória derivou de erro, tem ele direito a indenização pelos prejuízos sofridos. Trata-se de direito fundamental do indivíduo, que decorre da simples leitura do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal.

O problema consiste em caracterizar o erro judiciário, delimitando os seus contornos, a fim de determinar o cabimento ou não de indenização no caso concreto.

Sérgio Cavalieri Filho questiona a tendência de ampliar o conceito de erro judiciário:

“O que não nos parece aceitável é a amplitude que vem se procurando dar ao conceito de erro judicial, ao ponto de considerá-lo sinônimo de falta de prova. O benefício da dúvida, que no Direito Penal leva à absolvição do réu (*in dubio pro reo*), não tem o condão de servir de fundamento para a reparação civil. Falta de prova não é sinônimo de erro judicial, nem mesmo *lato sensu*.”²⁴

Nessa linha de raciocínio, não é qualquer decisão absolutória posterior que configura o erro judiciário, pois, como lecionam Carlos Vico Mañas, Sérgio Mazina Martins e Tatiana Viggiani Bicudo: “Para que se reconheça o direito à indenização, não basta, portanto, que, em grau de revisão, seja afirmada, por exemplo, a insuficiência do conjunto

23 Segundo Alberto Silva Franco e Maurício Zanoide, “a intenção do constituinte, inspirado pelo fundamento da dignidade humana, não foi a de sancionar o Estado apenas em caso de condenação indevida ou excesso de prazo da prisão fixada em sentença”. Para os autores, são indenizáveis, de um modo geral, “situações concretas que apresentem o erro judiciário como gerador de uma condenação definitiva ou uma prisão (cautelar ou definitiva) ilegal” (Devido processo legal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1, p. 291).

24 CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 276.

probatório para a condenação decretada, exigindo-se a demonstração de inocência do requerente.”²⁵

Seguindo esse entendimento, quando a reforma da condenação na via revisional resultar em sentença absolutória fundada nos incisos II, V, VI, 2ª parte, e VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, o absolvido não fará jus a qualquer indenização, pois se trata de absolvição decorrente da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. De fato, se não houver prova da existência do fato, se não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal, se houver fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou, de modo geral, se não existir prova suficiente para a condenação, a absolvição demonstra apenas o estado de dúvida a que se chegou. Essa dúvida, se por um lado impede a prolação de sentença condenatória, por outro não permite a conclusão de que o acusado demonstrou sua inocência para os fins de que ora se cogita. Não nos termos preconizados pelos ilustres penalistas citados, e não para o efeito de configurar a responsabilidade do Estado.

Contudo, ainda nas hipóteses de absolvição fundadas nos demais incisos do artigo 386 do Código de Processo Penal, só a mera absolvição em sede de revisão criminal não conduz à automática responsabilidade civil estatal. Ela só existirá se demonstrado o erro judiciário. Nesse sentido a seguinte decisão, que não reconheceu o direito à indenização em caso de absolvição fundada na atipicidade do fato (art. 386, inc. III, do CPP), por não existir erro judiciário:

“Apelação cível – Responsabilidade civil do Estado. Autora processada criminalmente por entregar medicamento de venda controlada a terceiro, sem a respectiva receita médica. Absolvição com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal. Pretensão de obter indenização por dano material e compensação por dano moral pelo só fato da absolvição. Inexistência de alegação ou ocorrência de erro judiciário. Ação julgada improcedente.

25 MANÃS, Carlos Vico; MARTINS, Sérgio Mazina; BICUDO, Tatiana Viggiani. Indenização por erro judiciário na ação de revisão criminal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1, p. 2.174.

A responsabilidade do Estado por ato de seus juízes nasce quando ocorra erro judiciário ou as demais hipóteses previstas na Carta Magna, tais como a prisão indevida e a prisão além do tempo fixado na sentença. O erro judicial *in genere* só assume relevância quando ocorra dolo ou culpa. Resulta dessas proposições que nem o Estado, nem o magistrado respondem por *error in judicando*, ou seja, em razão do julgamento injurídico ou equivocado ou que venha a ser modificado pela instância superior. A divergência de entendimento no campo jurídico é da essência do direito e o alimento que satisfaz e o torna apto a acompanhar a evolução social. A atividade jurisdicional se apoia e busca fundamento e supedâneo na interpretação da lei, de modo que um mesmo texto possa ter leitura e compreensão multifária e diversa e, enfim, polissêmica, quando focada por mais de um operador ou visualizador em período temporal distinto.” (TJSP – AC n. 112.933-5/8-00, rel. Des. Rui Stocco).²⁶

Outra hipótese que não caracteriza o erro judiciário é a absolvição decorrente do surgimento de novas provas (art. 621, inc. III, do CPP), uma vez que a decisão judicial apreciou as provas existentes na ocasião. O aparecimento de novas provas pode ser apto a demonstrar a inocência do réu, mas não caracteriza erro da condenação anteriormente proferida. A propósito se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Indenização – Erro judiciário. Absolvição ocorrida em sede de revisão criminal com fundamento no inciso III do artigo 621 do Código de Processo Penal. Prova nova obtida em cautelar de justificação. Ausência de erro judiciário. A interpretação do texto legal e a aferição ou valoração de prova em seu conjunto, quando efetuadas dentro dos padrões da razoabilidade, não autorizam o deferimento da revisão criminal, de sorte que com mais razão não há falar-se em indenização quando o deferimento da revisão decorre de apresentação de prova nova naquele *remedium juris*. Ademais, não se pode olvidar do não cabimento de indenização quando a falta for imputável ao próprio impetrante. Artigo

26 Jurisprudência obtida em: CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 587.

630, parágrafo 2º, alínea ‘a’, do Código de Processo Penal. Os fatos que ensejaram a absolvição não eram do conhecimento dos julgadores que precederam ao pedido revisional. Sentença reformada. Precedente jurisprudencial. Reexame necessário acolhido para o fim de julgar improcedente o pedido do autor e, por via de consequência, provido o recurso fazendário para o mesmo fim, prejudicado o recurso do autor.” (TJSP – AC n. 098.479-5/5-00, rel. Des. Antônio Rulli).²⁷

Portanto, somente em casos graves, em que constatado erro imputável ao Poder Judiciário, é que se admite a responsabilização estatal.

6 Prisão cautelar

Igual entendimento se aplica aos casos de prisão decretada no curso do processo, assunto que tem ocupado papel central nos debates.²⁸

Youssef Said Cahali apresenta interessante panorama da discussão que se trava no tocante à indenização por prisão:

“Efetivamente, nesta matéria, delineiam duas correntes jurisprudenciais. Julgados existem a considerar que, preso a qualquer título (antes ou no curso do processo-crime) o denunciado, com sua absolvição ao final (na ação penal ou em revisão) e consequente soltura, a intercorrência de qualquer forma de privação de liberdade caracterizaria, objetivamente, prisão indevida e, sob a perspectiva do dano injusto, seria suficiente para assegurar ao sentenciado o direito de ser indenizado pelo Estado. (...) Impende reconhecer, entretanto, que vem prevalecendo na jurisprudência, mesmo com revisão criminal absolutória, o entendimento no sentido de que o juízo da ação indenizatória de responsabilidade civil não poderá deixar de considerar as condições e circunstâncias

²⁷ CIANCI, Mirna, *O valor da reparação moral*, cit., p. 585.

²⁸ Observa Youssef Said Cahali: “O problema que se hoje se coloca com maior intensidade, efetivamente, diz respeito aos danos causados pela prisão indevida, seja em razão de flagrante, como em caráter temporário, em decreto preventivo, ou por qualquer outro título, em processo criminal em que o sentenciado, mesmo em sede de revisão penal, é absolvido e posto em liberdade.” (*Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 479).

da prisão ocorrida em qualquer fase do processo-crime, e os fundamentos da sentença ou decisão penal, que teriam determinado sua libertação.”²⁹

Em tal sentido, fixou-se farta jurisprudência:

“Ação de reparação do dano – Pedido de indenização por encarceramento decorrente de prisão provisória. Irrelevância da absolvição criminal. A natureza da prisão processual é diversa daquela penal e, por isso, não constitui ato ilícito o decreto absolutório.” (TJSP – AC n. 107.087-5/4-00, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida).³⁰

“Indenização por danos morais – Prisão cautelar. Absolvição criminal com base no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

A autoridade tinha indícios suficientes para o requerimento da prisão preventiva. Assim, não houve dolo ou culpa da autoridade que fez a autuação no exercício regular de um direito. A ação penal foi regularmente instaurada, concluindo pela absolvição do apelado por ausência de provas, consequentemente não existindo nenhum dever de indenizar do Estado.” (TJSP – AC n. 124.939-5/8-00, rel. Des. Peiretti de Godoy).³¹

“Responsabilidade civil do Estado – Prisão temporária. Decisão suficientemente fundamentada, que atendeu às necessidades da investigação criminal.

Não há qualquer abuso na decisão judicial que decreta a prisão temporária de alguém, mesmo com residência fixa, com base na Lei n. 7.969/89 e fundamentação suficiente, inexistindo responsabilidade civil do Poder Público, mesmo que os suspeitos, ao final, não venham a ser formalmente acusados. Instituto que amplia os poderes do Estado na persecução do crime. Direitos do cidadão que restam garantidos pelo controle do Judiciário e do Ministério Público. Excesso de prazo não reconhecido.” (TJRS – AC n. 70000439794, rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima).³²

29 CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 480-481.

30 CIANCI, Mirna, *O valor da reparação moral*, cit., p. 584.

31 Ibidem, p. 588.

32 Ibidem, p. 591.

Acerca do tema, entende Sérgio Cavalieri Filho:

“Decretada a medida nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. (...) Não vejo, por isso, fundamento para responsabilizar o Estado pela *prisão preventiva*, regularmente decretada, mormente porque essa prisão tem respaldo na própria Constituição, em seu artigo 5º, LXI. E ainda que sobrevenha absolvição do preso por falta de prova, não tem essa decisão, por si só, o condão de transmudá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória.”³³

Dessa forma, acompanhando a orientação majoritária, faz-se necessária a verificação da ocorrência de erro judiciário. Apenas a prisão indevida admite a postulação de indenização face ao Estado. A prisão decretada com observância dos requisitos legais, sem qualquer abuso, independente do resultado final do processo, não autoriza tal pleito.

Os exatos termos em que deve ser entendida esta posição são assim expostos por Youssef Said Cahali:

“Em resumo, entende-se, nesta linha, que corretamente decretada a prisão cautelar, provisória ou preventiva, fundamentada nos elementos até então constantes dos autos, a simples absolvição por falta de provas não gera por si direito à indenização, posto que aquele ato de perseguição criminal, legalmente previsto, repousa em juízo provisório.

Ora, a teor desse entendimento, devendo o juízo cível competente para apreciar a responsabilidade civil do Estado examinar a atuação da justiça criminal, na valoração dos fatos e circunstâncias determinantes da validade e legalidade da prisão, daí resulta a responsabilidade da Administração Pública pelos danos decorrentes da indevida prisão do sentenciado, uma vez demonstrado erro grosseiro, abuso de poder ou arbitrariedade na ordem de prisão cumprida. Assim, caracterizado o erro judiciário consistente em decreto de prisão preventiva desnecessário e desfundamentado,

33 CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 276-277.

gerando ao administrado comprovados danos de ordem material e moral, é devida a indenização pela Administração Pública, pois a soberania do Poder Judiciário não desobriga o Estado a reparar os prejuízos oriundos de seus atos.”³⁴

7 Considerações sobre o requerimento de indenização em revisão criminal

Nos casos de erro judiciário, o condenado pode requerer na própria ação de revisão criminal a indenização pelos prejuízos sofridos. O prejudicado, por óbvio, não está adstrito a requerer a indenização pela via revisional, podendo intentar ação indenizatória autônoma no juízo cível. O pleito de indenização na revisão criminal é apenas uma faculdade do requerente. Nessa hipótese, se reconhecido o direito à indenização, formar-se-á título executivo a ser liquidado no âmbito cível.³⁵

Algumas ponderações devem ser feitas acerca da fixação da responsabilidade estatal mediante revisão, se eleita tal via para o pedido indenizatório.

Afirma Guilherme de Souza Nucci que a responsabilidade pelo erro judiciário é objetiva, uma vez que não há parte passiva na ação revisional, seja a Fazenda Pública, seja o Ministério Público. Para o autor, seria “algo lógico e consequência natural do erro cometido”.³⁶

Nesse ponto, sem questionar a natureza da responsabilidade por ato jurisdicional (se objetiva ou subjetiva), deve-se reconhecer que eventual responsabilidade objetiva não exclui a participação do Estado no processo do qual poderá resultar decisão condenatória contra o erário. Tudo em respeito ao princípio do contraditório, que se aplica a todos os litigantes, inclusive à Fazenda Pública.

Cite-se, ainda, a posição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito do tema:

34 CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 482.

35 MAÑAS, Carlos Vico; MARTINS, Sérgio Mazina; BICUDO, Tatiana Viggiani, *Indenização por erro judiciário na ação de revisão criminal*, cit., v. 1, p. 2.174.

36 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.001.

“Essa pretensão civil, feita valer no juízo criminal, tem peculiaridades no sistema brasileiro, porquanto a Fazenda Pública – sujeito passivo da pretensão: § 1º do art. 630 – não é citada para se defender. Somente o Ministério Público é parte passiva na demanda revisional, de modo que se deve entender que o *parquet* representa no processo não apenas o interesse penal do Estado mas também o interesse civil da Fazenda.”³⁷

Deve-se salientar, porém, que a representação judicial de entidades públicas é vedada ao Ministério Público, por disposição expressa da Constituição Federal (art. 129, inc. IX). Desse modo, a defesa dos interesses fazendários pelo órgão ministerial não parece a melhor solução.

De outra parte, reservar à Fazenda Pública a mera função de arcar com os custos da indenização, alijando-a do processo em que condenada a tal pagamento, afigura-se gritante ofensa ao princípio do contraditório. É necessário, portanto, que se garanta a participação da Fazenda Pública, por meio das instituições responsáveis por sua representação em juízo, permitindo-lhe questionar a alegada responsabilidade civil. A participação da Fazenda não pode se limitar ao simples questionamento do valor da indenização, já fixada, no momento da liquidação.

8 Conclusão

Conclui-se que o Estado deve indenizar os danos causados no exercício da atividade jurisdicional, em especial no processo penal, campo em que há dispositivos específicos determinando a responsabilização.

Não obstante, a responsabilização não pode ter a amplitude que defendem alguns, sob pena de “inviabilizar a distribuição da justiça”³⁸. Com efeito, apenas o erro judiciário, entendido nos termos acima propostos, pode gerar a responsabilidade estatal.

Entendimento diverso redundaria em lamentáveis injustiças, na medida que a sociedade se veria com frequência diante da obrigação de arcar

37 FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 333.

38 Expressão utilizada por Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 278).

com o elevado custo de indenizações decorrentes de atos absolutamente legítimos praticados no cotidiano da persecução criminal. Tal entendimento, se levado ao extremo, engessaria a persecução penal, tendo em vista que seriam evitadas as prisões cautelares e até as denúncias (cujo oferecimento se baseia no princípio *in dubio pro societate*) se houvesse qualquer possibilidade de absolvição final, com o objetivo de prevenir futuras ações indenizatórias. Isso tudo em detrimento da segurança pública.

Por fim, deve-se ter em mente os ensinamentos de Maria Sylvia Di Pietro, expostos com a habitual maestria: “Evidentemente, não teria sentido sobrecarregar o erário (em última análise, o cidadão honesto) com o ônus de uma indenização que acaba por ser injusta. Trata-se de hipótese em que realmente o direito à indenização só pode ser reconhecido em casos de erros graves, manifestos, dolosos ou culposos, por parte do magistrado.”³⁹

9 Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=48524>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

ALAMY FILHO, João. *O maior erro judiciário no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1965.

BANDEIRADEMELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, cit., p. 92.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 198, p. 85-96, out./dez.1994.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRANCO, Alberto Silva; BELLOQUE, Juliana. Detração. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva; MORAES, Maurício Zanoide. Devido processo legal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1, p. 239-334.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAÑAS, Carlos Vico; MARTINS, Sérgio Mazina; BICUDO, Tatiana Viggiani. Indenização por erro judiciário na ação de revisão criminal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A responsabilidade do ente público como consequência do Estado intervencionista

Daniel Pagliusi Rodrigues¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Nota sobre a responsabilidade. 3 Evolução histórica da responsabilidade do Estado. 3.1 Irresponsabilidade do Estado. 3.2 Teorização da responsabilidade do Estado. 4 O desenvolvimento da teoria da responsabilidade pública como consequência do desenvolvimento do Estado intervencionista. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

A moderna tendência do direito administrativo se inicia por um re-estudo do princípio da supremacia do interesse público, visando colocá-lo no mesmo patamar dos interesses privados e, por vezes, até derogá-lo. O resultado que se busca é a diminuição do Estado – Estado mínimo – e a subsunção do interesse público ao lucro.

A partir dessa nova orientação, tenta-se adequar as políticas neoliberais ao ordenamento jurídico. O pouco do Estado social construído começa a declinar. Os serviços públicos, mesmo os essenciais, saem do monopólio do Estado para o monopólio privado, cuja finalidade deixa de ser o interesse público, para ser o lucro.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional pelo CEU/SP e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie.

A doutrina crítica desse neoliberalismo não pode mais pautar seus estudos apenas no sentido do desenvolvimento do Estado Social. Deve também buscar mecanismos de manutenção do que já foi concretizado.

Pelo estudo das obras e nas diversas palestras proferidas pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que tivemos a oportunidade de desfrutar, seja aqui na nossa casa da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, seja em outras instituições de ensino, sempre restou evidente a preocupação com a defesa do interesse público, o resguardo dos princípios administrativos, a proteção do Estado social e sua concretização efetiva no seio social.

Com o advento das políticas neoliberais adotadas pelo Brasil nas últimas duas décadas, a professora Maria Sylvia se manifestou, por diversas vezes, de forma crítica, se autointitulando pertencente à classe dos estudiosos que ainda acredita no desenvolvimento do Estado Social.

Essa trilha de valorização do interesse público e de concretização dos anseios sociais tem sido perseguida pela professora, mesmo com a “nova” tendência que apontamos. Destarte, deleitar-se dos ensinamentos da professora Maria Sylvia, além do vasto conhecimento a ser adquirido, é estar acompanhado de um ensino autêntico e fiel aos princípios, que não se deixa levar pelos modismos de plantão.

O nosso breve estudo a seguir sobre a responsabilidade do Estado se pauta, como pano de fundo, pelo mesmo sentimento de valorização do Estado Social em relação ao neoliberalismo e pela permanência e afirmação do princípio da supremacia do interesse público em detrimento da moderna tendência de derrogação desse princípio.

O “modismo” atual no direito administrativo brasileiro em relação ao tema da responsabilidade do Estado é pesquisar causas novas em que o Estado poderia ser responsabilizado. Não é essa nossa intenção. Nosso intuito se pauta pela busca de um significado para o desenvolvimento da teoria da responsabilidade do ente público dentro de uma concepção de Estado moderno.

2 Nota sobre a responsabilidade

O instituto da responsabilidade é um tema muito mais de teoria geral do direito do que especificamente de direito civil, penal, administrativo

ou tributário, tanto que todos esses ramos tratam de responsabilidade, sendo, praticamente, a matéria básica para compreensão de cada ramo jurídico.

O estudo da responsabilidade constitui, portanto, um dos pilares de sustentação de todo o direito moderno. A própria evolução do direito moderno pode ser confundida com a evolução do instituto da responsabilidade, tanto que hoje não se fala apenas em responsabilidade civil, penal ou administrativa, sendo acrescentada a esse rol a responsabilidade política, econômica, social e várias outras, consoante a especialização dos estudos.

Dissemos propositadamente que o termo “responsabilidade” surgiu no direito moderno. Em que pese ter-se difundido a noção de que a *Lex Aquilia* seria o nascedouro da responsabilidade, em verdade ela não faz menção expressa a esse termo, mencionando apenas a “culpa” e a imputação de uma “sanção” àquele elemento subjetivo. A grande inovação da *Lex Aquilia* foi trazer a noção de culpa, noção que se encontra em crise, haja vista que, mesmo no direito privado, há uma tendência a afastar esse elemento como condição da responsabilidade moderna.²

Por isso, apontamos que a origem da palavra “responsabilidade”, no sentido jurídico em que empregamos, é de fato moderna, sendo sua primeira aparição expressa contida na obra de Hamilton, Madison e Jay – os famosos *The federalist papers* –, no termo *responsibility*, que influenciou a elaboração da primeira e única Constituição norte-americana, de 17 de setembro de 1787, logo após a libertação do jugo britânico, sendo utilizada algumas vezes pelos autores no decorrer dos artigos,

2 Antes mesmo da *Lex Aquilia*, uma noção de culpa já existia no Código de Hammurabi, escrito cerca de 1780 a.C., mas que se especificava numa sanção penal. Como bem lembra Ari Marcelo Sólón, o que havia no direito romano era uma vinculação entre credor e devedor que se efetivava por meio de perguntas e respostas orais *spondes*. Segundo esse autor: “*Spondeo* tinha uma origem sacra, onde a vontade não tinha nenhum papel. Originariamente, a *sponsio* era um ato de libação, um ritual de oferenda coletiva acompanhado de promessa solene (a origem grega desta palavra significa justamente libação). Quem quebrasse o juramento, incorria em sanções de caráter sagrado fazendo recair sobre si a vingança dos deuses. Na concepção primitiva romana, não era, portanto, o consentimento das partes que produzia a obrigação, mas tão somente a prolação solene das palavras prescritas.” (*Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 93).

num sentido inicial apenas de responsabilidade dos governantes, do dever de responder ao povo, que decorreria de uma república.³

A especialização do estudo da responsabilidade, que implica nas divisões acima apontadas (em civil, penal, administrativa etc.), decorre exatamente da sistemática do direito moderno de buscar sempre uma lei geral e universal que abarque todas as hipóteses e, na impossibilidade de encontrá-la, especializar o tema, pois se torna necessário excepcioná-lo à regra geral, por não encontrar perfeita adequação no arcabouço anterior proposto.

O que se perde de vista é que a responsabilidade é uma coisa só. A “essência” desse instituto deve ser a mesma para todos os ramos do direito. O que pode mudar é a “forma” da responsabilidade. Ou seja, a responsabilidade deve ter um único sentido para o direito como um todo, podendo ser diferente apenas a forma de se responder, seguindo assim as peculiaridades de cada caso. O que acontece modernamente é que se privilegia a “forma jurídica” à “essência do direito”.

Para nós, a responsabilidade é uma sanção que, em regra, consiste numa nova obrigação, que é acessória ou dependente de uma obrigação principal. A responsabilidade pode derivar de uma convenção ou de uma norma e surge na violação de outra obrigação. Dito de outra maneira, a responsabilidade é uma obrigação (sanção) imposta

3 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. Nicola Abbagnano concorda com essa origem do termo “responsabilidade”, acrescentando: “Em filosofia, o termo foi usado nas controvérsias sobre a liberdade e acabou sendo útil principalmente aos empiristas ingleses, que quiseram mostrar incompatibilidade do juízo moral com a liberdade e a necessidade absolutas. Na verdade, a noção de responsabilidade baseia-se na de escolha, e a noção de escolha é essencial ao conceito de liberdade limitada. Está claro que, no caso da necessidade, a previsão dos efeitos não poderia influir na ação, e que tal previsão não poderia influir na ação no caso da liberdade absoluta, que tornaria o sujeito indiferente à previsão. Portanto, o conceito de responsabilidade inscreve-se em determinado conceito de liberdade, e mesmo na linguagem comum chama-se alguém de ‘responsável’ ou elogia-se seu ‘senso de responsabilidade’ quando se pretende dizer que a pessoa em questão inclui nos motivos de seu comportamento a previsão dos possíveis efeitos dele decorrentes.” (*Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 855). Luís Antonio Cunha Ribeiro também finca a origem do termo “responsabilidade”, utilizada de forma expressa, apenas nos federalistas, embora mencione que nas obras de Platão e Aristóteles, e em vários filósofos posteriores, já havia a noção do que seria responsabilidade, sem que ela fosse utilizada de forma expressa (Responsabilidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 720-723).

ou convencionada, para ser cumprida, caso não haja cumprimento da primeira obrigação.

A responsabilidade, nesse raciocínio, funciona como uma garantia de que a primeira obrigação não vai ser violada. Portanto, ela é, em última análise, uma obrigação acessória, é um dever dependente de outro dever principal. Assim, a responsabilidade apenas surgirá se, primeiro, existir um dever principal e, segundo, se esse dever principal for violado. Aliás, isso decorre do próprio núcleo do termo – responder –, pois apenas responde se houver alguma indagação anterior. Sem pergunta, não há resposta. Portanto, a existência de uma resposta é sempre dependente de uma questão anterior.

A rigor, o sentido da responsabilidade que se emprega modernamente é ligado mais ao aspecto negativo da existência de uma resposta. Ou seja, apenas em não havendo uma resposta, ou havendo, mas de forma insatisfatória, de modo que não apresente uma causa que justifique um dano ou que motive a violação da obrigação principal, é que se poderá falar em responsabilidade. Se der uma “resposta” que justifique a violação de uma obrigação principal, a causação de um dano, deixa de existir a responsabilidade.

Assim, a essência da responsabilidade é unívoca e deve valer o mesmo sentido para todos os ramos do direito. A forma pela qual vai responder é que pode assumir as nuances dos direitos que se visam a tutelar. Se civil, a forma da responsabilidade é a indenização. Se penal, em princípio, consistia numa pena corporal que, malgrado seja ainda a tônica pela restrição à liberdade, começa a ganhar mais ares civis, com dever de pagar. Se administrativa, a resposta vem com a perda do cargo. Se política, a sanção é a perda do mandato.

Em relação ao Estado, a forma como responderá não encontra similar em nenhuma outra categoria de responsabilidade, entretantes haja um costume de se mencionar “responsabilidade civil do Estado”. Ora, a responsabilidade do Estado decorre sempre de norma e nunca de convenção. Até nos contratos administrativos, a responsabilidade é legal, já que prevista em lei. Além do mais, o destinatário da responsabilidade é um ente público, e não privado, como no âmbito civil, incidindo sobre essa responsabilidade todo o regime jurídico atinente ao Estado, com

supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade de bens, pagamento por precatório ou requisição de pequeno valor.

Dessa forma, como a lógica atual é a especialização, a responsabilidade do Estado não pode ser tratada sob enfoque meramente civil. O mais apropriado seria batizar a responsabilidade do Estado de “responsabilidade pública”, ressaltando suas características, suas peculiaridades e, principalmente, o ente que está por trás dessa responsabilidade – o Estado. E, de fato, o Estado, como ente público pertencente à sociedade, quando é responsabilizado, no fundo, também toda a sociedade estará sendo.

Além do mais, a sistemática moderna da responsabilidade civil é seu enfoque monetário-patrimonial, apregoando apenas um dever de indenizar decorrente, em regra, de uma lesão à propriedade privada. No tratamento da responsabilidade do Estado, na sua atual modelagem social, esse enfoque se torna uma visão parcial do instituto, já que a responsabilidade pública extrapola os limites privatísticos e se insere no social, asseverando uma responsabilidade também ao dever de prestações positivas, convertida numa obrigação de fazer, de atuar, de intervir.

3 Evolução histórica da responsabilidade do Estado

Apesar da grande gama de teorias que versam sobre a evolução da responsabilidade do Estado e suas especificidades em conformidade com cada ente político⁴, podemos resumi-la de uma evolução da irresponsabilidade, vivenciada até o advento do Estado Liberal, à aceitação da responsabilidade, quando o Estado Liberal entrou em crise. Depois de aceita a responsabilidade do ente público, o desenvolvimento da teoria percorreu a trilha de uma imputação, primeiro baseada nos modelos

4 Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta: “O tema da responsabilidade civil do Estado tem recebido tratamento diverso no tempo e no espaço; inúmeras teorias têm sido elaboradas, inexistindo dentro de um mesmo direito uniformidade de regime jurídico que abranja todas as hipóteses. Em alguns sistemas como o anglo-saxão, prevalecem os princípios de direito privado; em outros, como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico. A regra adotada, por muito tempo, foi a da irresponsabilidade; caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo.” (*Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 618).

privatísticos com fundo subjetivo, depois evoluindo para o objetivo, cuja doutrina denomina paradigma “publicista”.

A grande influência desse tema vem do direito francês, em especial da jurisprudência do seu Conselho de Estado, e isso seria mesmo previsível, haja vista que foi exatamente o local onde o absolutismo encontrou sua maior pujança, sendo lógico que o repúdio ao poder estatal e o desiderato de coibir qualquer atividade desse ente seriam rubricados pelo direito firmado após a Revolução Francesa.

Todavia, desde já cumpre salientar que se equivoca quem pensa que a teorização da responsabilidade do Estado surgiu logo após a Revolução Francesa, no início e mesmo no apogeu do Estado Liberal.

O Estado Liberal, muito pelo contrário, não contava com essa teoria. Se a tivessem esculpido, os liberais (chamados à época de burgueses) não conseguiriam fazer qualquer revolução e muito menos assumir o poder estatal.

Em verdade, uma responsabilidade própria do ente público apenas surge quando o Estado liberal entra em crise e o intervencionismo se mostra, uma vez mais, necessário. Demonstraremos isso a seguir.

3.1 Irresponsabilidade do Estado

A irresponsabilidade do ente público foi vivenciada até o período do advento e consolidação do Estado Liberal, sendo marcante nos Estados Absolutos, nos quais o ente público exercia a soberania de maneira incontestável sobre seus súditos.

Na época do absolutismo, a população local ficava submissa às arbitrariedades e iniquidades do poder real, que era a emanção da própria soberania. Foi nesse período que surgiram expressões como: *The king can do no wrong; le roi ne peut mal faire e quod principi placuit habet legis vigorem*.

Segundo essa exegese, responsabilizar o Estado acabaria por colocá-lo em igualdade com os seus súditos, desrespeitando a soberania. O Estado (rei) disporia de autoridade incontestável, não sendo suscetível de erros, nem que lhe fosse imputado algum equívoco. Destarte, o Estado era irresponsável perante os particulares nos danos causados no exercício de suas funções estatais.

De fato, essa irresponsabilidade concedia ao rei um poder acima do direito que ele mesmo positivara, sendo uma porta escancarada a abusos e ilegalidades que estivesse inclinado a desempenhar. Com o fim desse Estado arbitrário e sem peias, seria dedutivo que o poder do Estado e o próprio Estado causassem medo e receio, sendo recorrente a busca de limitadores.

Adentrando no Estado Liberal, a irresponsabilidade foi mantida. E foi preciso manter a irresponsabilidade do Estado para que a nova classe social que assumia o poder fizesse sua revolução. E tanto é assim que essa nova classe social, denominada de burguesia ou capitalista, fez confiscos de terras dos nobres, do rei e da Igreja, entregando essas propriedades para si própria. Além disso, foi essa nova classe que incentivou a decapitação de vários nobres e do próprio rei. Ora, se houvesse já naquela época a teoria da responsabilidade do Estado, não se conseguiria fazer qualquer revolução.

É de se ressaltar que, a par da irresponsabilidade do Estado, os indivíduos lesados não ficavam totalmente desamparados, havendo a possibilidade de responsabilizar o agente público causador do dano, desde que ele tenha agido com dolo ou culpa. Essa responsabilização do agente causador do dano seria em nome próprio, e não como preposto do Estado. Em consequência, ainda não havia uma responsabilidade do Estado.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O princípio da irresponsabilidade do Estado era temperado em suas consequências gravosas para os particulares pela admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal, seu. É bem verdade, todavia, que a operatividade da solução, sobre se revelar insuficiente pela pequena expressão do patrimônio que deveria responder, era gravemente comprometida em sua eficácia pela existência de uma ‘garantia administrativa dos funcionários’. Instituída pelo artigo 75 da Constituição do Ano VIII, estabelecia que as ações contra estes perante os Tribunais Civis dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado francês, o qual raramente a concedia. Disposições análogas existiam na

Alemanha, nas legislações da Prússia, da Baviera e de Baden e Hesse (...). A norma francesa de garantia dos funcionários viria a cair em 1870, por via de um decreto-lei de 18 de setembro, época em que já não mais estava em vigor a Constituição do Ano VIII e a disposição protetora era recebida como sobrevivente apenas com força de lei.”⁵

Dessa forma, a possibilidade do funcionário ser responsabilizado pelos seus atos dependeria, além do dano e do nexo causal entre a conduta e o resultado, de ter sido cometido com dolo e culpa, e ainda de uma prévia autorização do Estado.

Como no Estado Liberal qualquer atividade do ente público era vista como um mal e a preferência era pelo seu absentismo, manteve-se a irresponsabilidade do Estado exatamente porque ele não poderia cometer danos se não agisse. Ademais, considerando que a omissão era a regra, não haveria também como cogitar da responsabilidade por sua inação. Portanto, no início do Estado Liberal, não foram desenvolvidas teorias da responsabilidade do Estado, como consequência lógica do seu dever de omissão.

A responsabilidade pública começou a ser teorizada precisamente após ser necessário chamar o Estado a intervir.

3.2 Teorização da responsabilidade do Estado

Após a nova classe social (capitalistas) assumir o poder do Estado, não pretenderia mais nenhuma revolução. Muito pelo contrário, pretendia que a situação continuasse no *status quo* atual, com ela detentora do poder econômico e, mais recentemente, também detentora do poder político. Qualquer mudança poderia afetar seus negócios e o mundo ideal seria o do Estado omissor, inerte, deixando as pessoas serem guiadas pela “mão invisível” do mercado econômico.

O que esse Estado Liberal, absenteísta, permitiu foi uma situação de miserabilidade da esmagadora maioria da população, tendo um

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 956.

expressivo número de homens desempregados e mulheres e crianças trabalhando cerca de 16 horas diárias, em condições subumanas. Logicamente que a insatisfação era generalizada, o que deu azo a que o mundo ingressasse num dos períodos mais conturbados de sua história, com as Revoluções de 1848 (denominada de Primavera dos Povos), a Comuna de Paris em 1871 e o surgimento das teorias marxistas, que surtiriam efeito ainda no próprio século XIX e seriam o fundamento de divisão do globo no século XX. Como visto, o Estado Liberal entrou em crise.

Com a crise do Estado Liberal, a teoria da irresponsabilidade estatal começou a ser rejeitada, tendo como principais fundamentos o crescente reconhecimento dos direitos dos cidadãos (burgueses) contra o Estado, a ideia de submissão do Estado ao direito e, principalmente, a necessidade de novas ingerências do Estado na economia e na esfera privada, em que pese ainda em grau bastante mitigado.

A separação do Estado da sociedade também foi um ponto nevrálgico na formulação das teorias da responsabilidade do ente público, pois, ao colocar o Estado de fora, poderia vê-lo como um terceiro, sendo muito mais fácil admitir-se a sua condenação.

Assim, surgiu o princípio da responsabilidade do Estado, inicialmente no final do século XIX⁶, quase um século após a Revolução Francesa, quando a classe dominante (capitalista) já havia assumido o poder político do Estado e feito todas as reformas que entendeu serem necessárias, e começava a se sentir ameaçada pelo “povo”. Superou-se a ideia de irresponsabilidade do Estado, visando a que o ente público passasse a ter de responder perante a classe dominante, caso tivesse de fazer alguma reforma.

Como dito, não foi no início do Estado Liberal que apareceu a responsabilidade do Estado. Se logo após a Revolução Francesa já se estipulassem mecanismos de responsabilização, a burguesia ficaria impedida de fazer suas mudanças, tais como o confisco dos bens dos nobres e da Igreja sem qualquer indenização, sendo despicando aprofundar, pela

⁶ O caso Agnès Blanco, julgado em 1873 pelo Tribunal de Conflitos francês, é considerado o marco inicial do desenvolvimento das teorias sobre a responsabilidade do Estado.

sistemática atual da responsabilidade, os dividendos que resultariam ao Estado, ainda mais pelas perseguições e guilhotinadas vivenciadas na fase do Terror.⁷

Além disso, num liberalismo puro, em que o Estado fosse totalmente separado da sociedade e do mercado econômico, sem exercer qualquer atividade ou poder de ingerência na economia, não haveria porque falar em responsabilidade pública, haja vista sua completa inação e impossibilidade de cometer algum dano.

Ora, se numa estrita cartilha liberal, mais do que um Estado sem qualquer atividade, é impedida sua atuação pelo direito vigente e pelo próprio mercado econômico que se apossou de todos os espaços, não havendo nenhuma reserva para o ente público, não haveria, de fato, porque se falar em responsabilização pública.

Se não há porque falar num modelo liberal ideal de responsabilidade do Estado por ato, pois ele não deveria ser realizado, muito menos haveria que se cogitar dessa imputação em caso de omissão estatal, haja vista que ela, mais do que incentivada, é determinada.

Apenas para fundamentar nossa posição com dados fáticos, lembremos que nos dois países que mais desenvolveram uma política liberal no século XIX e início do século XX – Estados Unidos e Inglaterra –, a teoria da irresponsabilidade do Estado foi abraçada até a década de 1940, tendo sido abandonada nos Estados Unidos por meio do *Claims*

7 O professor da Universidade de Coimbra José Joaquim Gomes Canotilho já escreveu sobre a impertinência do desenvolvimento da responsabilidade estatal no período do Estado Liberal pós-revolução francesa: “Na França, designadamente, as medidas legislativas revolucionárias chegavam a consagrar uma quase irresponsabilidade do funcionário só autorizando a demanda judicial em casos excepcionais. No século XVIII, o agente ilicitamente causador de um dano não devia ser desculpado pela sua posição de *imperium* (*Hobeitsstellung*); agora, surgem com poderes delegados de soberania incompatíveis com a privatização da sua actuação. Deste modo, a própria responsabilidade pessoal deixa de ser garantia contra os actos faltosos do poder estadual e o cidadão vê-se perante uma total irresponsabilidade dos entes públicos e uma quase irresponsabilidade do funcionário lesante. Nesta época, que J. Moreaux apelidou de ‘época teológica da responsabilidade’, os progressos em relação ao Estado de polícia foram nulos, havendo mesmo retrocesso quanto à eficácia da responsabilidade individual do agente público.” (*O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. p. 42).

Act de 1946⁸ e na Inglaterra por meio do *Crown Proceeding Act* de 1947.⁹

Escreve Jean Rivero que “na primeira metade do século IX, a irresponsabilidade do Poder Público era na prática aceitável, porquanto o Estado Liberal, que limitava estreitamente as suas atividades, tinha relativamente poucas oportunidades de causar danos”.¹⁰

Esse administrativista francês trata das razões para a condenação da irresponsabilidade do Estado, sob o enfoque do crescente desenvolvimento da ação estatal e o aumento de seu poder quando o Estado liberal entra em crise. Dessa forma, em vista das crescentes atividades em que o Estado passou a ser chamado para atuar e “a amplitude dos danos imputáveis à Administração Pública tornava a sua reparação uma necessidade social, e uma consequência necessária do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”.¹¹

O mais interessante a notar é que a responsabilidade pública surgiu com o viés de um Estado Liberal em crise que necessitava intervir. Assim, os ideais de um Estado que não atendia mais aos anseios sociais e em vias de superação foram suplantados para modelar a responsabilidade estatal em sua versão inicial, subjetiva. Sua admissão era pelo direito privado, equiparando a figura do Estado a de um mero particular. Lógico que esse modelo não persistiria muito, pois logo se verificaria a incompatibilidade do tratamento do Estado de forma privada.

8 É de se perceber que a data é logo após a Segunda Guerra Mundial e ascensão do socialismo soviético, que desencadeou o desenvolvimento e expansão do Estado Social.

9 Maria Sylvia Zanella Di Pietro adianta que, após a admissão da responsabilidade do Estado nesses países regidos pela *common law*, a imputação ao Estado de um dever de indenizar ainda não comporta grandes avanços, tanto que é tratado com bases estritamente privadas, como se privado fosse o Estado: “Nos Estados Unidos, em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, porém, desde que haja culpa, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a um particular em iguais circunstâncias. Trata-se de responsabilidade subjetiva. Na Inglaterra, a partir do *Crown Proceeding Act*, a Coroa passou a responder por danos causados por seus funcionários ou agentes, desde que haja infração daqueles deveres que todo patrão tem em relação aos seus prepostos e também daqueles deveres que toda pessoa comum tem em relação à propriedade. A responsabilidade, no entanto, não é total, porque sofre limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais.” (*Direito administrativo*, cit., p. 524).

10 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 307.

11 *Ibidem*, p. 308.

a) **Responsabilidade subjetiva:** como dito, inicialmente foram adotados os princípios de direito civil, sustentados na ideia de culpa.

A teoria em princípio adotada, principalmente na França, instituiu uma distinção entre atos de império e atos de gestão, fundamentando-se na existência desses dois tipos de atos da Administração Pública, e que somente no segundo haveria responsabilidade, desde que comprovada a culpa.

Sobre essa teoria, pronuncia-se Odete Medauar:

“Um segundo momento na evolução levou a reconhecer a responsabilidade do Estado pelos chamados atos de gestão, em contraponto aos atos de império, insuscetíveis de gerar responsabilização. Na época se afirmava que, ao praticar atos de gestão, o Estado teria atuação equivalente à dos particulares em relação aos seus empregados ou prepostos: como para os particulares vigorava a regra da responsabilidade, nesse plano o Estado também seria responsabilizado, desde que houvesse culpa do agente. Ao editar atos de império, estreitamente vinculados à soberania, o Estado estaria isento de responsabilidade. Essa teoria, inspirada no direito civil, representou passo importante na evolução, ao abrir alguma possibilidade de responsabilizar o Estado, mesmo em pequena escala, o que seria antes inadmissível.”¹²

Era a exata noção liberal da separação do Estado e sociedade, conduzindo ao seguinte raciocínio: se o ato danoso adviesse do Estado, no exercício de funções hodiernas, consideradas como não diferentes das privadas, era classificado como ato de gestão (de administração), comportando ressarcimento. Caso contrário, se o ato descendesse, direta e incontestavelmente de sua soberania, o prejuízo não era passível de indenização.

Todavia, essa teoria foi superada, em face do entendimento da não existência de dupla personalização do Estado, destacando-se o magistério de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem “um mesmo ser na ordem temporal, não pode constituir ao mesmo tempo pessoas

12 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 376.

distintas, ou ser considerado pessoa com referência a certos atos e deixar de o ser relativo a outros concomitantemente”.¹³

Posteriormente, abandonou-se essa distinção entre atos de império e de gestão, pois a necessidade da caracterização da culpa do funcionário a cargo do particular, a individualização do agente culpado e a divisão da personalidade do Estado constituíam entraves à responsabilidade do Estado.

O segundo passo na responsabilização civil foi o abandono da dicotomia dos atos do Estado – atos de gestão e de império – e a possibilidade de imputação em qualquer modalidade administrativa, sendo necessário apenas que comprovasse culpa.

O apego à doutrina civilista ainda era a tônica, e a responsabilização estatal apenas seria viabilizada quando o dano ocorrido fosse praticado de maneira culposa pelo agente público, comprovada pelo pleiteante.

Com isso, apenas os danos provenientes da negligência, imperícia e imprudência do agente estatal eram imputados ao Estado, havendo uma equiparação da responsabilidade do Estado com a do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos.

Esse instituto de reparação do Estado veio a se chamar teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva. Essa teoria civilista embasou a confecção do revogado artigo 15 do revogado Código Civil brasileiro de 1916.

Todavia, essa teoria padecia de inúmeras críticas, dentre elas a de que o estabelecimento de condicionantes da conduta (negligência, imperícia e imprudência) do agente para a recomposição do patrimônio lesado induzia a um subjetivismo que muitas vezes eximiria o Estado de qualquer responsabilização cometida pelos seus agentes.

A par disso, iniciou-se na doutrina um debate acerca da necessidade da desvinculação dos institutos de direito público das regras de direito privado, como bem observa Hely Lopes Meirelles, em que o Estado, face aos seus poderes e privilégios administrativos, não pode ser equiparado

13 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito*. Rio de Janeiro. Forense, 1969. v. 1, p. 419.

ao particular, despido que é de autoridade e prerrogativas públicas, tornando-se inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados.¹⁴

Também o pressuposto da culpa como condição de responsabilização do Estado mostrou-se insuficiente para explicar o dano que resultara de falha da máquina administrativa, de culpa anônima da Administração.¹⁵

A evolução do direito administrativo originou a chamada fase da publicização da culpa, também denominada teoria da culpa administrativa ou da *faute du service public* dos franceses.

O grande progresso da responsabilidade civil do Estado, no tocante à aplicação de normas de direito público, se deve à jurisprudência francesa oriunda do caso Blanco¹⁶, julgado em 8 de fevereiro de 1873, pelo Tribunal de Conflitos. Consta desse caso que Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi vítima de um acidente envolvendo uma vagonete da Companhia Nacional da Manufatura do Fumo. Após o incidente, o pai intentou ação civil de reparação de danos, baseado no princípio de que o Estado é civilmente responsável pelos atos praticados por seus agentes geradores de prejuízos a terceiros.

Em histórica decisão do Tribunal de Conflitos, pronunciou-se o relator David como sendo de competência da jurisdição administrativa a

14 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo. Malheiros, 2006. p. 648.

15 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*: doutrina e jurisprudência. São Paulo. Saraiva, 1984. p. 355-378.

16 OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 141-143. Segundo essa autora, o primeiro julgamento importante do Conselho de Estado francês a enfrentar o problema da responsabilidade do Estado ocorreu em 06.12.1855, no caso Rotschild, cuja decisão considerou que “cabe apenas aos tribunais administrativos declararem o Estado devedor, dentro das normas de direito público e, no que se refere à responsabilidade do Estado, em caso de culpa, negligência ou erro cometido por um agente da Administração, tal responsabilidade não é geral, nem absoluta; que essa responsabilidade se modifica conforme a natureza e as exigências do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados”. Entretanto, a decisão do caso Blanco revestiu-se de importância por consagrar a tese da autonomia do direito administrativo e colocar a responsabilidade pública de forma diversa da responsabilidade privada, afastando a aplicação das leis civis para solucionar a questão da responsabilidade do Estado, além de firmar a competência da jurisdição administrativa na matéria.

solução da lide, por se tratar de responsabilidade do Estado decorrente do funcionamento de um serviço público. Entendeu-se, com isso, que a responsabilização do Estado não pode se reger pelos princípios do Código Civil, do direito privado, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.¹⁷

A teoria da culpa administrativa foi a primeira das teorias publicistas, representando o ponto de transição entre as ideias civilistas e a doutrina publicista da responsabilidade do Estado.

Sobreleva notar que, apesar dessa mudança, existem ainda resquícios do direito privado nessa teoria, visto que foram usadas noções provenientes do direito civilista para estabelecer seus fundamentos, além da semelhança entre a relação servidor público-Estado e a relação empregado-empregador.

De acordo com a teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, passou-se a centralizar a noção de culpa na ideia de funcionamento do serviço público, ou seja, desvinculou-se a responsabilidade do Estado da culpa do agente público, passando a se verificar a própria culpa do Estado.

Destarte, a *faute* do serviço público não depende de *faute* do agente, mas do funcionamento defeituoso, insatisfatório, ou, na terminologia moderna, ineficiente do serviço público prestado, do qual decorra dano. Significa, portanto, uma deficiência no funcionamento normal do serviço, atribuível a um ou vários agentes da Administração, mas que não lhes é imputável a título pessoal.¹⁸

Essa culpa do serviço público ocorrerá quando ele simplesmente não funciona (omissão), funciona de forma precária e insatisfatória. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, presume-se a culpa do serviço ou culpa administrativa, que é chamada pela jurisprudência francesa de *faute du service public*, advindo ao Estado o dever de indenizar, disjuncto de culpa do funcionário.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 528.

18 RIVERO, Jean, *Direito administrativo*, cit., p. 320.

Dessa forma, a *faute du service* pode proceder da culpa individual do funcionário causador do dano ou da culpa do próprio serviço, sem possibilidade de individualizar o seu causador, denominada esta última de culpa anônima.

Portanto, existia a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e a chamada culpa anônima, que não pode ser individualizada, em face da culpa ser do serviço público, ou seja, considerava-se que o serviço funcionou mal, não funcionou ou funcionou atrasado.

No entanto, essa teoria ensejou divergências e críticas na doutrina administrativa, apregoando-se que a questão da responsabilidade pública ainda não estava solucionada de maneira satisfatória, já que a vítima tinha o ônus da prova, que consistia em provar o dano e que ele fora provocado por culpa do serviço, para poder obter a indenização.

Alegou-se a extrema dificuldade do particular em demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, a difícil configuração da culpa estatal. A culpa, nessa conjectura, era em sentido lato, com a presença do dolo e da imprevisão, entre suas modalidades.

Apesar de divergências com referência às modalidades de responsabilidade (subjettiva ou objetiva) na *faute du service*, entendemos ser ela de natureza subjettiva, devido à necessidade da comprovação de algum aspecto da culpa do Poder Público, seja na modalidade de negligência ou imprudência, não obstante tenha adquirido um tom mais voltado para o ente estatal.

Neste sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

“É mister acentuar que a responsabilidade por ‘falta de serviço’, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjettiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjettiva.

É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como ‘falta’ (ausência), o que traz ao espírito a ideia de algo objetivo.”¹⁹

Hely Lopes Meirelles destaca a exigência de comprovação de uma culpa especial da Administração, na chamada culpa administrativa, para que o Estado seja obrigado a indenizar o dano. O autor aponta a deficiência dessa teoria, afirmando que ainda se “pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter a indenização”.²⁰

E assim, com o incremento da atividade do Estado, consoante o ente público era chamado a intervir mais e mais, na outra ponta evoluía também a teoria da responsabilidade do Estado. O ápice ocorreu com a chegada à responsabilidade objetiva, que trataremos a seguir:

b) Responsabilidade objetiva: com a expansão das atividades do Estado, a maior intervenção do ente público na economia e no meio social, com a formulação de um modelo de Estado Social e a sua constante obrigação de atuar, aprofundaram-se os estudos sobre a responsabilidade do Estado.

19 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 957-958.

Vez ou outra essa confusão aparece mesmo em nossa Suprema Corte. Em julgado relatado pelo Ministro Carlos Velloso, que versou sobre a morte de preso, aplicou-se a teoria da *faute du service*, pela prática omissiva de atos do Poder Público, alegando-se que a “responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuído ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses” (STF – RE n. 179.147-1/SP, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJU, de 27.02.1998, p. 18). Em sentido contrário: “Jurisprudência da Corte no sentido de que cumpre ao Estado resguardar a integridade física dos que se encontram sob custódia. Responsabilidade objetiva.” (STF – AgR RE n. 190.772-0, rel. Min. Mauricio Corrêa, *Informativo STF*, n. 112).

20 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 649.

As novas demandas que surgiram da atuação estatal e os danos decorrentes dessas atividades deram azo à elaboração de uma teoria do risco da atividade administrativa, que proporcionou o ingresso da responsabilidade pública numa nova fase, que afasta a perquirição de culpa, e é denominada de objetiva.

Consoante o fundamento dessa teoria, a base essencial para imputação ao Estado do dever de pagar é simplesmente o nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado, despiendo de culpa e de qualquer outro elemento. Essa teoria leva em conta apenas o fato do serviço e defende que o ressarcimento do prejuízo causado possa ser proveniente de atos regulares ou irregulares praticados pelos funcionários.

Conforme suscitado por alguns doutrinadores²¹, a teoria do risco compreende duas modalidades: a do *risco administrativo* e a do *risco integral*. A primeira estabelece a possibilidade da exclusão ou atenuação da indenização estatal, tais como culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiros e força maior ou caso fortuito. Enquanto na segunda, o Estado sempre será obrigado a reparar, mesmo se o dano for resultante da culpa ou dolo da vítima. Ou seja, não se admite invocar as causas excludentes de responsabilidade do ente público.

Essa distinção é colocada em causa por parte da doutrina, sustentando que as duas modalidades são, na verdade, equivalentes. É que os autores adeptos da teoria do risco integral também admitem as causas excludentes da responsabilidade.²²

Para Yussef Said Cahali:

“A distinção entre o risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito

21 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 649-650.

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 527-528.

que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção (...) deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto.”²³

No mesmo sentido, a jurisprudência atual, no exame da responsabilidade do Estado, à luz da norma constitucional que abraçou a teoria objetiva (art. 37, § 6º, da CF), atribuiu relevância ao nexo de causalidade entre o prejuízo experimentado pelo particular e a atividade administrativa, salientando ser irrelevante a distinção entre o risco integral e o risco administrativo.²⁴

Em síntese, a ação estatal está hoje adstrita a esse dever de não ser produtora de danos aos particulares. Toda vez que isso ocorrer, dá-se um encargo do Estado que, em última análise, é de toda a sociedade, consistente em recompor o prejuízo causado. São, pois, pressupostos fundamentais para a deflagração da responsabilidade do Estado: a causação de um dano e a imputação dele a um comportamento (comissivo ou omissivo) estatal, sendo esse liame que liga a conduta ao dano denominado de nexo de causalidade.²⁵

Boa parte da doutrina administrativista se contentou com essa fundamentação objetiva da responsabilidade estatal, como se ela tivesse natureza pública e fosse diferente da responsabilidade entre pessoas privadas. De fato, a diferença existe, se a confrontarmos com a responsabilidade oriunda do Código Civil. Todavia, pouquíssima distinção poderá ser encontrada se a colocarmos lado a lado com a responsabilidade emanada do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que nele também se apregoa uma responsabilidade objetiva, inclusive para o fornecedor de serviços (art. 14).

23 CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 40.

24 RT 677/113, RT 418/151, RJTJESP 134/140.

25 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 188.

Assim, em que pese o tema ser tratado como uma derivação da chegada da responsabilidade do Estado no direito público, fato é que o apego aos ideais liberais, privatísticos, ainda está bem presente, tanto que desenvolve essa noção objetiva de responsabilidade a partir de uma noção de risco que a atividade estatal gera. Ou seja, considera que toda atividade estatal é um risco, bem na linha do Estado inimigo, o Estado que não pode intervir, cuja atuação é um mal que deve ser evitado. Portanto, se agir, deve sempre ser responsabilizado, independente da causa, do motivo e de qualquer outro fator externo (salvo as excludentes da responsabilidade) que não se atenha ao limite particular do dano.

A legitimidade dessa teoria, segundo a doutrina administrativa, está no fato dela beneficiar a todos os administrados e no princípio da igualdade dos administrados perante os ônus e encargos sociais²⁶. Em suma, o dano causado pela Administração Pública ao particular é uma espécie de ônus público que não deve recair sobre apenas uma pessoa ou algumas. Ao contrário, deve ser repartido equitativamente entre todos os membros da coletividade. Dizemos nós que essa igualdade considerada é a meramente formal, que não busca uma justificativa na realidade, mas sim numa situação abstrata e isolada.

Na visão de alguns administrativistas, a responsabilidade objetiva significa a consagração do axioma que encerra a necessidade da divisão equitativa dos gravames sociais. Logo, para eles, uma pessoa que sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais rompe o equilíbrio que necessariamente deve haver nos encargos sociais, devendo, nesse caso, o Estado indenizar o prejudicado, para restabelecer esse equilíbrio.²⁷

26 Celso Antônio Bandeira de Mello biparte o fundamento da responsabilidade do Estado: “a) No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade. b) No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.” (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 961).

27 TELLES, Antonio Augusto Queiroz. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 420.

O cuidado que se deve ter com essas colocações abstratas é o desapego com o caso concreto. Se estivermos a referir a um dano pessoal, à incolumidade física de alguém, aí sim essas colocações poderiam ser consideradas na sua inteireza, pois a natureza da responsabilidade é a de compensação e, de fato, o ônus por essa lesão deve ser repartido no meio social.

Entretanto, se o enfoque for um dano meramente patrimonial, que não atingiu a pessoa na sua estrutura física, mas tão somente seus bens, algumas críticas podem ser lançadas. Essas justificações que derivam a responsabilidade do Estado do princípio da igualdade, em vários casos, podem vir a servir mais como manutenção de privilégios, do *status quo*, fazendo com que toda sociedade, pobre e sem bens, arque com um eventual prejuízo econômico de alguém que já se beneficiou da sociedade, de modo a possuir vários outros bens.

A preocupação atual na seara administrativa brasileira tem sido a constante busca de novas hipóteses para submeter o Estado a uma responsabilidade, fundamentada ainda em bases liberais, que não condizem mais com a realidade do ente público, sem um volver para a própria base (Estado) em que se deita o instituto da responsabilidade.

Essa tendência não se reproduz com a mesma ênfase no direito estrangeiro, tanto que os estudos do jurista português Luís Barbosa Rodrigues, em cinco países da União Europeia, chegam à conclusão que a responsabilidade do Estado, embora objetiva, tem tido um tratamento parcimonioso em dois deles, a França, que é o berço da teoria, e a Itália, por causa do seu dispositivo constitucional que menciona a expressão “dano injusto”, além do tratamento ainda incipiente no Reino Unido. Para ele, os únicos países europeus que têm dado uma extensão maior à responsabilidade pública são a Alemanha e a Espanha.²⁸

Ainda em relação a esse tratamento parcimonioso no direito estrangeiro, corrobora o exemplo dos Estados Unidos, onde, na mesma linha do Reino Unido, o foco que é dado à responsabilidade do Estado é bem restrito, voltado ainda às bases do direito privado, balizado essencialmente pela noção de culpa.

28 RODRIGUES, Luís Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco Estados das comunidades europeias. In: QUADROS, Fausto de (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 221-270.

Como bem lembra a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Nos Estados Unidos, em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, porém, desde que haja culpa, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a de um particular em iguais circunstâncias. Trata-se de responsabilidade subjetiva.”²⁹

Juarez Freitas também percebe essa vertente no direito comparado:

“Em contraste, a tendência europeia de tecer críticas à teoria da responsabilidade objetiva da Administração Pública repousa na ideia de que o Estado não deve ser conduzido às raias do papel de segurador ilimitado. Trata-se de preocupação mais do que salutar. No entanto, a responsabilidade do Estado bem pode ser objetiva, sem que, para isso, tenha-se de acolher a indenização de qualquer dano que não se enquadre como antijurídico e desproporcional. Por essa via, afasta-se, por inteiro, a conversão absurda e bizarra do Estado em segurador universal. Mais: aplica-se vantajosamente o nexos de causalidade proporcional, que impele o Poder Público a cumprir as suas indeclináveis tarefas positivas e negativas, hoje negligenciadas. Tudo no intuito de proteger a intersubjetiva dignidade humana, além de fazer respeitar a intangibilidade nuclear dos direitos fundamentais.”³⁰

O que se pugna é um novo aprofundamento no estudo da responsabilidade do Estado, porém, não mais com enfoque meramente liberal, e sim com relação ao Estado social. É preciso abrir mais uma página no capítulo da evolução da responsabilidade do Estado, para amoldá-lo à sua superestrutura social, cujo intervencionismo torna-se o meio de atuação por excelência.

Gilberto Bercovici também critica a pesquisa no direito administrativo feita com fulcro em ideais liberais, postulando uma nova rota:

29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 619.

30 FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 171.

“Ao mesmo tempo em que as Constituições do século XX incorporaram os conflitos sociais e econômicos e buscaram remodelar-se conjuntamente com as mudanças estruturais sofridas pelo Estado, o Direito Administrativo continuou preso aos mesmos moldes liberais do século XIX, entendendo o Estado como um inimigo. Nestes termos, fundados na cisão Estado e sociedade (= mercado), a única tarefa do Direito Administrativo é a defesa do indivíduo contra o Estado. Assim, as formas clássicas do Direito Administrativo são, geralmente, insuficientes para as necessidades prestacionais do Estado social.

Estas dificuldades são mais graves quando se constata que a realização dos programas constitucionais não depende dos operadores jurídicos, mas de inúmeros outros fatores, aumentando a margem de manobra da Administração Pública. A Constituição também depende da Administração Pública para ser concretizada. Este ‘protagonismo político’ da Administração está bem longe da tradição administrativa liberal. A necessidade de construção de um Direito Administrativo dinâmico, a serviço da concretização dos direitos fundamentais e da Constituição é cada vez mais necessária.”³¹

4 O desenvolvimento da teoria da responsabilidade pública como consequência do desenvolvimento do Estado intervencionista

O desenvolvimento da teoria da responsabilidade do Estado é um ganho expressivo dentro do aprofundamento e da própria construção do direito administrativo. O impulso da teoria da responsabilidade

31 BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59-60. Fausto de Quadros, professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, faz um breve estudo da remodelação que o direito administrativo português vem sofrendo em decorrência de um novo direito administrativo europeu, balizado numa perspectiva comunitária, sendo enfático que “o direito administrativo europeu (...) leva ao nascimento de um novo direito administrativo português” (*A nova dimensão do direito administrativo: o direito administrativo português na perspectiva comunitária*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2001. p. 50). Se o direito administrativo dos países europeus está passando por uma série de mudanças decorrentes de seu estágio de desenvolvimento, e se o nosso direito administrativo é baseado no direito desses países, principalmente da França, está na hora de reformularmos nossas teorias administrativas, exatamente para adequá-las à nossa realidade de país subdesenvolvido, mas que busca uma concretização de melhorias sociais.

do Estado ocorreu exatamente quando o ente público não pôde mais assistir ao liberalismo desumano que havia se instalado nos países europeus.

Destarte, é possível enquadrá-la no perfil intervencionista do Estado. Quanto mais intervencionista o Estado se torna, mais a teoria da responsabilidade do Estado se desenvolve.

Como já dissemos anteriormente, no Estado Liberal, a regra é que o Estado se omita, seja inerte. Qualquer atuação do Estado é vista como um mal que necessita ser coibido. Ora, se o ente público liberal não pode atuar e se a omissão é a regra, dificilmente poderia cometer algum dano.

É um equívoco dizer que a teoria da responsabilidade do Estado é fruto das teorias liberais. Muito pelo contrário. A teorização da responsabilidade pública adquire concretude com a necessidade de uma atuação do Estado, e seu desenvolvimento caminha *pari passu* ao crescimento do intervencionismo estatal.

A problemática que reside nesse contexto é que num Estado ainda em desenvolvimento, como o nosso, cujos índices de pobreza e marginalização são notórios e assustadores, a necessidade de intervenção torna-se signo de sobrevivência dessa classe social totalmente desprotegida, inclusive pelo próprio Estado. Desse modo, a intervenção, quando visa a gerar melhorias para essa classe, inequivocamente acarreta reformas (e não revolução!) que causam prejuízo para a classe dominante do poder econômico. Logicamente, a classe social privilegiada, descontente com as reformas, investe no desenvolvimento de teorias da responsabilidade do Estado visando a manter seu *status quo* e sua condição econômica superior.

A consequência que se tem visto especificamente no Brasil é o desenvolvimento de teses que elevam o Estado à condição de segurador universal de privilégios patrimoniais infinitos, como bem nomeou Juarez de Freitas, no trecho de sua obra acima citado.

Tem sido comum novas teses brasileiras (repetimos: que não encontram amparo no direito comparado) em que o Estado tem de indenizar por causa de mudança de planos econômicos ou porque alterou sua rota de incentivo, deixando de subsidiar um setor econômico para privilegiar outro.

Miguel Reale, com todo o peso da sua subscrição, já assinou parecer em favor de cooperativa de empresas sucroalcooleiras, determinando a responsabilidade do Estado pelos prejuízos acarretados a elas “como decorrências da referida maxidesvalorização da moeda nacional”³². Com todo respeito ao nobre jurista, além do dano não ser especial nem jurídico, sendo um mero prejuízo econômico extensível a toda uma categoria de agentes econômicos, não poderia o Estado ser responsável pela manutenção dos lucros de um segmento econômico.

32 REALE, Miguel. Responsabilidade civil do estado. *Revista de Direito Público*, ano 21, n. 87, p. 27, p. 27, jul./set. 1988. Fernando Facury Scaff, após realizar um bom trabalho sobre o desenvolvimento do Estado, demonstrando as incoerências do Estado moderno e do sistema capitalista, deixando fincada sua posição contrária ao liberalismo, que gera apenas libertação do mercado, e não do ente humano, realçando a necessidade de se reduzirem as desigualdades sociais, se apegua, de forma que não conseguimos compreender, na parte final do seu livro, em princípios liberais de não intervenção do Estado na economia, do “medo” da atuação do Estado e da preferência pela sua “omissão”. Assim, deixa esse autor transparecer que o Estado não deve intervir na economia, e se intervir deverá responder (indenizar). A sua preocupação nesse ponto se liga às anteriores elites econômicas que não ocupam mais o papel de preponderância no cenário político brasileiro e que devem ser ressarcidas pelo Estado pelo fato de outras elites ocuparem esse papel. Assim, para ele, as anteriores elites econômicas que tiverem qualquer prejuízo por uma atuação do Estado devem ser indenizadas para manterem seu atual *status* econômico. Nesse sentido, ele se torna um defensor da manutenção do *status quo* e de que o Estado deveria restringir sua atividade a manter essa estratificação, sob pena de ter de responder por isso. Ainda bem que o próprio autor reconhece estar se valendo de uma ideologia liberal para concluir sua tese, pelo menos assim ele deixa o alerta para o leitor. Vejamos esse reconhecimento: “Em um primeiro momento pode parecer que será um processo através do qual se retirarão recursos de todos (do orçamento do Estado) para dar a alguns que foram aliados do processo, e que se teriam beneficiado se porventura se tivessem mantido com o controle do Estado. Todavia, o desenvolvimento das relações sociais não comporta soluções a curto prazo.” (*Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 263). “O uso dos princípios liberais da boa-fé, do direito adquirido, da igualdade e do próprio princípio da lucratividade para operacionalizar um instituto democrático apenas demonstra que é possível a implementação de um avanço teórico visando ao aperfeiçoamento do sistema socioeconômico, através do reenquadramento do instrumental teórico hoje existente.” (Ibidem, p. 265). Do conjunto da obra desse autor, verifica-se que essa colocação é incoerente com o seu pensamento, preocupado sempre com reformas sociais e melhorias para toda a população. Veja-se o que ele já escreveu em outro artigo, em que trata do financiamento do Estado para concretização dos direitos humanos, em que crítica os desvios orçamentários para pagamento de juros da dívida pública, nos quais se enquadram os juros de precatórios e de indenizações: “Os contingenciamentos e desvinculação da receita de impostos e contribuições às finalidades normativamente previstas acarretam um desequilíbrio no sistema desviando recursos que originalmente iriam para a implementação dos direitos humanos de 2ª dimensão, transferindo-os para outras finalidades, dentre elas o pagamento dos juros da dívida pública, muitas vezes com enormes antecipações – enquanto os problemas sociais permanecem em segundo plano.” (Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, ano 8, n. 39, p. 210, 2006).

Esse caso foi também objeto da análise de Gilmar Ferreira Mendes, que o denominou, e a outros semelhantes, de “aberrações”, pois “alguns juízes entendem que estão a criar uma jurisprudência libertária quando condenam a União – significa dizer, a pobre sociedade brasileira – a pagar vultosas indenizações a segmentos largamente privilegiados, seja com a política de subsídios do passado, seja com a generosa hermenêutica do presente”.³³

Ademais, considerando que essa atividade volta a estar em destaque no cenário brasileiro e mundial, com os lucros voltando e melhorados estratosféricamente, alguém acredita que essas mesmas empresas vão devolver à sociedade e ao Estado o valor das indenizações milionárias que obtiveram?

Mendes também questiona a amplitude que vem se procurando dar à responsabilidade do Estado em casos outros, como o de uma empresa que buscava ressarcimento pela cessação dos lucros decorrentes da interrupção do escoamento de sua produção após a suspensão da prestação de serviço de transporte fluvial pela União, que obteve ganho de causa até no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conseguindo-se converter essa decisão apenas em sede de recurso extraordinário (RE n. 220.999). Segundo Gilmar Mendes, “o que pleiteava a empresa era o direito adquirido ao lucro garantido, a ser custeado pelo Estado”.³⁴

O mesmo jurista conclui nesse artigo:

“Por mais que se faça um pretenso juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo ‘à brasileira’, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados.

A consideração central a se fazer é, se determinados planos econômicos ou se determinadas políticas públicas afetaram toda a sociedade, por que razão pretenderiam alguns privilegiados

33 MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 45, p. 2, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>>. Acesso em: 23 set. 2009.

34 Ibidem, p. 1.

encontrar numa atuação global do Poder Público um nexo de causalidade com eventual prejuízo. Essa obscura lógica só pode encontrar respaldo numa visão distorcida de Estado, protetora de privilégios e de corporativismos.

É necessário, portanto, identificar-se no Estado Democrático de Direito a formação do interesse público calcado em interesses universalizáveis e publicamente justificáveis. As razões e os interesses forjados em um discurso e uma prática corporativa, em sentido contrário, são unilaterais, sectários, e, frequentemente, obscurantistas.

O que tem ocorrido, lamentavelmente, é a usurpação de instrumentos normativos destinados à proteção da cidadania para proteger privilégios, e os casos aqui abordados representam apenas parcela das conspirações sectárias que se fazem hoje para cooptar o interesse público para a defesa de interesses obscuros e injustificáveis. A tarefa de todos, nesse contexto, é desenvolver uma percepção crítica, para permitir-se a identificação e a denúncia das tentativas ilegítimas de apropriações indevidas de recursos da sociedade brasileira.”³⁵

A teorização da responsabilidade do Estado é deveras salutar para enquadramento do ente público nas barras do direito. Todavia, não pode a elaboração de teses esotéricas desnaturarem essa teoria.

Como já disse Gilmar Ferreira Mendes em outra obra:

“Não se revela condizente com o Estado constitucional garantidor de direitos fundamentais impor à sociedade como um todo o ônus de arcar com vultosas indenizações decorrentes de danos causados pelo Estado, sem que isso seja objeto de uma investigação mais precisa e adequada às circunstâncias em que ocorreu o suposto fato danoso (...) se assim não se proceder, corre-se o risco de usurpar os direitos fundamentais e as garantias postas à disposição dos cidadãos, transformando-as em instrumentos destinados a proteger privilégios e interesses corporativos.”³⁶

35 MENDES, Gilmar Ferreira, *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”?*, cit., p. 2.

36 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 844. Para

Nesse ponto, Fabiano Mendonça trabalha a noção de que a condenação do Estado é a condenação, em última análise, de toda a sociedade:

“Não há interesse público que não represente algum interesse individual (ex: o asfaltamento de uma rua). E, quando a ordem jurídica confere determinado direito a alguém, é porque há um interesse público em que tal ocorra. Mas, quando se vence uma demanda contra o Poder Público, o próprio vencedor também é perdedor.”³⁷

Sérgio Ferraz complementa essa ideia:

“O Estado não atua pensando em si, mas pensando na coletividade que o criou. Quando a Fazenda Pública comparece em juízo, na verdade, não está em face de iguais. Ela está comparecendo em juízo levando consigo toda uma carga de interesse público, toda uma carga de interesse coletivo, que é a própria razão de ser da sua existência. Inclusive se podemos figurar na relação processual como adversários do Estado, no final das contas, ao menos indiretamente, somos interessados também naquilo que venha ser obrigado o Estado a cumprir, em razão do ditame judicial. De alguma maneira seremos atingidos, mesmo se vencedores.”³⁸

Como visto, não é porque a norma inserta no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal prescreve a responsabilidade objetiva que se abre caminho para as teses que elevam o Estado à condição de segurador universal. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello já temperaram essa responsabilidade objetiva no caso de omissão

Gilmar Ferreira Mendes, a responsabilidade do Estado (apenas de um direito de indenização) tem padecido de uma “banalização”, em que “alguns juristas e magistrados têm-se servido de um conceito amplíssimo de responsabilidade objetiva, levando às raias do esoterismo” (Ibidem, p. 843). Ainda para esse autor, no que concordamos, “as razões e os interesses forjados em um discurso e uma prática corporativos, sempre no sentido de impor à União ônus a que não deu causa, parece forjar interesses unilaterais, sectários, e, frequentemente, obscurantistas, o que obviamente não se pode tolerar” (Ibidem, p. 845).

37 MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Limites da responsabilidade do Estado: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na Constituição Federal Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 138.

38 FERRAZ, Sérgio. Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 13, n. 53/54, p. 42, jan./jun. 1980.

estatal, lecionando que para esses casos de omissão, a responsabilidade é subjetiva, e não objetiva.³⁹

O que queremos depreender de tudo isso é que louvável a atual conjectura de desenvolvimento da teoria da responsabilidade do Estado na modalidade objetiva. Entrementes, não podemos concordar com as teses que lançam o Estado à condição de segurador universal do lucro e de meros prejuízos patrimoniais de uma classe econômica que sempre se beneficiou à custa do Estado.

O Estado não pode continuar sendo considerado um terceiro segurador alheio à realidade social. O ente público deve assumir um papel de ator indutor das reformas que o Brasil precisa para melhoria e inclusão da parcela da população mais desfavorecida, mesmo que para isso acarrete diminuição nos estrondosos lucros da pequena elite econômica que sempre se locupletou à custa do próprio Estado. Deve o Poder Público brasileiro deixar o papel de mero árbitro das relações sociais para ser agente dela. E não pode ser subvertida a teoria de sua responsabilidade pública na defesa da cidadania para a defesa de ganhos econômicos privados.

Não podemos perder de vista que o Estado, no atual estágio do desenvolvimento social em que nos encontramos, é o que é a nossa própria realidade ou, como disse Hegel:

“O Estado não pode continuar sendo considerado um terceiro alheio à realidade social. Ele é o que é a nossa própria realidade no atual estágio do desenvolvimento social em que nos encontramos. É o Estado a realidade em ato de liberdade concreta. Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento do seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem com seu último fim. Daí provém que nem o universal

³⁹ Essa posição de que o ente público no caso de omissão responde de forma subjetiva já era defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito*, cit., p. 486-487) e por José Joaquim Gomes Canotilho (*O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, cit., p. 80).

tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal.

Em face do direito privado e do interesse particular, da família e da sociedade civil, o Estado é, por um lado, necessidade exterior e poder mais alto; subordinam-se-lhe as leis e os interesses daqueles domínios mas, por outro lado, é para eles fim imanente, tendo a sua força na unidade do seu último fim universal e dos interesses particulares do indivíduo; esta unidade exprime-se em terem aqueles domínios deveres para com o Estado na medida que também têm direitos.”⁴⁰

5 Conclusão

Do presente artigo, é possível extrair as seguintes conclusões:

1) Em que pese a aparente autonomia que vem ganhando o tema da responsabilidade do Estado, fato é que ela se prende ao tronco comum da teoria da responsabilidade. A responsabilidade, em essência, é única e é a base do direito moderno. O que acontece é que a “forma” dessa responsabilidade pode adquirir peculiaridades atinentes aos princípios de cada uma das disciplinas jurídicas, mas sem perder sua essência coarctada à responsabilidade geral do direito.

2) A irresponsabilidade do Estado perdurou até no advento do Estado Liberal. Se no início do Estado Liberal já se houvesse vislumbrado a responsabilidade do ente público, restaria impossível aos burgueses fazer as reformas necessárias para a derrocada do sistema anterior vigente (absolutismo) valendo-se do Estado, tais como os confiscos de terras dos nobres e da Igreja, as perseguições e as mortes, sem que fosse paga qualquer indenização. Ademais, num liberalismo puro, em que a omissão é a regra, estando vedada qualquer atividade do Estado, não haveria porque cogitar a formulação da responsabilidade do ente público, pois não haveria como ele cometer qualquer dano.

⁴⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 225-226.

3) Com a crise do Estado Liberal, a temática da responsabilidade do Estado ganhou força, pois o ente público teve de voltar a intervir na economia, o que redundou em danos à propriedade privada do particular. Assim, o contraponto do dever de intervenção do Estado, na tentativa de sanar alguns problemas sociais e econômicos e tentar proporcionar um mínimo social, é a formulação de uma teoria da responsabilidade do Estado, que se torna mais aguda e ampla consoante a maior necessidade de intervenção.

4) A teorização da responsabilidade do Estado iniciou-se por um modelo subjetivista, em que se perquire a culpa, até um modelo objetivista, em que resta despicienda a perquirição.

5) O desenvolvimento da teoria da responsabilidade do Estado é consequência do desenvolvimento do intervencionismo público.

6) Malgrado seja salutar o atual estágio de desenvolvimento da teoria da responsabilidade do ente público, deve-se ter o cuidado para não se intentar alçar o Estado ao *status* de segurador universal de lucro e de prejuízos meramente econômicos.

6 Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito*. Rio de Janeiro. Forense, 1969. v. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo. Saraiva, 1994.

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

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ, Sergio. Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 13, n. 53/54, p. 38-43, jan./jun. 1980.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>>. Acesso em: 23 set. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Limites da responsabilidade do Estado: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do estado na Constituição Federal Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003.

QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do direito administrativo: o direito administrativo português na perspectiva comunitária*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2001.

REALE, Miguel. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Público*, ano 21, n. 87, p. 24-34, jul./set. 1988.

RIBEIRO, Luís Antonio Cunha. Responsabilidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006. p. 720-723.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra. Almedina, 1981.

RODRIGUES, Luís Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco Estados das Comunidades Europeias. In: QUADROS, Fausto de (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 221-270

SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, ano 8, n. 39, p 187-211, set./out. 2006. _____. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÓLON, Ari Marcelo. *Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TELLES, Antonio Augusto Queiroz. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A advocacia pública e o controle de juridicidade das políticas públicas

Derly Barreto e Silva Filho¹

Sumário: 1 Constitucionalismo e controle jurídico do poder. 2 A separação dos poderes e o controle jurídico intraorgânico do poder. 3 A advocacia pública e o controle de juridicidade das políticas públicas. 4 Garantias funcionais necessárias à atividade controladora exercida pela advocacia pública. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Constitucionalismo e controle jurídico do poder

No século XVIII, a Constituição – entendida como plexo normativo definidor das relações de poder – trouxe uma novidade na vida das sociedades políticas, até então marcadas pela opressão do Estado absoluto: a concepção do poder fundada em três grandes objetivos, quais sejam, a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença nas virtudes da razão, em apoio à busca da racionalização do poder.²

1 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da COGEAE/PUC-SP. Professor de Direito Constitucional do Curso de Especialização em Direito Público da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Autor do livro: *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

2 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 169.

O Estado era um Estado de legalidade, onde a noção de lei confundia-se com a liberdade. Daí Montesquieu afirmar que “liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.³

No Estado liberal, as leis eram oriundas de um Poder Legislativo dotado de supremacia e não apenas de independência. Supremacia porque, vitorioso, o ideal democrático defendia que as leis fossem elaboradas pelos seus destinatários ou pelos seus representantes. Naturalmente, havia que se conferir superioridade ao poder que traduzia a vontade coletiva. E, como representante da vontade coletiva, o Parlamento não abusaria de seu poder, porque isso seria exercê-lo contra si mesmo⁴. Não havia a mínima desconfiança de que o próprio legislador, identificado ideologicamente com o pensamento da classe vitoriosa, a burguesia, pudesse cometer arbitrariedades, que a lei pudesse ser expressão e instrumento da vontade de um grupo que procurava defender seus próprios interesses.

O projeto político constitucionalista girava em torno do propósito de contenção do poder estatal e de defesa das franquias individuais em face do Estado, tal como pretendido pela burguesia.

Mas, como gizou Agustín Gordillo:

“O tempo demonstrou que o simples cumprimento dos postulados de liberdade e igualdade com proteção do Estado pode resultar em verdadeiros paradoxos pois a sociedade apresenta amiúde diferenças econômicas e sociais entre seus componentes, que se acentuam continuamente num regime que se contenta em proteger os direitos de propriedade e liberdade etc. tal e como os encontra, sem preocupação de melhorá-los quando de fato são insuficientes. Se o Estado se limita a contemplar impassível enquanto as diferenças sociais vão se acentuando de fato, sem tomar nenhuma ação para ajudar aos mais necessitados para progredir paralelamente aos demais, estaria contribuindo praticamente para uma

3 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso; Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Parte II, livro décimo primeiro, capítulo III, p. 118.

4 PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes na Constituição de 76: alguns aspectos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1987. p. 152.

verdadeira negação dos direitos que postula para os indivíduos. De nada serviria reconhecer a ‘todos’ os indivíduos um direito à propriedade ou liberdade de trabalho ou de ensinar e aprender, se as condições socioeconômicas imperantes (miséria, enfermidade, acidentes, ignorância, velhice) excluem permanentemente alguns indivíduos de toda oportunidade de serem proprietários, trabalhar livremente ou aprender e ensinar.”⁵

As lutas sociais e as tensões ideológicas abertas com a possibilidade do sufrágio universal, o aparecimento dos sindicatos e dos partidos políticos colocaram em cheque as teses defendidas pelos liberais clássicos, preenchidas de um otimismo grandioso.

A instabilidade política a partir da segunda metade do século XIX demonstrou o equívoco da ideia de que o Estado permitiria que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis.

Era necessário redefinir juridicamente as relações políticas, econômicas e sociais vigentes. A Constituição, como estatuto jurídico das relações de poder, não podia continuar a regular somente a vida do Estado, pela imposição de normas *limitativas* à sua ação. O Estado tinha de intervir para amainar as pressões e as diferenças sociais, que punham em risco até a própria burguesia.

A Constituição, então, encampou parte das reivindicações sociais e passou a desempenhar o papel de guia, de roteiro, de plano normativo destinado a conduzir finalisticamente o exercício da atividade estatal, apontando-lhe nortes a seguir e objetivos a alcançar, com vistas à realização da chamada justiça social. De estatuto negativo e alheio aos problemas econômicos de uma sociedade liberta dos tentáculos do Estado, mas refém das regras de mercado – baseadas na autonomia da vontade –, que não asseguravam condições dignas de existência, a Constituição se transforma em um programa normativo de realizações. Seu centro de gravitação, que era o indivíduo, desloca-se. Surge a preocupação com o interesse público, com o bem-estar coletivo, com a justiça social.

5 GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 69-70.

No século XX, a Constituição pode ser vista como uma arena onde se travam as lutas jurídico-políticas em busca da realização do bem-estar social. A luta, que se inicia com a elaboração da Constituição, não se esgota com a sua promulgação. É um processo ininterrupto. A luta transfere-se para o campo da prática, da aplicação e da interpretação constitucional.⁶

As competências dos poderes do Estado realinham-se em vista desse panorama.

No Estado liberal, as funções exercidas pelo Poder Público limitavam-se à de guarda-noturno, a de garante da liberdade e da justiça, tal como professadas pela burguesia; no Estado social, o Poder Público amplia seu campo de atuação para alterar a realidade social e resolver os problemas decorrentes do abuso das liberdades individuais no plano das relações econômicas, causa das profundas desigualdades sociais. O Executivo passa a intervir na sociedade, prestando serviços, construindo obras, emitindo títulos, efetuando despesas, emitindo moeda, controlando o câmbio, fiscalizando instituições financeiras, contratando com empresas, financiando projetos, concedendo incentivos, elaborando planos de desenvolvimento.

Esse fabuloso crescimento das funções do Executivo ensejou a remodelagem dos demais poderes. O Legislativo, até então responsável por representar politicamente a sociedade e legislar, assume a função de controle das competências políticas e administrativas a cargo da Administração.

O Poder Judiciário, por sua vez, que no liberalismo se limitava a aferir a legalidade dos atos administrativos somente sob os aspectos formais da competência, forma e objeto, passa a examiná-los sob os ângulos do desvio de poder, da moralidade, da legitimidade, da economicidade, da proporcionalidade dos meios aos fins, da adequação dos fatos à norma e da qualificação jurídica dos fatos feita pela Administração.

A possibilidade de controle da discricionariedade administrativa talvez seja o exemplo mais contundente desse novo papel do Poder Judiciário no Estado social. Afinal, se a Administração deve sujeitar-se à Constituição e às leis, há de existir um órgão imparcial e independente a contrastar seus atos

6 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 23.

com as exigências delas decorrentes. O exame dos motivos, da finalidade e da causa do ato não são óbices ao controle judicial dos atos discricionários; é por meio desse escrutínio que se garante o atendimento da ordem jurídica.

2 A separação dos poderes e o controle jurídico intraorgânico do poder

Embora siga a clássica tripartição orgânico-funcional – ao prescrever, no artigo 2º, que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário –, a Constituição brasileira de 1988 inova sobremaneira no assunto, ao estruturar os controles *interorgânicos* e *intraorgânicos*.

Segundo o artigo 165, I, II e III, por exemplo, que contém regra de competência eminentemente governamental, são de iniciativa do presidente da República o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. A par disso, consciente de que o Parlamento é um órgão de representação dos mais diversos segmentos sociais, o legislador constituinte incumbiu o Congresso Nacional de legislar sobre tais matérias (arts. 48, II, e 166). Repartiu, portanto, a função governamental entre o Executivo e o Legislativo – ao primeiro reservando a iniciativa; ao segundo, a deliberação. De acordo com o artigo 165, parágrafo 3º, o Poder Executivo deve publicar, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária. Correlatamente, compete ao Congresso Nacional apreciar esse relatório, função que revela o seu papel de controlador do cumprimento da política constitucional, materializada na execução do orçamento. Por fim, conforme o artigo 84, XI, deve o presidente da República remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do país e solicitando as providências que julgar necessárias. Como a função política, inclusive a de planejamento, não é mais exclusiva do Poder Executivo – não obstante a ele ser reservado o impulso da atividade governamental –, a Constituição, no artigo 48, IV, entregou ao Congresso Nacional a competência para, em colaboração ativa no estabelecimento da orientação da política do país, dispor sobre os planos e programas nacionais regionais e setoriais de desenvolvimento.

O princípio da separação dos poderes, por conseguinte, sob o primado da Constituição vigente, experimenta uma relativização, a fim de

lograr, por meio de um jogo de influências e interrelações entre os órgãos estatais, uma maior coordenação, uma efetiva harmonia entre os poderes, visando a aumentar a eficiência do Estado na execução das várias tarefas a seu cargo, e, com isso, a um só tempo, proteger a esfera jurídica dos indivíduos e realizar o interesse público.⁷

Ao lado dos controles que o Legislativo e o Judiciário exercem sobre a Administração, a Constituição de 1988 criou um outro, que ainda não revelou todas as suas potencialidades.

Considerando que o Estado passou a disciplinar os mais diversos aspectos da vida social e econômica por meio de políticas públicas de saúde, educação, tributação, finanças, comércio, meio ambiente, energia, transporte, segurança, entre outras, e dos respectivos atos de execução (deferimento de licenças ambientais, aprovação de empréstimos públicos, venda de títulos do Tesouro Nacional, concessão de isenções, anistias e benefícios fiscais, entre outros), tornou-se indispensável, além dos controles exteriores à Administração Pública (os controles parlamentar e judicial), o estabelecimento de formas de fiscalização interiores (controles intraorgânicos), vocacionadas a acautelar, promover e defender o interesse público *dentro do Poder Executivo*.

Nos artigos 131 e 132, a Carta Política reservou essa atribuição, em caráter privativo⁸, à advocacia pública.

7 TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 590-591.

8 “Por isso” – adverte Cármen Lúcia Antunes Rocha – “é que se tem que o advogado público (advogado da União, procurador do Estado ou do Distrito Federal), devidamente concursado em conformidade com os parâmetros constitucionais fixados – e somente daquela forma –, é que pode exercer as competências da representação judicial e da consultoria jurídica como exercício do cargo de provimento efetivo e componente da carreira. Qualquer estrangeiro administrativo carece de competência, não pode exercer o cargo de procurador e, então, não pode desempenhar as funções a ele inerentes, pena de invalidade absoluta dos atos por ele praticados.” (Constituição e Procuradoria do Estado. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 3, p. 150, mar. 1999). No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal decidiu, ao julgar a ADI n. 881-1. O relator do acórdão, Ministro Celso de Mello, pontuou: “O conteúdo normativo do artigo 132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele contém-se norma que, revestida de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros – senão aos próprios procuradores do Estado e do Distrito Federal, selecionados em concurso público de provas e títulos – o exercício intransferível e indisponível das funções de representação estatal e de consultoria jurídicas do Poder Executivo.”

3 A advocacia pública e o controle de juridicidade das políticas públicas

Não obstante caber-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, ainda se revela bastante incipiente a participação da advocacia pública no processo de elaboração das políticas públicas.

As políticas públicas tributárias, por exemplo, são normalmente concebidas em círculo fechado de especialistas e autoridades, sem publicidade, obedecendo fundamentalmente a diretrizes estabelecidas pelo próprio governo e carecendo de controles jurídicos prévios de adequação constitucional e legal.

Como afirmam Sérgio de Azevedo e Marcus André Melo, as políticas tributárias possuem certa invisibilidade:

“As questões tributárias são produzidas em uma arena decisória caracterizada por especificidades importantes. Em primeiro lugar, malgrado sua importância mais ampla na economia e na sociedade, as políticas na área tributária, em contraste com as decisões relativas ao gasto público, possuem uma certa invisibilidade (...) para os atores sociais. B. Guy Peters, um dos poucos cientistas políticos a estudar sistematicamente a questão, apontou com perspicácia que o mesmo volume de benefícios que teriam grande visibilidade numa autorização de gasto poderia muito facilmente passar despercebido na legislação tributária (...). A relativa ‘invisibilidade’, e incerteza quanto aos impactos, da renúncia fiscal e dos impostos indiretos (...) constituem um incentivo para que os atores políticos e elites burocráticas escolham esses mecanismos em lugar de instrumentos que produzem maior conflito.”⁹

9 AZEVEDO, Sérgio de; MELO, Marcus André. A política da reforma tributária: federalismo e mudança constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 fev. 2010. DOI: 10.1590/S0102-69091997000300006.

Ainda na síntese dos autores, “trata-se de uma arena onde predominam decisões de grande complexidade, cujas técnicas só são acessíveis a especialistas”.¹⁰

Todavia, é cediço que, por meio de políticas públicas, são concebidas predisposições que, no decurso de sua progressiva realização, poderão vir a prejudicar as pessoas. Essas predisposições podem tornar-se tanto mais irreversíveis quanto mais progride a sua execução, de modo que é fundamental assegurar que, desde a sua concepção, elas se amoldem à ordem jurídica e não apenas às diretrizes governamentais.

As políticas públicas tributárias envolvem, entre outros aspectos, vultosos benefícios, incentivos e renúncias fiscais, que somente se justificam se, observados os parâmetros e atendidos os requisitos previstos na Constituição e nas leis, atenderem ao interesse público e houver um comprovado proveito social. Deve existir, pois, um rígido controle jurídico dessas políticas, a fim de que não haja desvirtuamentos nem favorecimentos indevidos.

Um caminho para obviar o cometimento de injuridicidades e os enormes prejuízos causados por más políticas públicas seria a processualização da sua formação, possibilitando inclusive, a partir do pleno acesso a informações de interesse coletivo ou geral, a participação e a intervenção da comunidade afetada ainda na fase preparatória das decisões estatais.

A advocacia pública poderia atuar nas fases de ideação e formulação das políticas públicas, por meio de pareceres sobre propostas de emenda constitucional, projetos de lei e minutas de atos normativos infralegais em matéria tributária, quando oriundos do Poder Executivo¹¹, e sobre sugestões, alternativas e contestações dos interessados. Esse juízo, prévio, dar-se-ia sob o ângulo *exclusivamente jurídico*. Afinal, os juízos de conveniência e oportunidade, por serem ontologicamente políticos, são, por mandato constitucional expresso, da alçada exclusiva do governante,

10 AZEVEDO, Sérgio de; MELO, Marcus André. A política da reforma tributária: federalismo e mudança constitucional, cit.

11 Hoje, o Poder Executivo é o principal protagonista legislativo no cenário político brasileiro, seja pela edição de medidas provisórias, seja pelo considerável número de projetos de lei de sua iniciativa que são aprovados.

e não do advogado público. Ao assegurar a conformidade constitucional, legal e moral das políticas públicas e dos correspondentes atos de execução, a advocacia pública poderia contribuir para reduzir sobremodo a ocorrência de vícios de inconstitucionalidade¹² e demais questionamentos judiciais que tanto sobrecarregam o Poder Judiciário.¹³

Essa proposta de intervenção preventiva funda-se na própria Constituição Federal, que reservou, em caráter privativo, à advocacia pública, a atividade de consultoria jurídica. Se assim o fez, é porque quis que órgão diverso daquele que emite a vontade político-estatal verificasse e garantisse a existência de sintonia formal e material do ato ou do projeto de ato aos cânones da ordem jurídica, acautelando, promovendo e defendendo o interesse público.

4 Garantias funcionais necessárias à atividade controladora exercida pela advocacia pública

A fim de que a advocacia pública mantenha-se fiel às suas funções, é necessário que tanto a instituição quanto seus agentes sejam resguardados de pressões internas ou externas. Isso porque a tarefa de controle jurídico do poder dinamiza-se necessariamente mediante a *confrontação* entre os órgãos técnicos de controle jurídico interno e as instâncias políticas com poder de decisão e mediante o *cotejamento* das visões jurídica e política sobre um mesmo assunto de interesse público.

12 À guisa de ilustração, das 1.037 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal no período de 6 de outubro de 1988 a 31 de janeiro de 2010, 83,51% foram julgadas total ou parcialmente procedentes; em sede cautelar e 66,81% das 455 ADIs propostas no mesmo período tiveram liminares total ou parcialmente deferidas (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>). Esses indicadores sinalizam a má qualidade, sob os pontos de vista material e formal, da legislação brasileira, circunstância em boa medida remediável pela intervenção da advocacia no processo de gestação dos atos estatais.

13 Em 1994, o Relatório da CPI criada em 1991 por iniciativa do então senador Fernando Henrique Cardoso para investigar “a situação atual da evasão fiscal no país” já havia apontado, dentre as causas da evasão fiscal, as deficiências da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em termos de recursos humanos, materiais e tecnológicos, além do fato de que apenas partes desses escassos recursos eram empregados na cobrança do crédito tributário (p. 278). O referido relatório também registrou a observação do então Procurador Geral da Fazenda Nacional, Tércio Sampaio Ferraz, de que “a atividade de assessoria consultiva da PGFN é a sua mais importante atribuição, porque o controle prévio da legalidade inibe a propositura de inúmeras ações judiciais contra o Estado” (p. 279).

Enquanto os tecnocratas que elaboram políticas públicas preocupam-se com o atingimento de metas ¹⁴ – e não necessariamente com a observância de uma ordem de valores juridicamente plasmada –, os advogados públicos velam pela constitucionalidade, legalidade, licitude e legitimidade da ação estatal.

Como nem sempre o desígnio político dos governantes encontra esteio jurídico, graves atritos e dissensões podem ocorrer entre os membros da advocacia pública e as autoridades político-administrativas.

Se é certo, como dito em outro momento¹⁵, que os advogados públicos não são títeres de governantes transitórios, não oficiam por encomenda¹⁶ e não estão funcionalmente subordinados a qualquer poder do Estado¹⁷, a eles deve ser assegurada *estabilidade funcional*, sob pena de malograr toda a intenção constitucional de submeter o poder e as ações estatais a um contexto de juridicidade.

Também se revelam fundamentais ao controle de juridicidade das políticas públicas, principalmente as tributárias, a constituição e a atuação efetiva, no âmbito administrativo da advocacia pública, de órgão de execução específico encarregado de examinar previamente as proposições

14 A propósito, Luiz Carlos Bresser Pereira, então ministro da Administração Federal e Reforma do Estado do governo Fernando Henrique Cardoso, desnuda a alma da visão tecnocrática gerencial inglesa que serviu de modelo para a reforma administrativa brasileira empreendida pela Emenda Constitucional n. 19/98: “Toda administração pública gerencial tem de considerar o indivíduo, em termos econômicos, como consumidor.” (Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 33).

15 SILVA FILHO, Derly Barreto e. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 57/58, p. 209 -235, jan./dez. 2002.

16 Como assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro, “o advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato” (Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), n. 3, p. 18, 1995).

17 O que existe, esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “são relações legalmente definidas, que são incompatíveis com a *subordinação funcional*; nem mesmo em relação ao chefe dos órgãos colegiados das procuraturas existe hierarquia funcional: apenas *administrativa*” (As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 116, p. 96, out./dez. 1992).

governamentais que as consubstanciarão¹⁸, órgão esse formado por um corpo tecnicamente capacitado¹⁹, em que os cargos, privativos de membros da advocacia pública, sejam providos segundo o critério objetivo de merecimento, e não por indicação político-partidária.²⁰

Para que esse corpo técnico tenha estabilidade funcional, é imprescindível, além do predicado da autonomia, a garantia da inamovibilidade, com a finalidade de evitar casos como o relatado por Tomás Pará Filho há mais de quarenta anos no I Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em que um advogado público que, no estrito cumprimento dos deveres de seu cargo junto ao Tribunal de Contas do Estado, opinara contra a aprovação de contas de antigo secretário da Educação

18 Fala-se não apenas na constituição, mas também na *atuação efetiva* desse órgão, porque, no Estado de São Paulo, por exemplo, o artigo 25 da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado (LC n. 478, de 18.07.1986) prevê expressamente a *Procuradoria para Assuntos Tributários*, à qual atribui a competência de emitir pareceres sobre matéria tributária de interesse da Fazenda do Estado. No entanto, tal dispositivo ainda não saiu do papel, restando letra morta há mais de duas décadas.

19 O que se requer, para se atingir um grau de excelência dessa atuação, é um pesado investimento na formação intelectual dos advogados públicos, através da criação e manutenção, em caráter permanente, de *Escolas de Advocacia Pública*, que teriam por objetivo aperfeiçoar os conhecimentos científicos dos integrantes da carreira sob um enfoque interdisciplinar (assim, por exemplo, um procurador fiscal estudaria, além de matérias estritamente jurídicas, contabilidade, economia, matemática financeira, filosofia, ciência política, etc.), capacitando-os a intervir, proficientemente, no processo formativo das políticas públicas.

20 Acerca da influência dos partidos políticos sobre a burocracia estatal, Reinhold Zippelius escreve: “A regulamentação, sempre mais perfeita e totalizante, de todos os sectores da vida possíveis proporciona ao aparelho burocrático um peso cada vez maior. A legislação converte-se progressivamente em matéria de peritos, sendo eles os únicos que ainda se entendem nas interligações normativas que poderão afectar a disposição jurídica a adoptar. A burocracia está prestes a emancipar-se da autoridade do parlamento. Para não perderem o domínio sobre o processo político, os partidos políticos tentam sujeitar este crescente poderio da burocracia ao seu controlo. Assim, na República Federal da Alemanha, os partidos ocupam cada vez mais posições-chave da burocracia com membros do seu partido. Este fenómeno de os partidos políticos deitarem mão às burocracias estatais representa, contudo, uma flagrante evolução negativa. O patrocínio dos cargos corrompe a instituição de um funcionalismo imparcial, seleccionado segundo qualidades exclusivamente profissionais, elimina a ‘distância’ dos funcionários face à sua função, e perturba a descrita interacção, desejável por muitas razões, entre as instâncias políticas e as especializadas. Cria vassalagens descabidas e cultiva o oportunismo. O ‘controlo interno’ político-partidário – diferentemente do controlo parlamentar – também não ocorre, de modo democrático, à luz da opinião pública e com a participação equilibrada de todos os partidos, mas sim com o apoio do ‘factor casa’ o mais amplo possível, prestado por adeptos do partido que se sentem obrigados a mostrar uma boa conduta político-partidária.” (*Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 501-502).

e, conseqüentemente, pela sua responsabilidade por malversação do dinheiro público, e, por isso, foi intempestiva e arbitrariamente afastado de suas funções pelo governo da época.²¹

Vale atentar que o reconhecimento expresso, em textos constitucionais estaduais, das garantias da autonomia funcional e da inamovibilidade vem encontrando forte resistência do Supremo Tribunal Federal.

Ao apreciar o alcance e a virtude das funções constitucionais entregues às Procuradorias Gerais dos Estados, a mais alta Corte brasileira tende a compreender essas instituições como subordinadas aos chefes do Poder Executivo estadual e a restringir a abrangência de predicados essenciais ao exercício do procuratório estatal.

No julgamento das ADI ns. 217 e 470, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que: 1) os procuradores do estado integram órgão hierarquicamente subordinado ao governador do Estado, exercem atividade cuja parcialidade é necessária e atuam em perfeita sintonia com as diretrizes fixadas pela chefia da Administração Pública; 2) a atividade de advocacia pública contenciosa demanda uma relação de estrita confiança com o governo; 3) a atividade de advocacia pública consultiva goza de independência, sendo suficiente ao seu exercício as prerrogativas de advogado; 4) a previsão da autonomia funcional levaria à possibilidade, sem autorização de superiores hierárquicos, de reconhecimento do direito posto em juízo; 5) o procurador do estado, uma vez garantida sua autonomia funcional, poderia expressar convicção contrária à pessoa de direito público da qual é advogado, o que equivaleria ao exercício de múnus inerente aos membros do Ministério Público, quando pleiteiam a absolvição do réu.

Todavia, a atividade de consultoria jurídica, por sua natureza, reclama, do advogado público, *imparcialidade*. Se assim não fosse, ele não defenderia a juridicidade do ato estatal, e sim a vontade política do governante, ainda que dissonante da ordem jurídica.

Muito embora aberta e incompleta, não se pode olvidar que a Constituição cria *regras de atuação e de decisão estatal*, fornecendo à política

21 PARÁ FILHO, Tomás. *A advocacia do Estado*. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 1., 1969, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 1969. p. 45, nota 22.

diretrizes e orientações. Contudo, ela não se substitui à atuação dos poderes e agentes políticos; não suprime a *liberdade de decisão* imanente a questões político-constitucionais deixadas propositalmente *abertas*.

Mas, ao conferir ampla liberdade aos poderes políticos, a Constituição não autoriza a criação de direito novo, segundo uma vontade preexistente a ela mesma. O Texto Constitucional vincula os poderes quando dispõe sobre as linhas essenciais do Estado, prescreve os seus fins e as suas tarefas, impõe limites à sua ação, estabelece a forma de exercício de suas funções e prescreve valores, direitos e garantias fundamentais.

À advocacia pública, no exercício da função de controle de juridicidade do poder que lhe foi reservada com exclusividade, cabe assegurar o fiel cumprimento da ordem jurídica.

Se assim é, descabe falar que os advogados públicos devem atuar, incondicionalmente, em perfeita sintonia com as diretrizes fixadas pela chefia da Administração Pública. Simplesmente porque tais diretrizes podem colidir com os princípios e preceitos constitucionais dotados de força normativa vinculante.

O Supremo Tribunal Federal também entende que a atividade de advocacia pública contenciosa demanda uma relação de estrita confiança com o governo.

Embora o advogado público, no exercício da *atividade contenciosa*, tenha realmente o dever de defender a *tese estatal*, e não sua convicção, adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro que essa circunstância não lhe retira a independência, pois, “se existe um corpo de advogados trabalhando para o mesmo cliente, que é o Estado, não é possível que cada qual aja individualmente, sem atentar para a orientação uniforme que o órgão deve seguir”²². Se cada advogado público pudesse sustentar a tese que bem lhe aprouvesse, grandes seriam os riscos de haver decisões contraditórias sobre o mesmo caso. Ainda assim o advogado público da área do contencioso deve gozar de independência – relativa, é claro – na procura da melhor argumentação, da melhor fundamentação da tese defensiva. Ele também deve contar com autonomia funcional mesmo

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Advocacia pública*, cit., p. 22.

quando, em sede de mandado de segurança, esteja convencido, diante dos elementos dos autos, da ocorrência de violação do direito líquido e certo do impetrante. Nesse caso, em nome do direito ao devido processo legal e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF), há de redigir as informações e sugerir à autoridade apontada como coatora, de modo arrazoado, que reconheça o direito.²³

A *parcialidade* do procurador do estado na atividade contenciosa, entretanto, não presume uma relação de *confiança* com o governo. Isso porque, havendo conflito de interesses primários e secundários, aqueles devem preferir a estes, porque são os únicos que podem ser validamente perseguidos por quem os representa, por corresponder aos interesses da coletividade, e não apenas do Estado, titular de direitos patrimoniais, ou do governante.

E mesmo que houvesse relação de *confiança*, o advogado público, valendo-se de todos os recursos judiciais, com ânimo manifestamente protelatório, não poderia validamente defender a pretensão do seu cliente – que, por exemplo, resiste a devolver imposto recolhido *em duplicidade* ou a indenizar vítimas de danos causados *injustamente* por seus agentes. A moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF) constituiria empecilho a tais condutas que, para o direito infraconstitucional, configuram atos de má-fé processual (art. 17 do CPC).²⁴

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Advocacia pública, cit., p. 23.

24 Nos casos em que se verifique má-fé da Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sugere que o advogado público adote as seguintes posições: “1) Não tendo ele poderes para confessar, transigir, desistir, firmar compromisso, deve representar à autoridade competente; trata-se de *poder-dever*, ao qual o advogado não pode renunciar: primeiro, porque tem que alertar a autoridade sobre a jurisprudência existente e sobre a inutilidade da demanda; segundo, porque ressalva a sua própria responsabilidade em caso de condenação da Fazenda por litigância de má-fé; 2) Com relação aos *recursos*, a rigor, as leis conferem a atribuição de dispensar sua interposição a determinadas autoridades da própria Procuradoria; ocorre que, às vezes, o prazo é tão curto que não dá tempo para representar e aguardar a resposta, além do fato de que a existência de modelos prontos de recurso torna mais fácil a sua interposição do que o pedido de dispensa. Cabe lembrar, entanto, que os recursos judiciais estão sujeitos a pressupostos definidos em lei e a vinculação do procurador ao regime estatutário da Procuradoria não pode tolher a sua independência ao ponto de levá-lo a interpor recurso sem fundamento legal. A repetição desse tipo de recurso, principalmente perante os tribunais federais somente serve para desprestigiar a própria instituição da advocacia pública. Um recurso indevidamente interposto, principalmente nos casos em que é manifesto o seu não cabimento, enseja responsabilidade pessoal do procurador por litigância de má-fé e até por ineficiência no desempenho do cargo.” (Advocacia pública, cit., p. 25).

O Supremo Tribunal Federal também afirmou que a previsão da autonomia funcional levaria à possibilidade, sem autorização de superiores hierárquicos, de reconhecimento do direito posto em juízo. Na mesma esteira, salientou que o advogado público, uma vez garantida sua autonomia funcional, poderia expressar convicção contrária à pessoa de direito público da qual é procurador.

A esse respeito, cabe asseverar que a noção de *interesse público* não pode ser fixada a partir da singela ideia de que diz respeito à Administração ou à autoridade pública.

A autonomia funcional é uma garantia predestinada a proteger, da forma mais eficiente possível, o interesse público, que reside na coletividade, sua verdadeira e única titular.

O advogado público, funcionalmente autônomo ou não, *não tem poderes para, por si só, sem amparo legal, confessar, transigir ou firmar acordos*, pela simples razão de não titularizar, como senhor, o interesse público sob a sua cura. A ele toca tão somente *postular*, isto é, *representar* judicialmente o Estado. Não o fazendo, ou procedendo com incúria, vê-se colhido por uma série de normas sancionatórias, como, por exemplo, as estatutárias, que prevêm as faltas funcionais, o Código Penal, na parte que trata dos crimes contra a Administração Pública, e a Lei de Improbidade Administrativa. Se causar dano ao Estado por omissão, ação culposa ou dolosa, deve responder civilmente.

Com relação à inamovibilidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que figuram como únicos titulares dessa garantia constitucional os magistrados, os representantes do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Contas e os integrantes da Defensoria Pública, achando-se consequentemente excluídos desse rol taxativo todos os outros agentes do Estado (ADI n. 1.246), como se a proibição constante do artigo 60, parágrafo 4º, I, da Constituição Federal vedasse *aprimoramentos* no regime jurídico dos membros da advocacia pública, com o objetivo de alcançar uma técnica mais adequada para protegê-los de ingerências políticas no exercício de suas funções institucionais de representação judicial e extrajudicial da União e dos Estados e de controle de juridicidade das políticas públicas e dos atos administrativos.

A forma federativa do Estado brasileiro confere às unidades federadas competências constitucionais próprias, dentre as quais a de dispor sobre o regime jurídico da advocacia pública e seus agentes.

Ao tratar das *funções essenciais à justiça*, a Carta Política estabeleceu um *núcleo mínimo irredutível* de direitos, dentre os quais, por exemplo, a estabilidade dos procuradores do estado, após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias (art. 132, parágrafo único, da CF). No entanto, não esgotou o assunto. Remeteu o tratamento específico da matéria à vontade autônoma dos Estados membros.

O ordenamento constitucional federal, pois, ao conferir às unidades federadas, por meio da norma organizatória do artigo 132, a competência para institucionalizar, em caráter permanente e indelegável, a representação judicial e a consultoria jurídica, entregou-lhes o poder de normatizar o seu respectivo regime jurídico, com a previsão, em pormenores, de direitos, deveres, garantias, prerrogativas e impedimentos, na exata dimensão que o exercício das funções de postulação e de controle preventivo a cargo da advocacia pública e seus membros requer.

Como a ordem jurídica estadual deve municiar e instrumentar a advocacia pública e seus membros com garantias que tornem possível assegurar a juridicidade dos atos administrativos, a normatização do correspondente regime jurídico somente atenderá aos seus propósitos se se pautar pelos princípios da independência institucional e da autonomia funcional, ambos de extração constitucional.

O silêncio da Constituição acerca das garantias da advocacia pública e seus agentes, longe de significar uma renúncia normativa à sua regulação ou um desprestígio das instituições de controle intraorgânico do Poder Executivo, traduz uma opção, legítima, de remeter a disciplina minudente do regime jurídico dos advogados públicos à competência autônoma das unidades federadas.

Referido silêncio também não autoriza concluir que somente os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública foram aqui-nhoados com garantias, como a da inamovibilidade (arts. 128, § 5º, I, “b”, e 134, parágrafo único). Tal conclusão não tem qualquer amparo

lógico-constitucional, porque implica afetar, por via interpretativa oblíqua, a dignidade da função de controle jurídico do poder político, que, nos termos do artigo 132 da Constituição Federal, está confiada a instituição exercente de competência destacada dos tradicionais poderes do Estado.²⁵

25 Ainda que, pelo sistema constitucional de competências, a União não disponha do poder de legislar sobre normas gerais de advocacia pública (vide art. 24), mas somente sobre a organização e funcionamento da Advocacia Geral da União, mediante a edição de lei complementar, (art. 131, *caput*), e aos Estados federados caiba, sem interferência do poder central, a competência legislativa plena sobre a matéria, espera-se que o Congresso Nacional corrija a equivocada interpretação do Supremo Tribunal Federal e aperfeiçoe o sistema constitucional de controle intraorgânico do Poder Executivo, de modo que as políticas públicas tendam a melhor se ajustar à ordem jurídica e não apenas aos imperativos governamentais, que podem dissonar da constitucionalidade, da legalidade, da legitimidade e da licitude, únicos modos de proceder do Estado Democrático de Direito. A Proposta de Emenda Constitucional n. 82, de 2007, de autoria do deputado federal Flávio Dino, foi elaborada com esse propósito. Ela está em tramitação na Câmara dos Deputados e tem a seguinte redação: PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 82, DE 2007. (Do Sr. Flávio Dino e Outros). Acresce os artigos 132-A e 135-A e altera o artigo 168 da Constituição Federal de 1988. Artigo 1º - Ficam acrescentados os seguintes artigos 132-A e 135-A à Constituição Federal: “Artigo 132-A - O controle interno da licitude dos atos da administração pública, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, será exercido, na administração direta, pela Advocacia-Geral da União, na administração indireta, pela Procuradoria-Geral Federal e procuradorias das autarquias, e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais são asseguradas autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias. (NR). (...) Artigo 135-A - Aos integrantes das carreiras da Defensoria Pública, bem como da Advocacia da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, dos procuradores autárquicos e das procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão garantidas: a) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; b) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do artigo 39, parágrafo 4º, e ressalvado o disposto nos artigos 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, parágrafo 2º, I; c) independência funcional.” (NR) Artigo 2º - O artigo 168 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Artigo 168 - Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o artigo 165, parágrafo 9º da Constituição Federal.”(NR). Artigo 3º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.” **JUSTIFICATIVA.** Advocacia-Geral da União é a instituição constitucional que, no âmbito da administração direta federal, exerce a advocacia de Estado, função essencial à Justiça. No âmbito da administração indireta, a função é desempenhada pela Procuradoria-Geral Federal e pelos procuradores autárquicos. Assim, a aprovação da nova redação à Seção II do Capítulo das Funções Essenciais à Justiça mostra-se um avanço para o controle prévio de regularidade dos atos administrativos. Por outro lado, a atribuição de autonomias às entidades das esferas estaduais e municipais deriva do Princípio da Simetria. Sabe-se que a sistemática da Constituição da República preza pelo paralelismo

5 Conclusão

O discurso constitucional de 1988 é portador de muitas esperanças: a esperança de viver numa sociedade em que as pessoas sejam não apenas titulares de direitos nominalmente declarados, mas possam efetivamente exercê-los; a esperança de que o Estado não só reconheça a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, mas também implemente e assegure o desenvolvimento humano; a esperança de que a constitucionalidade, a legalidade, a legitimidade e a licitude valham mais do que proclamações vistosas a contentar os olhos, isto é, valham como fórmulas para a realização da síntese de todas as esperanças: a justiça, aspiração maior do Estado Democrático de Direito.

A advocacia pública insere-se nessa constelação de esperanças, nesse generoso projeto constitucional.

Por essa razão, muito se festejou, em livros, teses, artigos, conferências e congressos, o *status* de *função essencial à justiça* da advocacia pública, alvissareira inovação constitucional, densa de significação para a consolidação de um efetivo Estado de justiça.

A Constituição reconheceu a necessidade de haver uma instituição voltada a garantir que as ações e as políticas públicas empreendidas pelo Estado permaneçam confinadas aos quadrantes estabelecidos pela ordem jurídica e desenvolvam-se segundo os referidos modos de proceder – a constitucionalidade, a legalidade, a legitimidade e a licitude.

Mantida nos lindes constitucionais e legais, a atuação estatal logicamente se preordenaria a realizar as esperanças sociais escritas em bela retórica no artigo 3º da Constituição: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e

entre as instituições públicas nele contidas. Com isso, o Ministério Público Federal possui as mesmas autonomias e prerrogativas que os Ministérios Públicos Estaduais (§ 2º do art. 127), o mesmo ocorrendo com a Defensoria Pública. Dentro desse contexto, a autonomia funcional e as demais garantias previstas no texto da presente proposta de emenda à Constituição representam fator indispensável para que a função constitucional dos referidos órgãos seja alcançada pelos respectivos titulares. Finalmente, ressaltamos que as autonomias propostas são razoáveis e submetidas ao controle parlamentar, visando garantir melhores condições institucionais para que os membros da advocacia de estado exerçam suas funções em favor da sociedade, motivo pelo qual solicito o apoio dos nobres pares.”

regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como nem sempre o desígnio político governamental encontra esteio jurídico, as funções de acautelamento, promoção e defesa do interesse público constitucionalmente cometidas com exclusividade à advocacia pública operam como verdadeiro fator de *contrabalanço dentro do Poder Executivo*.

O diálogo entre ministros, secretários e demais agentes políticos com competência decisória, de um lado, e advogados públicos, de outro, apresenta, assim, a inegável virtude de conduzir a uma clarificação e maior correção jurídica das decisões de governo.

A processualização da formação das políticas públicas, com a possibilidade, a partir do pleno acesso a informações e dados de interesse coletivo ou geral, da participação e da intervenção da comunidade afetada, poderia obviar o cometimento de injuridicidades e atalhar consideráveis danos advindos da execução de atos destoantes do direito. A advocacia pública poderia atuar proficientemente nas fases embrionárias de ideação e formulação dessas políticas, por meio de pareceres sobre propostas de emenda constitucional, projetos de lei e minutas de atos normativos infralegais oriundos do Poder Executivo, e sobre sugestões, alternativas e contestações dos interessados. Esse juízo dar-se-ia sob o ângulo *exclusivamente jurídico*, pois a conveniência e a oportunidade da adoção da medida, por serem juízos ontologicamente políticos, são, por mandato constitucional expresso, da alçada exclusiva do governante, e não do advogado público.

Ao assegurar a conformidade constitucional, legal e moral das políticas públicas e dos correspondentes atos de execução, a advocacia pública decerto contribuiria para mitigar a ocorrência de vícios de inconstitucionalidade e demais questionamentos judiciais que tanto sobrecarregam o Poder Judiciário e oneram o erário.

6 Referências

ATALIBA, Geraldo; Giardino, Cleber. Inscrição de dívida ativa: função privativa dos advogados públicos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 20, p. 145-160, jun. 1983.

AZEVEDO, Sérgio de; MELO, Marcus André. A política da reforma tributária: federalismo e mudança constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 fev. 2010. DOI: 10.1590/S0102-69091997000300006.

CAMPOS, Francisco. Poder Judiciário – Garantias constitucionais – Administração Pública – Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo*, v. 62, p. 328-330, out./dez. 1960.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O renascer do direito*. 2. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEMO, Roberto Luis Lucchi. Advocacia pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 801, p. 699-738, jul. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), n. 3, p. 11-30, 1995.

_____. As carreiras jurídicas e o controle da administração pública. *Revista Jurídica de Osasco*, v. 3, p. 69-83, 1996.

_____. Autonomia das Procuradorias estaduais. *Apesp em Notícia*, São Paulo, ano 4, n. 41, p. 1-4, jan. 2002.

_____. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FARIA, Dárcio Augusto Chaves. A ética profissional dos procuradores públicos. *Revista Forense*, v. 321, p. 21-39, jan./fev./mar. 1993.

FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

FERREIRA, Pinto. O Ministério Público a Advocacia de Estado. *Revista de Informação Legislativa*, ano 24, n. 96, p. 201-232, out./dez. 1987.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; BARROS, Marcos Ribeiro de. O advogado público nas ações diretas de inconstitucionalidade. In ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Orgs.). *Advocacia de Estado e Defensoria Pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009. p. 201-208.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. A posição do Procurador do Estado nos quadros da Administração. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 9., 16 a 19 de nov. 1983, Guarujá, SP. *Anais...* São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1984. p. 365-378.

JOBIM, Nelson. *Relatoria da revisão constitucional: pareceres produzidos (histórico)*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1994. v. 2.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MACHADO, Márcia Rodrigues; STERMAN, Sonia. A posição do Procurador do Estado nos quadros da Administração. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 9., 16 a 19 de nov. 1983, Guarujá, SP. *Anais...* São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1984. p. 403-414.

MARINHO, Josaphat. Advocacia pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 2, p. 11-19, dez. 1983.

MELO, Edelamare Barbosa. A atividade funcional e judicial do procurador do estado no estado democrático de direito: garantias, dificuldades e obstáculos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, v. 14, p. 69-92, jul./dez. 1990.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MORAIS, Sílvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da defensoria pública*: Lei Complementar 80, de 12.1.1995 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 33, n. 129, p. 275-279, jan./mar. 1996.

_____. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coords.). *Advocacia de Estado*: questões institucionais para a construção de um estado de justiça. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23-52.

_____. Advocacia pública: realidade e perspectivas para o milênio. *Revista de Direitos Difusos*, ano 2, v. 10, p. 1.283-1.295, dez. 2001.

_____. A responsabilidade do Advogado de Estado. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Orgs.). *Advocacia de Estado e Defensoria Pública*: funções públicas essenciais à justiça. Curitiba: Letra da Lei, 2009. p. 111-138.

_____. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. 1992.

_____. As funções essenciais à justiça na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 43, p. 30-40, 1991.

_____. As provedorias de justiça no Estado contemporâneo: guardiãs da ética e da cidadania. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 20, n. 49, p. 11-36, 1993.

_____. Cidadania e advocacia no Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 50, p. 111-126, 1997.

_____. Ética e funções essenciais à justiça no presidencialismo moderno. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 120, p. 67-82, out./dez. 1993.

_____. Independência técnico-funcional da Advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 16, p. 3-23, 2006.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*. Lisboa: Lex, 1997.

PARÁ FILHO, Tomás. A advocacia do Estado. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 1., 1969, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 1969.

_____. Advocacia do Estado. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 5, p. 1-33.

_____. A advocacia do Estado e o controle de legalidade da administração pública. CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 5., 1973, Caxias do Sul, RS. *Anais...* . p. 45-56.

_____. A dignidade da advocacia e o poder público. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 9, p. 87-102, dez. 1978.

_____. Aspectos atuais da advocacia do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 2, p. 283-290, 1972.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. A advocacia do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 10, p. 73-89, jun. 1977.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 21-38.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes na Constituição de 76: alguns aspectos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e Procuradoria do Estado. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 3, p. 147-155, mar. 1999.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, ano 7, n. 18, p. 57-58, maio/dez. 1992.

_____. Advocacia de Estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 117, p. 187-202, jan./mar. 1993.

SILVA, Cláudio Lysias da. A relação hierárquica no âmbito das procuradorias municipais. *Revista Jurídica de Osasco*, v. 2, p. 67-75, 1995.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 22, n. 50, p. 11-15, 1994.

_____. A advocacia pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 57/58, p. 209-235, jan./dez. 2002.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a tutela das minorias parlamentares nos 20 anos da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 67/68, p. 187-240, jan./dez. 2008.

SILVEIRA, José Néri. Aspectos da Fazenda Pública em juízo no Estado de Direito Democrático. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 6, n. 3, p. 11-22, out./dez. 1999.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *O estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 16, p. 25-42, 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um estado de justiça*. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87-127.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos

Dora Maria de Oliveira Ramos¹

Sumário: 1 Introdução. 2 As relações de sujeição geral e de sujeição especial. 3 Distinção entre ilícitos penais e ilícitos administrativos. 4 O regime jurídico dos ilícitos administrativos. A base principiológica da atuação sancionatória estatal. 5 O princípio da legalidade e da tipicidade nos ilícitos administrativos. 6 A deslegalização e a remissão normativa no contexto da legislação de concessões de serviços públicos. 6.1 A deslegalização. 6.2 A remissão normativa.

1 Introdução

O direito reconhecido ao Estado de punir as condutas socialmente indesejadas, quando configuradoras de ilícitos penais, é atribuído ao Poder Judiciário, por meio de seus juízes criminais.

À Administração Pública, enquanto organizadora da vida social, são atribuídas tarefas de gestão que envolvem a prestação de serviços

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Autora do livro *Terceirização na Administração Pública* (São Paulo: LTr, 2001). Coautora dos livros: *Temas polêmicos sobre licitações e contratos* (5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001) e *Direito regulatório* (Belo Horizonte: Fórum, 2003).

públicos, o exercício do poder de polícia, o fomento de atividades reputadas relevantes para o contexto social e a intervenção.²

Nesse contexto das atividades estatais, para garantir a efetividade da atuação administrativa e reconhecendo-se que a Administração Pública conjuga o interesse público (ou a pluralidade dos interesses públicos envolvidos no contexto social, como se tem dito), são a ela atribuídos poderes sancionatórios.

A efetividade da atuação estatal fica muitas vezes dependente do preestabelecimento de sanções que conduzam ao cumprimento das diretrizes traçadas pela Administração Pública. O descumprimento dessas regras pode configurar crime, passível de punição pelo juiz criminal, de acordo com as leis específicas regedoras das matérias, como são exemplos os crimes ambientais (Lei n. 9.605, de 12.02.1998) e os crimes relacionados às licitações (Lei n. 8.666, de 21.06.1993).

Não raras vezes, no entanto, as infrações ficam restritas à área administrativa, gerando ilícitos de caráter não penal, sancionados pela própria Administração Pública.

Este estudo procura explicar o fundamento de validade da atividade sancionatória da Administração Pública em matéria de concessão de serviço público, na medida que o laconismo legal sobre o tema dá a impressão de que as normas legais autorizariam a delimitação de ilícitos e sanções por atos infralegais, em um processo conhecido no direito comparado como deslegalização. Para isso, os esforços deste artigo estão centrados no estabelecimento de balizas que identificam os ilícitos administrativos, diferenciando-os dos ilícitos penais, na tentativa de identificar os princípios que lhes sejam comuns. Procura-se, a partir dessa base, introduzir a discussão sobre os princípios da legalidade e da tipicidade, questão que se mostra especialmente relevante quando se percebe o laconismo das leis regedoras das concessões administrativas em matéria de sanções.

Para bem entender a questão, é preciso introduzir a noção de que o poder sancionatório da Administração em matéria de concessão de

2 Segmentação das atividades administrativas estruturada, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54).

serviço público tem origem no vínculo contratual estabelecido entre as partes, a partir de uma relação especial de sujeição.

2 As relações de sujeição geral e de sujeição especial

O tema das relações de sujeição tem sua origem doutrinária na Alemanha. Otto Mayer foi um dos primeiros a formular a teoria, ao referir-se à distinção entre “relações de sujeição particular” e “relações coletivas do direito público”. As primeiras são relações de direito público em que o indivíduo está vinculado ao Estado por uma obrigação geral de reger sua conduta, conforme um certo interesse coletivo, por normas de efeitos gerais detalhadas por atos infralegais. O exemplo típico é a situação do funcionário público. Essas normas regedoras das relações de sujeição particular atingem pessoas que têm em comum uma peculiar relação com a Administração. As chamadas “relações coletivas” decorrem de imposições formuladas em nome do interesse público a uma pluralidade de indivíduos, como é característica das relações que o Estado mantém com o contribuinte de impostos.³

Ainda no direito alemão, Konrad Hesse refere-se ao tema, ao cuidar das relações de *status especial*, conceito que envolve relações que fundamentam um vínculo mais estreito do particular com o Estado, gerando deveres e direitos especiais, distintos daqueles próprios dos cidadãos em geral, casos típicos das relações com os funcionários públicos, soldados, alunos de escola pública e presos.⁴

Na Itália, Renato Alessi observa que, ao lado da posição de supremacia geral exercida pela Administração sobre todos os administrados, como expressão do poder de império que lhe é próprio, limitado pela preexistência de uma norma jurídica que lhe confira esse poder e que objetive a satisfação do interesse público primário, existem relações submetidas a uma supremacia especial, marcadas por uma vinculação mais acentuada do particular ao Poder Público.⁵

3 MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*: parte general. Tradução do original francês de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 1, p. 144-145.

4 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 259.

5 ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949. p. 185-192.

Nessas vinculações especiais, há a inserção material e jurídica do particular na esfera administrativa, a justificar uma regulação própria, diversa da simples submissão ao geral poder de império estatal. Exemplos dessa especial sujeição, segundo Alessi, ocorrem no exercício de uma função pública ou de um serviço público, bem como nas hipóteses em que o particular usufrui a prestação de um serviço público (caso dos estudantes de estabelecimentos públicos de ensino, usuários de uma biblioteca ou frequentadores de um museu).

As relações de sujeição geral surgem, por exemplo, do exercício do poder de polícia. As sanções previstas no ordenamento jurídico para coibir condutas gravosas à boa ordem social estão inseridas no contexto das regras de polícia. No entanto, existem situações em que essas normas gerais, decorrentes do simples poder de império estatal, não são suficientes para disciplinar convenientemente as relações jurídico-administrativas, exigindo um disciplinamento próprio, mais específico.

Exige-se que a referida inserção do particular na esfera administrativa ocorra em caráter de “permanência e continuidade”, a recomendar o condicionamento da sua conduta para garantir a eficiência da prestação do serviço.

A posição de supremacia especial reconhecida à Administração tem como corolário a existência de poderes específicos de disciplinamento da conduta privada. Há, assim, o poder de editar normas internas, de observância obrigatória por aquele que se encontra em posição de sujeição especial. Nessa categoria enquadram-se as instruções emanadas do superior hierárquico para seus subordinados com caráter de generalidade (portarias, ordens de serviço, circulares), bem como os regulamentos internos de caráter disciplinar.

Ao lado do poder de editar normas para disciplina interna, há também o poder de emanar ordens individuais, o poder de fiscalizar o cumprimento das normas, de forma a assegurar o bom funcionamento do serviço, e, por fim, o poder de sancionar os desvios de conduta.

Esse poder de sancionamento próprio das relações de supremacia especial tem fundamento no poder disciplinar reconhecido à Administração Pública, que não se confunde com o poder punitivo decorrente do exercício do poder de polícia.

Essa diversidade de fundamento do poder punitivo reflete, na visão de Alessi, as seguintes consequências: a) é possível o exercício cumulativo dos dois poderes sem que reste violado o princípio do *non bis in idem*; b) não tem aplicação à responsabilidade disciplinar o princípio próprio do direito penal *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; ademais, dada a independência do ordenamento penal em relação ao disciplinar, a aplicação subsidiária dos princípios de direito penal ao direito disciplinar apenas é possível se a norma refletir preceito que “possa encontrar acolhimento também no direito disciplinar”. Assim, as regras previstas unicamente no ordenamento penal apenas são aplicáveis no âmbito das relações disciplinares se tiverem correlação com a natureza de ambos os poderes punitivos.

O sancionamento decorrente das relações de supremacia especial, de caráter disciplinar, se diferencia, assim, da responsabilidade civil e penal, cada uma comportando um procedimento distinto e autônomo. Ademais, a sanção decorrente dessa supremacia especial deve atingir o apenado na sua relação específica com o Poder Público, isto é, a pena deve incidir sobre esse relacionamento próprio, impondo restrições ou fazendo cessá-lo.

No direito espanhol, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández também reconhecem existir dois tipos de liame que unem os administrados ao Poder Público. A simples caracterização do indivíduo como habitante de uma região o qualifica como administrado, sujeito ao genérico poder de império estatal. Esse mesmo cidadão, no entanto, pode desenvolver relações outras com o Poder Público, em função de um especial *status* por ele protagonizado, que peculiariza esse relacionamento. Surgem assim, respectivamente, as relações de sujeição geral e as relações de sujeição especial.⁶

Esse *status* especial que qualifica o administrado pode ser de diversas ordens, submetendo aquele que nele se enquadrar a um conjunto próprio de regramentos, denominado de “ordenamentos setoriais”.⁷

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 2, p. 19.

7 *Ibidem*, v. 1, p. 198, e v. 2, p. 20-21.

Observam esses autores que a disciplina interna de um serviço ou de uma corporação não pode se dar à margem da legalidade. Não obstante, pode haver “uma dedução de poderes implícitos entre os outorgados pela lei de uma maneira geral” ou uma margem ampliada do papel do regulamento ao desenvolver o conteúdo da lei, sem no entanto admitir que ele represente uma extensão do conteúdo normativo da lei.⁸

Alejandro Nieto também se refere às relações especiais de sujeição como caracterizadoras de um peculiar liame entre o administrado e o Poder Público, decorrente do poder de organização interna dos serviços públicos, e que não se confunde com o genérico *ius puniendi* estatal.⁹

O reconhecimento de um determinado liame jurídico como relação especial de sujeição, no entanto, alerta Alejandro Nieto, não tem como consequência a negação de aplicação de princípios protetivos dos direitos individuais, usualmente invocados no sancionamento dos delitos penais. A jurisprudência espanhola fala em matização dos preceitos penais quando de sua aplicação às relações administrativas marcadas por uma sujeição especial¹⁰. Essa questão é colocada, em geral, na aplicação dos princípios da legalidade e tipicidade, tendo em vista sua peculiarização, quando aplicáveis às relações de sujeição especial.

Essa matização reconhecida pela jurisprudência espanhola significa que no seio das relações de sujeição especial há um campo maior para a integração do comando legal pelo regulamento administrativo, além de ser reservado à Administração um poder mais amplo de valoração das questões envolvidas.¹¹

Entre nós, o tema é tratado com mais profundidade por Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho, além de ser questão expressamente veiculada nos estudos realizados por Régis Fernandes de

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 21.

9 NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000. p. 223-224.

10 Ibidem, p. 227-228.

11 Ibidem., p. 228.

Oliveira¹², Daniel Ferreira¹³, Alberto Martins¹⁴, Fábio Medina Osório¹⁵, Eduardo Rocha Dias¹⁶, Heraldo Garcia Vitta¹⁷, José Roberto Pimenta Oliveira¹⁸ e Alexandre Santos de Aragão.¹⁹

Marçal Justen Filho cuida do tema, ao relacioná-lo com os ordenamentos jurídicos setoriais. Específicos grupos sociais são regidos por um conjunto de normas próprias, vinculadas sempre aos princípios jurídicos fundamentais. Quanto mais complexas e especializadas as atividades desenvolvidas, maior a intervenção regulatória exigida do Estado. Essa intervenção estatal não se faz pela instituição de um regime específico com intuito de beneficiar uma determinada categoria social. O fim visado é a tutela de valores fundamentais da sociedade.²⁰

O autor aponta como exemplo de relação especial de sujeição o regime a que se submetem as instituições financeiras. Outro exemplo mencionado é o dos concessionários de serviços públicos, submetidos a poderes excepcionais atribuídos à Administração.

A “impossibilidade material” e a “inconveniência social” de exaustiva regulação legislativa da atividade desses grupos fundamentam a concessão de um poder normativo específico à Administração para regular essas atividades. Esse conjunto normativo dá origem a um regime

12 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 17-21.

13 FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35 e ss.

14 MARTINS, Alberto. Os princípios do processo sancionatório na Lei paulista 10.177/98. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo (Orgs.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 167-186.

15 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 61 e 202-203.

16 DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 19-20 e 62-73.

17 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 72-94.

18 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e serviços de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 339-340.

19 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 139-143.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 532-534.

denominado de estatutário, caracterizado por uma “menor densidade normativa” das leis aplicáveis, porque maior o campo reservado à avaliação discricionária do administrador.²¹

Celso Antônio Bandeira de Mello igualmente diferencia as relações de sujeição especial daquelas decorrentes do exercício do poder de polícia, classificáveis como de sujeição geral. Nas relações de sujeição especial, a existência de um vínculo específico entre o particular e a Administração é o fundamento de poderes administrativos que, para serem exercidos, não precisariam ser extraídos diretamente da lei. O substrato legal nas relações de sujeição especial é mais tênue, na medida que são admitidas formulações genéricas, a serem detalhadas em sede administrativa, via emissão de regulamentos de organização. Nesses casos, o detalhamento legislativo seria “impossível, impróprio e inadequado”.²²

Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, em consequência, que os poderes administrativos decorrentes das relações especiais de sujeição estão sujeitos aos seguintes condicionamentos: a) têm fundamento remoto de validade em lei que, explícita ou implicitamente, tenha atribuído à Administração o poder de normatizar a matéria; b) encontram fundamento imediato na própria relação de sujeição especial; c) as disposições editadas devem ser instrumentais à consecução dos fins almejados; d) as regras devem, ainda, guardar conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e) devem ditas disposições, também, ter seu objeto atrelado ao tema subjacente à relação especial.²³

Decorre de todo o exposto que as relações especiais de sujeição, afastado o pressuposto autoritário encontrado em suas origens, têm relevante aplicação prática em nossos dias, explicando um maior poder normativo atribuído à Administração.

A caracterização de uma relação como de especial sujeição não afasta a exigência de observância do princípio da legalidade. Não obstante, presente a sujeição especial, o âmbito da atuação discricionária da

21 JUSTEN FILHO, Marçal, *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 534-536.

22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 816-820.

23 *Ibidem*, p. 820-821.

Administração se alarga, ampliando-se o terreno sobre o qual as normas administrativas poderão avançar.

Assim, nas relações gerais de sujeição há uma subordinação inespecífica ao Poder Público, decorrente da simples soberania estatal. As relações especiais, por seu turno, são caracterizadas pela existência de um peculiar liame que vincula o administrado ao Estado, subordinando-o a um específico feixe normativo. Seu âmbito próprio de aplicação se faz presente nas situações em que o particular se encontra inserido no seio do poder estatal, submetido a um regime próprio de subordinação mais intensa. Diz-se que nessas hipóteses a Administração goza de um poder de auto-organização que lhe confere maiores prerrogativas. Exemplo flagrante de relação especial de sujeição é o do servidor público, mas nela podem ser enquadrados também os presidiários, os que cumprem serviço militar e os usuários de serviços públicos. Nesse tópico, este trabalho não distingue entre relações “internas” ou “externas” para caracterizar o usuário do serviço público como sujeito a uma relação de sujeição especial. Também os usuários dos serviços de água, esgoto, luz, gás e limpeza pública, sujeitam-se ao específico feixe normativo editado pela Administração para reger as condições de utilização desse serviço. Assim, por exemplo, devem manter o marcador de consumo em determinadas condições e realizar o pagamento de suas contas nas condições fixadas.

Igualmente os que celebram contratos com a Administração Pública peculiarizam relação de sujeição especial, submetidos que estão a um peculiar regime diretivo do Estado.

Há quem sustente que não existiria justificativa para o estudo destacado das infrações administrativas no contexto das relações especiais de sujeição, na medida que “o tratamento normativo é o mesmo para qualquer tipo de infração”.²⁴

Não obstante, é inegável que a questão ganha uma feição própria quando estudada nesse contexto. Não que as relações de sujeição especial devam refletir um Estado autoritário, dissociado do princípio da

24 Nesse sentido: OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 19. No mesmo sentido a posição de Daniel Ferreira (*Sanções administrativas*, p. 40).

legalidade. Mas, no seu âmbito, admite-se uma ampliação do poder discricionário da Administração.

Em matéria de atuação sancionatória da Administração, esse maior espaço para a apreciação discricionária do administrador se reflete, *v.g.*, na tipificação aberta dos ilícitos administrativos.

Dessa forma, o tema das relações especiais de sujeição, âmbito no qual se inserem as questões tratadas neste estudo, está subjacente às discussões que se seguem. *Chega-se, então, à primeira conclusão deste trabalho: o poder sancionatório da Administração Pública em matéria de prestação de serviços públicos é exercido no seio das relações especiais de sujeição. Tanto o concessionário e o permissionário estão vinculados à Administração por um especial vínculo, que os sujeitam aos poderes estatais nesse contexto de ampliação do campo de atuação discricionária, como também os usuários do serviço estão, enquanto tais, vinculados a essa sujeição especial. No seio das relações especiais de sujeição admite-se a edição pela lei de formulações genéricas, deixando espaço para a edição de regulamentos administrativos de organização.*

3 Distinção entre ilícitos penais e ilícitos administrativos

Assentada a distinção entre relações de supremacia geral e de supremacia especial, a continuidade do presente estudo exige seja firmada a distinção entre ilícitos penais e ilícitos administrativos e, por via de consequência, a diferença entre sanção penal e sanção administrativa.

Entende-se por ilícito o comportamento omissivo ou comissivo contrário a regra fixada em norma jurídica. Sanção, no sentido que se adota no presente estudo, é a aflição imposta pelo direito ao transgressor de seus comandos. No dizer de Zanolini, é a consequência danosa que o legislador prevê contra aquele que viola a norma, como meio de restaurar a ordem jurídica, restabelecendo a autoridade da norma violada.²⁵

Em linhas gerais, fala-se na existência de ilícito civil, que atinge primordialmente a esfera patrimonial dos agentes envolvidos, regido pela

25 ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca, 1924. p. 2.

lei civil e calçado nas noções de ação ou omissão voluntária, ligadas por um vínculo de causalidade a um dano moral ou patrimonial.

Distingue-se o ilícito civil do ilícito penal. Enquanto a sanção civil objetiva primordialmente a recomposição dos prejuízos de caráter moral ou patrimonial causados ao lesado, o ilícito penal tem por objeto a genérica proteção da sociedade e a preservação da paz social. Justapõem-se, aqui, o interesse privado da vítima, salvaguardado pela sanção civil, e o interesse geral da sociedade, preservado pela sanção penal²⁶. Se a sanção civil objetiva a reparação do dano sofrido pela vítima, a sanção penal destina-se a restaurar a normalidade social, punindo o agente transgressor da boa ordem.²⁷

Como figura distinta das anteriores, surge o ilícito administrativo, caracterizado pela infração a deveres estabelecidos pelas leis administrativas. Nesse campo, fala-se em ilícito administrativo puro, em que a conduta atinge apenas a ordem interna da Administração, e ilícito penal administrativo, em que a conduta é punida tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal, porque a ação ou omissão atinge concomitantemente a sociedade e a Administração.²⁸

No campo do ilícito administrativo, podem-se distinguir as sanções de autoproteção, destinadas a punir as transgressões à ordem interna da Administração e decorrentes das relações especiais de sujeição, e as sanções protetoras da ordem geral, calcadas nas relações de sujeição geral e que muito se aproximam das sanções penais.²⁹

No aspecto teórico, pode-se discutir se há uma definição substantiva de ilícitos administrativos que os tornem substancialmente diferentes dos ilícitos penais. Dividem-se os doutrinadores entre os que não vêem diferença de essência entre as figuras, centrando as distinções em aspectos

26 ZANOBINI, Guido, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 5-6.

27 BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1, p. 562; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 7, p. 18-20.

28 CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 47.

29 Distinção feita por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (*Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 165-167) e lembrada por José Suay Rincón (*Sanciones administrativas*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989. p. 37).

meramente quantitativos, ligados à gravidade da transgressão ocorrida, e os que entendem haver nas figuras em exame distinções de fundo. Discussão correlata a essa está em saber se os princípios de direito penal podem ser indistintamente aplicados aos ilícitos administrativos.

A ideia de que os conceitos seriam essencialmente diferentes tem sua origem na doutrina alemã de James Goldschmidt. Esse autor entende que os ilícitos penais provocam dano a um bem jurídico concreto, ao passo que os ilícitos administrativos representam mera omissão ao dever de obediência às normas administrativas. A relevância desses, por via de consequência, está limitada aos interesses administrativos, que não constituiriam bens jurídicos.³⁰

Garrido Falla, na mesma linha de raciocínio, entende que na qualificação dos ilícitos, o legislador não tem livre arbítrio, mas utiliza-se de critério que leva em conta o aspecto material da conduta. Assim, ilícitos administrativos são as transgressões que abrangem um campo cuja competência é atribuída à Administração.³¹

Entre os autores nacionais, José Cretella Júnior, Edmir Netto de Araújo, Hely Lopes Meirelles e Romeu Felipe Bacelar Filho defendem a ideia de existência de diferenças essenciais entre os dois ilícitos.

Cretella Júnior aponta ainda que a distinção entre ilícitos administrativos e penais está centrada na autoridade que comina a sanção. Enquanto o ilícito administrativo é sancionado por autoridade administrativa ou colegiado para isso competente, o ilícito penal é apreciado no âmbito do Poder Judiciário.³²

Esse autor aponta, ademais, que o ilícito penal está submetido de forma mais rigorosa ao princípio da legalidade, ao passo que a autoridade administrativa desfruta de maior flexibilidade na avaliação do ilícito, na medida que pode haver punições em virtude de infrações a deveres ou princípios, mesmo que não exista disposição estatutária precisa.

30 SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, cit., p. 87-89.

31 GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. v. 2, p. 200.

32 CRETELLA JÚNIOR, José, *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 46.

Alinha-se Cretella Júnior, com o expresso apoio da doutrina de Edmir Netto de Araújo³³, entre os autores que entendem haver diferenças ontológicas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo puro. Observa Cretella que nos ilícitos administrativos puros, que se exaurem na própria esfera administrativa, a diferença entre as duas figuras é de substância, na medida que não se confundem os campos do direito administrativo e do direito penal. Apenas se o ilícito avançar sobre a esfera penal, fugindo do âmbito do Executivo, passaria a existir mera diferença de grau entre as espécies, constituindo o ilícito administrativo um *minus* em relação ao ilícito penal. Na visão do autor, as duas figuras estariam em órbitas jurídicas diversas. No ilícito penal administrativo, no entanto, haveria uma mesma figura, apreciada sob dois prismas diferentes. Nessa hipótese, existiria apenas uma variação quantitativa.³⁴

Também Romeu Felipe Bacellar Filho³⁵ e Hely Lopes Meirelles vêem diferenças de substância entre as figuras. Daí porque, na lição de Hely Lopes Meirelles, não se poder falar em *bis in idem* na conjugação de sanções penais e administrativas pelo mesmo ato.³⁶

Bacellar Filho vê fundamento constitucional para a distinção apreendida, na medida que “não haveria sentido na previsão constitucional de linhas gerais de um regime administrativo sancionatório, se este não contasse com fundamentos diversos do direito penal”, como seria exemplo o artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal, que prevê sanção administrativa sem prejuízo de outras sanções judiciais cabíveis.³⁷

Os autores que defendem a ideia da inexistência de diferenças substanciais são, no entanto, a maioria.

33 ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 25.

34 CRETELLA JÚNIOR, José, *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 47-52.

35 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 32-33.

36 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121.

37 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit., p. 32-33.

Guido Zanolini assinala que a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo tem assento em um critério prático: as sanções administrativas são aquelas que, por força de lei, têm sua aplicação reservada às autoridades administrativas, decorrendo, por via de consequência, de ato administrativo. As sanções penais, decorrentes dos ilícitos praticados em violação às leis penais, são aplicadas pelas autoridades judiciais, por meio de ato jurisdicional.³⁸

García de Enterría e Ramón Fernández apontam esse elemento formal subjetivo como distintivo entre as sanções penais e administrativas: aquelas são impostas pelos “tribunais penais” e estas são cominadas pela própria Administração³⁹. Assim, é o legislador que define as infrações que dão origem a sanções administrativas, com base em critérios de política criminal, até porque muitas vezes as sanções administrativas atingem gravidade maior do que as sanções penais, como ocorre, por vezes, com as multas pecuniárias.⁴⁰

Acrescentam os mestres espanhóis que a distinção entre umas e outras está na circunstância de terem finalidades diversas. As sanções penais objetivam a reeducação e a reinserção social do infrator, ao passo que as sanções administrativas têm uma “finalidade repressiva mais pragmática”.⁴¹

Em consequência, entendem Enterría e Fernández que ilícitos penais e administrativos decorrem da mesma expressão do poder punitivo estatal, não existindo a pretendida diferença substantiva entre as figuras.⁴²

José Suay Rincón igualmente não vê distinção substancial entre as espécies, na medida que são ambas expressões do mesmo poder

38 ZANOLINI, Guido. Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale. In: *Scritti vari di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 139-140. O autor expressa a mesma ideia em seu *Le sanzioni amministrative*, p. 38-41.

39 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 159.

40 Ibidem, p. 162.

41 Ibidem, p. 162.

42 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., v. 2, p. 163. Também sobre a matéria: SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, p. 87-97.

punitivo estatal e objetivam a proteção de idêntico bem jurídico. Em consequência, as sanções administrativas são regidas pelos mesmos princípios que ordenam o direito penal. Adverte o autor, porém, que não são todos os princípios de direito penal que se aplicam aos ilícitos administrativos. Ademais, nem todos os princípios aplicáveis têm a mesma extensão que assumem no âmbito penal, como acentua a jurisprudência espanhola ao destacar a aplicação dos princípios penais com “matizações”.⁴³

Rincón define sanção administrativa como aquela imposta pela Administração para punir uma conduta contrária à lei, a partir de um procedimento administrativo com finalidade puramente repressora. Como se vê, a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal está centrada na autoridade com poder de punir (elemento subjetivo), bem como nos instrumentos que para tanto se vale: processo administrativo em oposição a processo penal (elemento formal).⁴⁴

Alejandro Nieto admite a ideia de que o poder de sancionar é inerente ao poder de gestão reconhecido à Administração⁴⁵ e que existe um supraconceito de ilícito, que engloba duas variantes: o ilícito penal e o ilícito administrativo.⁴⁶

Essa ideia de supraconceito conduz à identidade substancial das noções de ilícito penal e administrativo. A diferença entre um e outro é traçada pelo ordenamento jurídico. Aponta o autor, no entanto, que, a despeito dessa identidade ontológica, existe uma diversidade de regime jurídico, a justificar a aplicação dos princípios de direito penal ao direito administrativo de caráter sancionatório com as matizações próprias do regime jurídico administrativo.

Entre os autores brasileiros, Miguel Maria de Serpa Lopes observa que mesmo entre o ilícito penal e o ilícito civil, a despeito das diferenças de regime entre um e outro, não se pode falar em diferenças ontológicas porque ambos constituem variantes da mesma categoria de ilícitos. O

43 SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, cit., p. 31-32 e 201-202.

44 Ibidem, p. 55-56.

45 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 91-96.

46 Ibidem, p. 148-149.

enquadramento da ação ou omissão como ilícito penal ou civil é questão de política legislativa.⁴⁷

Régis Fernandes de Oliveira não identifica distinções substanciais entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, acentuando que a diferença é apenas uma questão de grau, variante em função da “maior ou menor repulsa do ordenamento jurídico à ação ou omissão antijurídica”.⁴⁸

Ao apontar os traços distintivos entre eles, adere Fernandes de Oliveira à ideia de que a distinção é meramente formal. Entende o autor que haverá sanção administrativa se a apuração da infração resultar de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, atuando a Administração como parte interessada e assumindo o ato sancionatório características próprias da atividade administrativa, isto é, revestindo-se de presunção de legalidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.⁴⁹

Assim, a diferença entre um e outro decorre exclusivamente da lei, que ditará o regime jurídico próprio de cada um.⁵⁰

O Ministro Celso Mello, em voto proferido, foi taxativo ao apontar a inexistência de distinção ontológica entre os ilícitos, razão pela qual é possível a submissão do mesmo fato “a regimes jurídicos autônomos e diversos: o regime de direito penal, o regime de direito administrativo-disciplinar e o regime de direito civil” (STF – MS n. 21.294-2/DF Pleno, j. 23.10.1991, *DJ*, de 21.09.2001).

Em conclusão, parece forçoso reconhecer que a tese que melhor reflete a realidade, a despeito da respeitabilidade dos que defendem posição diversa, é aquela majoritariamente apontada pela doutrina, que não vê distinção de essência entre os ilícitos penais e administrativos.

Reconhecida a existência de ilícitos administrativos decorrentes das relações de sujeição geral, não há como pretender ver nessas infrações mera violação de valores de ordem interna da Administração. O bem

47 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5, p. 161.

48 OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 6-7.

49 Ibidem, p. 7.

50 Ibidem, p. 32.

jurídico protegido na vedação de apropriação de coisa alheia (configuradora de crime) é o mesmo bem protegido quando sancionada a violação à norma de polícia administrativa, ou quando cominada sanção ao servidor público faltoso. As sanções administrativas têm finalidade idêntica à que move o ordenamento jurídico na edição das sanções penais: o restabelecimento da paz social e a repressão do violador da norma jurídica.⁵¹

Ademais, a identidade entre ilícito penal e ilícito administrativo decorre da constatação, bem sintetizada por Suay Rincón, de que a Administração está sujeita à lei, razão pela qual o ordenamento administrativo não forma um corpo legislativo ordenador de um universo separado do “ordenamento geral”, no sentido de que os fins perseguidos pelo ordenamento administrativo não são editados em função simplesmente da satisfação dos interesses próprios da Administração, mas sim na busca da consecução dos interesses gerais.⁵²

O argumento decisivo para essa conclusão reside no fato de o ordenamento jurídico, segundo os valores presentes na sociedade em dado momento histórico, poder optar pela repressão a determinada conduta, pela aplicação do ordenamento penal, ou pelo mero enquadramento como sanção administrativa. Nesse sentido a chamada lei italiana de despenalização, Lei n. 689, de 24 de novembro de 1981.⁵³

A conclusão que aqui se chega não encontra óbice na ideia sedimentada na doutrina e na jurisprudência, da independência das instâncias penal e administrativa. Fruto ambas do mesmo poder estatal, têm idêntico substrato material. A distinção formal que as alimenta, no entanto, implica o reconhecimento da independência das instâncias e justifica a cominação cumulativa das sanções, sem a invocação do princípio *non bis in idem*, na medida que os regimes jurídicos regedores da matéria são diversos.

O sentido prático de reconhecer a identidade entre os ilícitos penais e administrativos é o de invocar, em matéria de ilícitos administrativos, os mesmos princípios de direito penal, na medida que falta ao direito

51 Nesse mesmo sentido, a lição de José Suay Rincón (*Sanciones administrativas*, cit., p. 81).

52 SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, cit., p. 79-81.

53 Nessa mesma linha a conclusão de Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 153).

administrativo sancionatório uma maior sedimentação de seus princípios próprios. Nesse vácuo, os princípios de direito penal são invocados para superar o ranço historicamente autoritário que muitas vezes se encontra na Administração Pública.

De qualquer forma, mesmo reconhecendo-se a identidade do *jus puniendi* estatal, não se pode concluir pela mera importação sem maior critério dos princípios penais ao direito administrativo de caráter sancionatório, na medida que, embora essencialmente idênticos, ilícitos penais e administrativos estão submetidos a regimes jurídicos diversos⁵⁴, como será analisado mais adiante.

Em síntese, portanto, a segunda conclusão deste trabalho é a de reconhecer que existe um poder sancionatório de caráter geral, atribuído ao Estado, do qual se destacam como espécies as infrações à ordem penal, dando origem aos ilícitos penais, e as infrações à ordem administrativa, dando origem aos ilícitos administrativos.

4 O regime jurídico dos ilícitos administrativos.

A base principiológica da atuação sancionatória estatal

Partindo do pressuposto de que os ilícitos descendem de um mesmo tronco comum oriundo do genérico direito de punir atribuído ao Estado, conclui-se que ilícitos administrativos e penais são regidos por uma base principiológica comum.

Não obstante constatada a mesma origem, é forçoso reconhecer que cada um dos ilícitos tem características próprias, que os distinguem, tornando necessária a particularização dos princípios aplicáveis a cada um.

Como afirma Alejandro Nieto, pode o ordenamento jurídico dar tratamento diverso a seres essencialmente iguais⁵⁵. Na verdade, o direito não proíbe distinções entre os administrados. Proíbe apenas as distinções não compatíveis com o princípio da razoabilidade.

⁵⁴ Nesse sentido: NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 174-175; OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 7; e OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 117.

⁵⁵ NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 151-153.

O melhor exemplo dessa situação é o caso dos funcionários públicos e dos empregados públicos. Essencialmente iguais, ambos prestam serviços à Administração, mas são, no entanto, diferenciados pelo ordenamento jurídico, que lhes atribui regimes jurídicos diferentes. Assegura-se ao funcionário público, detentor de cargo público, um conjunto de prerrogativas que não são reconhecidas aos empregados celetistas da Administração Pública, como, por exemplo, o direito à estabilidade.

Colocada a questão nesses termos, podem ser reconhecidos outros exemplos de situações em que, respeitados os pressupostos constitucionais do princípio da igualdade, constata-se que a legislação dá tratamento diverso a seres essencialmente iguais. Assim, *u.g.*, ainda que homens e mulheres sejam integrantes da espécie humana e, portanto, dotados de caracteres comuns, que os tornam essencialmente iguais, cada qual tem características próprias que os peculiarizam, fazendo com que seja possível ao ordenamento jurídico, a partir dessas desigualdades, atribuir a eles tratamento diverso. Em nosso país, por exemplo, homens e mulheres têm deveres e direitos diferentes em matéria de serviço militar e tempo de serviço para aposentadoria.

É de se reconhecer, pois, como plenamente aceitável que o direito preveja regimes jurídicos diversos para os ilícitos penais e administrativos, independentes da comum essência dos mesmos.

Neste ponto, invoque-se, uma vez mais, o voto vencedor do Ministro Celso de Mello, ao apontar que a identidade ontológica entre os ilícitos não invalida a possibilidade de distinta submissão da matéria a regimes jurídicos diversos (STF – MS n. 21.294-2/DF, Pleno, j. 23.10.1991, *DJ*, de 21.0.2001).

Decorre do exposto que não devem ser transplantados automaticamente os princípios de direito penal ao direito administrativo de caráter sancionatório. Nesse sentido, não só a já citada lição de Alejandro Nieto, como também as observações de Medina Osório⁵⁶ e Daniel Ferreira⁵⁷, entre outros.

56 OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 134-135.

57 FERREIRA, Daniel, *Sanções administrativas*, cit., p. 86.

No lugar da simples e cômoda invocação da analogia para explicar a aplicação de princípios próprios do direito penal ao direito administrativo sancionatório, é necessário buscar regras próprias de um direito sancionatório de caráter geral, gênero do qual o direito penal e o direito administrativo de caráter punitivo são espécies.

Idêntico raciocínio leva Alejandro Nieto a afirmar que, embora na prática seja corrente a ideia de prevalência do direito penal sobre o direito administrativo sancionador, como ambos são manifestações iguais e paralelas de um direito punitivo comum, não é correto afirmar a prevalência dos princípios de direito penal sobre os de direito administrativo. Na visão do autor, a transposição normativa deve se dar nas duas direções, como um mecanismo de vasos comunicantes.⁵⁸

Nesse sentido, como observa Alejandro Nieto, o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo de Espanha têm decidido com frequência, já há algum tempo, que a aplicação dos preceitos penais ao direito administrativo sancionatório deve ser dar com matizes que considerem a estrutura diversa dos ordenamentos. Decidiu o Tribunal Supremo, por exemplo, que “a existência de princípios comuns a todo direito de caráter sancionador não pode significar o desconhecimento das singularidades concorrentes nos ilícitos tipificados nos distintos ordenamentos, porque não oferecem os mesmos problemas a maioria dos delitos compreendidos dentro do Código Penal em relação à maioria das infrações correspondentes ao chamado direito penal administrativo”.⁵⁹

Dessa forma, ainda que se reconheça a existência de uma base principiológica comum decorrente da expressão do poder punitivo estatal, não se pode singelamente transplantar os princípios de direito penal e aplicá-los ao direito administrativo sancionador, sem que sejam consideradas as características próprias e peculiares de cada um desses ramos jurídicos.

Exemplo dessa diversidade de regime é que em matéria de direito administrativo não se dá aplicação ao princípio da tipicidade com os idênticos parâmetros aplicáveis ao direito penal.

⁵⁸ NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 169.

⁵⁹ Ibidem, p. 171.

Se para o direito penal tipicidade implica necessária e circunstanciada descrição da ação reputada ilícita, com expressa previsão da sanção a ela correspondente, no direito administrativo admite-se a definição genérica da conduta, mediante a adoção de conceitos jurídicos indeterminados, que tornam possível a avaliação discricionária da Administração acerca da caracterização do ilícito e de sua pena.

Tanto assim que Alejandro Nieto afirma não ter dúvida de que os princípios de direito penal não são aplicáveis ao direito administrativo sancionador de maneira automática, mas sim com “matizes”, de forma a adaptá-los a outra realidade. Dessa forma, os preceitos invocáveis – legalidade, reserva de lei, tipicidade, culpabilidade e *non bis in idem* – têm um alcance diferenciado quando transplantados para o direito administrativo⁶⁰. A importação das regras penais se faz no limite necessário para preservação de valores essenciais, existindo mesmo princípios gerais que apenas ao direito penal são aplicáveis.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a necessidade de temperamentos na invocação subsidiária do direito penal ao direito administrativo disciplinar. Lê-se no voto do Ministro Rodrigues Alckmin:

“(...) outro postulado assente na doutrina é a independência do direito administrativo e do seu ramo disciplinar. Por mais pontos de contato que se apontem, entre o direito penal e o direito disciplinar, as diferenças serão tais e tantas, pela natureza jurídica das penas e em razão das pessoas e órgãos estatais envolvidos, que sempre faltará aquela semelhança e razão suficiente, necessárias para a aplicação da analogia *legis* ou mesmo da analogia *juris*, antes de um exame em profundidade de cada questão omissa que com a analogia se queira recorrer. Caio Tácito foi, nesse sentido, muito claro: ‘Não colhe invocar, a esse respeito, a sistemática penal, que obedece a outros pressupostos e obedece a bens jurídicos diversos. A autonomia do direito disciplinar é tema pacífico em matéria administrativa, não se conformando, em seus delineamentos essenciais, aos ditames

60 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 173-174.

da responsabilidade penal' (Pena disciplinar, *Revista de Direito Administrativo*, n. 45, p. 482).⁶¹

O Superior Tribunal de Justiça igualmente decidiu que o fato de o “direito administrativo integrar o chamado direito público não dá ensejo a uma incursão tão profunda como ocorre na seara penal. Afinal, a principiologia de um não se confunde com a do outro”.⁶²

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que “o processo disciplinar foi concebido em benefício exclusivo da ordem e da regularidade do serviço público, em benefício exclusivo do interesse público, por força do que à sua regularidade não se exige os rigores do processo criminal” (TJSP – MS n. 73.264-0/7/SP, Órgão Especial, rel. Des. Dante Busana, j. 18.10.2000).

Nessa linha, o mesmo Tribunal já deixou assentado que “o procedimento administrativo disciplinar visa, precipuamente, a atender ao interesse maior do Poder Público que deve contar com funcionários aptos, capazes e moralmente íntegros a qualquer juízo depreciativo” (TJSP – Órgão Especial, MS n. 82.959-0/6-SP, rel. Des. Menezes Gomes, j. 12.12.2001).

O certo é que direito administrativo e direito penal têm campos próprios de ação que justificam a existência de diferenças normativas entre eles.

Se o direito administrativo de caráter sancionatório tem seu campo de incidência delimitado pelo próprio direito administrativo, refletindo ofensa a bens jurídicos que de alguma forma digam respeito ao exercício da função administrativa, o direito penal destina-se a proteger valores de grau superior, tutelando bens jurídicos fundamentais, como vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública, etc.⁶³

A ofensa ao exercício da função administrativa pode ser direta ou indireta. Há ofensa direta, por exemplo, na falta disciplinar cometida

61 STF – RE n. 78.949/SP, 1ª Turma, rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 23.05.1975.

62 STJ – MS n. 7.347, rel. Min. Gilson Dipp, j. 13.11.2002, DJ, de 25.08.2003.

63 MIRABETE, Júlio. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991. v. 1, p. 23.

pelo servidor público, ou no inadimplemento contratual do prestador de serviço à Administração. Pode-se falar em ofensa indireta quando, *v.g.*, o cidadão transgrida posturas urbanísticas, na medida que a ofensa, nessa hipótese, atinge precipuamente os interesses difusos da comunidade tutelados pelas normas administrativas.

As infrações à lei penal são mais acentuadamente gravosas à ordem social, razão pela qual são, em geral, apenadas com severidade maior, levando, em extremo, à cominação de penas privativas da liberdade.

Em consequência desse maior rigor punitivo, o direito penal se caracteriza por voltar-se com acentuado destaque para os direitos do acusado, enquanto o direito administrativo sancionador, embora igualmente salvguarde as garantias individuais, destina-se primordialmente a proteger e fomentar os interesses gerais e coletivos.⁶⁴

O direito administrativo de caráter sancionatório não persegue a prevenção ou a repressão da delinquência, mas a proteção da ordem e disciplina necessárias para o correto exercício das funções administrativas e por isso não integra o exercício da jurisdição criminal propriamente dita.⁶⁵

Não se pode deixar de reconhecer, como é óbvio, que existem princípios que, pela sua relevância, têm aplicação extensa e simultânea tanto ao direito penal quanto ao direito administrativo, como os princípios da legalidade e do contraditório. Dada a dimensão deste estudo, os esforços seguintes serão centrados no princípio da legalidade.

Portanto, a terceira conclusão deste trabalho é a de que não é correto falar em aplicação analógica dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionatório. O que existe é uma base principiológica comum, da qual se destacam princípios setoriais específicos a cada uma das esferas punitivas.

⁶⁴ Nesse sentido a observação de Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 22-23).

⁶⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, cit., p. 32, que se apoia na doutrina de Julio Comadira.

5 O princípio da legalidade e da tipicidade nos ilícitos administrativos

O texto constitucional prevê o princípio da legalidade como um dos pilares da atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*). Diz-se que a atuação da Administração Pública em um Estado de Direito está essencialmente marcada pelas regras fixadas pelo ordenamento jurídico. A Administração está sujeita a vinculação positiva à lei, podendo fazer apenas aquilo que o ordenamento jurídico admitir.

Pode-se falar em princípio da legalidade e princípio da reserva legal, com significado diverso. Legalidade assume contexto mais amplo de regência da atuação administrativa pelo conjunto normativo que compõe o direito. O atuar administrativo é marcado pela lei em sentido formal, emanada do Poder Legislativo, e pelas demais formas de expressão do direito, o que inclui os princípios jurídicos e demais atos normativos de caráter infralegal, como os regulamentos. Por “reserva de lei” entende-se a estrita observância à lei formal (votada pelo parlamento), ou aos atos normativos que tenham a mesma força de lei (medidas provisórias e leis delegadas).

A reserva absoluta de lei na hipótese em estudo conduz à necessidade de que o texto legislativo descreva suficientemente a conduta ilícita, determinando a sanção respectiva. A mera exigência de “cobertura legal”, expressão utilizada por Ramón Parada, torna admissível que um regulamento de aplicação desenvolva a matéria, sendo necessária, apenas, uma descrição legal genérica das condutas sancionáveis e das classes de penas aplicáveis.⁶⁶

No direito penal, o princípio da legalidade significa a necessidade de que a conduta punida esteja antecipadamente prevista no ordenamento jurídico como ensejadora de uma pena também predeterminada, na medida que não há crime nem pena sem lei prévia (art. 5º, inc. XX-XIX, da CF: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”).

Em matéria penal, não há dúvida de que a lei prevista no texto constitucional é a lei formal, oriunda do Poder Legislativo. Não podem

66 PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. v. 1, p. 504.

atos infralegais prever tipos penais ou criar sanções. Mesmo a edição de medidas provisórias em matéria penal é vedada pelo nosso ordenamento jurídico (art. 62, § 1º, I, “b”, da CF).

No campo penal, em consequência, prevalece o princípio da legalidade estrita.

A questão que se põe é se na repressão aos ilícitos administrativos impera o princípio da reserva legal, a restringir a discricionariedade administrativa, ou se o fundamento autorizador da ação repressiva pode ser buscado mais livremente no ordenamento jurídico em sentido amplo.

A resposta não é simples, comporta divergência de opiniões e exige o cuidadoso exame do papel do regulamento em matéria sancionatória.

Esse ponto ganha maior relevância, ademais, no contexto das agências reguladoras e sua atividade normativa, na medida que se discute se os próprios regulamentos das concessões e/ou os atos normativos por elas editados podem fixar ilícitos e sanções.

Anote-se que a Lei n. 8.987/95 é extremamente lacunosa em matéria sancionatória. Limita-se a reconhecer ao poder concedente atribuições de fiscalização e sanção, sem delimitar os tipos sancionatórios. As leis de criação das agências igualmente pouco têm disciplinado o tema.

As sanções da Lei n. 8.666/93 podem ser subsidiariamente invocadas, mas suas especificações são flagrantemente insuficientes para normatizar a complexa situação decorrente da prestação de serviços públicos por concessionárias e permissionárias.

Seria suficiente, então, a mera e lacunosa atribuição de competência sancionatória ao poder concedente pela Lei n. 8.987/95, deixando-se ao edital e contrato da concessão, bem como aos atos normativos das agências reguladoras o poder de disciplinar a matéria? Essa questão será enfrentada a partir do estudo da deslegalização e da remissão normativa.

Por ora, basta reafirmar a necessidade de as sanções administrativas contratuais terem fundamento em lei formal, observadas, no entanto, as peculiaridades próprias do regime administrativo aplicável às relações especiais de sujeição.

A matéria tem estreita conexão com o princípio da tipicidade.

No campo penal, o princípio da tipicidade implica a descrição da conduta delituosa com a indicação da pena respectiva.

Igual ideia permeia o sentido de tipicidade no direito administrativo. García de Enterría e Ramón Fernández se referem à tipicidade como a descrição legal de uma conduta específica que ensejará a cominação de uma sanção administrativa⁶⁷. O fundamento da exigência de tipicidade das condutas passíveis de apenamento, para os mesmos autores, assenta-se em duplo alicerce: de um lado, o princípio geral de liberdade, que informa o Estado de Direito e a segurança jurídica, a exigir que os cidadãos possam saber a extensão de suas condutas.⁶⁸

Alejandro Nieto refere-se a um “mandato de tipificação”, em que estão presentes as condições de previsão e certeza da norma, na medida que se exige que a conduta apenada esteja expressa em norma legal e que essa previsão seja precisa (no sentido de evitar formulações genéricas de ilicitude).⁶⁹

Em matéria sancionatória, a dinâmica da vida administrativa impede a rigorosa e precisa descrição das condutas infracionais em tipos administrativos exatos e detalhados. Fala-se, assim, na tipicidade aberta dos ilícitos administrativos. Os estatutos de servidores lançam mão de um elenco de deveres a serem observados, ensejadores, em caso de transgressão, de penalidades genericamente apontadas pela lei. Assim, fala-se em procedimento irregular de natureza grave, em ineficiência no serviço ou insubordinação grave, na Lei estadual n. 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) ou em incontinência pública e insubordinação grave, na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto dos Funcionários Públicos Federais).

Em matéria contratual, igualmente grassa a tipicidade aberta, prevendo a Lei n. 8.666/93, de maneira genérica e imprecisa, que o inadimplemento contratual enseja a cominação das penas elencadas.

67 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 172.

68 Ibidem, p. 172.

69 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 200.

A Lei de Concessões, Lei n. 8.987/1995, em seu já destacado laconismo, remete o poder sancionatório do concedente às “penalidades regulamentares e contratuais” (art. 29, inc. II).

Alejandro Nieto, discorrendo sobre a experiência espanhola em matéria de sanções administrativas, relata a técnica de a lei genericamente tipificar como infração a violação a normas regulamentares, fórmula que satisfaz às exigências do Estado de Direito.⁷⁰

O campo deixado à discricionariedade administrativa na valoração das condutas gravosas é grande, ainda que, por óbvio, sujeito ao controle judicial e à observância dos princípios regedores da atuação administrativa.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari contestam a tipicidade aberta, por entenderem que sua concepção afronta as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.⁷¹

Também Marçal Justen Filho tem sido crítico severo dessa tipicidade aberta, apontando-lhe a inconstitucionalidade, por violação do princípio do devido processo legal substantivo⁷², em posicionamento que não tem sido acolhido pelos nossos tribunais que, embora sem enfrentar diretamente essa questão, têm reputado válidas as sanções aplicadas pelo Poder Público com base nessa sistemática.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em voto do Ministro Sepúlveda Pertence, embora reafirme a subordinação da infração disciplinar ao princípio da reserva legal, aponta que “o que se tem tolerado aí, ao contrário do que prega, com relação aos crimes, a melhor doutrina penal, são tipos mais abertos, sempre legais, todavia” (STF – MS n. 21.294-2, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.10.1991, *DJ*, de 21.09.2001).

70 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 201.

71 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 155.

72 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 582-584. Sobre a associação entre devido processo substantivo e violação do princípio da reserva legal estrita e do princípio da “tipicidade total” em matéria penal, destaque-se o estudo de Carlos Roberto de Siqueira Castro (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 95-100).

A inexistência da apontada inconstitucionalidade na tipicidade aberta reservada especialmente às relações especiais de sujeição se justifica justamente pela matização dos princípios penais, quando aplicados em matéria administrativa.

No direito espanhol, Ramón Parada afirma que esse entendimento que admite o recurso ao regulamento em matéria sancionatória administrativa para complementação dos ilícitos administrativos é a tônica, tendo o Tribunal Constitucional daquele país afastado a pretensão de reconhecimento da inconstitucionalidade dessa prática⁷³. Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional de Espanha decidiu que “não vulnera a exigência de *lex certa* a regulação de ilícitos mediante conceitos jurídicos indeterminados, sempre que sua concreção seja razoavelmente factível em virtude de critérios lógicos, técnicos ou de experiência que permitam prever, com suficiente segurança, a natureza e as características essenciais das condutas constitutivas da infração tipificada. Não vulnera essa mesma exigência a remissão que o preceito que tipifica as infrações faz a outras normas que imponham deveres ou obrigações concretas, que se tornam elemento definidor da infração sancionável, sempre que, com suficiente grau de certeza, a consequência punitiva derivada daquela transgressão esteja prevista”.⁷⁴

Entre nós, Medina Osório reconhece a maior elasticidade dos tipos infracionais administrativos, em função da dinâmica própria que envolve a máquina do Estado, sujeita à velocidade das mudanças.⁷⁵

Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere-se a uma atipicidade dos ilícitos administrativos, ampliadora do grau de apreciação discricionária da falta pela Administração.⁷⁶

O rigor da tipificação penal, se transplantado para a seara administrativa, implicaria ampla impunidade, porque muitas condutas disciplinarmente

73 PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, cit., v. 1, p. 504, referindo-se à sentença n. 42, de 7 de abril de 1987.

74 Sentença n. 219/89, de 21.12. 1989, *Boletim Oficial del Estado*, de 11.01.1990 (BOE n. 10), nossa tradução.

75 OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 205. No mesmo sentido: NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 201.

76 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 496.

relevantes, constatadas no dia a dia da Administração, não estariam formalmente descritas, em manifesto prejuízo ao interesse público e à justiça.⁷⁷

Não se perca de vista, ademais, que no âmbito das relações especiais de sujeição, o princípio da tipicidade é matizado. Nas relações de subordinação específica, a vinculação do indivíduo ao Estado advém de um especial liame mantido, não decorrente exclusivamente da soberania do Estado. É o típico caso dos que mantêm contrato com o Estado. É por isso que Juan Cassagne, embora destaque seu entendimento de que não são cabíveis sanções implícitas, não tipificadas legalmente, reconhece que o contratado se encontra submetido a um estado de sujeição que implica a eventual submissão ao poder sancionatório do Estado. Assim, há sanções que se configuram nos regulamentos de execução de certos contratos administrativos, como é o caso das concessões de serviços públicos.⁷⁸

Na verdade, como se tentará demonstrar no tópico seguinte, a tipicidade aberta, complementada pela atividade normativa da Administração Pública e pelos princípios a ela aplicáveis, notadamente os princípios da motivação, publicidade e razoabilidade, atende aos pressupostos do Estado de Direito, sem atentar contra o devido processo legal substantivo ou contra qualquer outro valor constitucional.

Como quarta conclusão deste estudo, portanto, pode-se afirmar que as sanções administrativas devem ter fundamento em lei formal. A existência de uma tipicidade aberta dos ilícitos administrativos, possível no seio das relações especiais de sujeição, não caracteriza afronta aos princípios regedores da Administração Pública.

6 A deslegalização e a remissão normativa no contexto da legislação de concessões de serviços públicos

Em nosso ordenamento jurídico, como já ressaltado ao longo deste trabalho, poucas são as normas sancionatórias em matéria de concessão

⁷⁷ Nesse sentido a observação de Luis Vasconcelos Abreu, que aponta também sacrifício ao princípio da igualdade (*Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 30). Em sentido contrário, insurgindo-se contra esse argumento: JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 584.

⁷⁸ CASSAGNE, Juan. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 85-86.

de serviços públicos sacramentadas em lei formal. A lei, na verdade, é lacônica, reservando amplo espaço para as normas infralegais, o que suscita discussões acerca do limite da atuação regulamentar.

Deixou a Lei n. 8.987/1995 de tipificar as condutas puníveis e apontar-lhes as respectivas sanções, limitando-se a reconhecer poderes sancionatórios ao concedente e fazendo referência a “penalidades regulamentares e contratuais”.

A Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, ao estabelecer normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos nada dispõe sobre esse aspecto específico.

Como se sabe, se em matéria penal, a competência legislativa privativa é da União (art. 22, inc. I, da CF); em matéria de ilícitos administrativos, cada esfera da Federação, em nome de sua autonomia administrativa, tem competência para legislar a respeito, editando a legislação correspondente. Em consequência, cada esfera da Federação, para os serviços a respeito dos quais detém a titularidade, tem competência para reger a matéria.

Assim, o fundamento legal para a atividade sancionatória da Administração Pública deve ser buscado na legislação específica que regula um determinado serviço público, observada a competência legislativa própria de cada esfera federativa.

No Estado de São Paulo, existe uma lei geral dispendo sobre a concessão e permissão dos serviços estaduais, Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992, que igualmente é lacônica em matéria sancionatória, prevendo no artigo 21, na mesma linha da legislação federal, que “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará a aplicação das sanções contratuais ou a declaração de caducidade, com rescisão unilateral do contrato”, operando-se, assim, a similar remissão a “sanções contratuais”. Observe-se, no entanto, que a legislação estadual paulista remete o aplicador do Direito às penalidades “legais e contratuais” (art. 15, inc. XI, da Lei n. 7.835/92), não incorrendo na mesma fórmula adotada pelo legislador federal, que se refere à aplicação de “penalidades regulamentares e contratuais” (art. 29, inc. II, da Lei n. 8.987/95).

Essa peculiaridade da legislação federal incita à discussão da consequência jurídica da aparentemente pretendida deslegalização da matéria sancionatória.

Para isso, impõe-se o exame dos conceitos de deslegalização e de remissão normativa, para que se possa bem compreender a técnica utilizada pelo legislador nacional na matéria.

6.1 A deslegalização

A prevalência da lei nas sociedades democráticas é ideia sedimentada na consciência jurídica. A noção de que o princípio democrático estará bem preservado se o comando normativo emanar da atuação formal do Poder Legislativo, integrado por representantes eleitos pelo povo para essa função predominante, é um dos pilares da sociedade democrática.

No período do Estado Liberal, a ideia prevalecente era de submissão da Administração Pública à lei emanada do Poder Legislativo. O Estado Social de Direito, desprendendo-se da sujeição exclusiva à lei formal, insere a noção de que a vinculação da Administração Pública se dá à integralidade do direito, o que abrange, além da lei formal, todo o conjunto normativo que o integra. Nesse contexto, porque se reconheceu a necessidade de valorização do conceito de justiça como integrante necessário do direito, ganha destaque a vinculação aos princípios informativos do ordenamento jurídico⁷⁹. Nessa linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho fala em primazia do justo sobre os comandos legislativos.⁸⁰

Assumem relevância, então, os atos normativos de caráter infralegal, cuja observância se impõe como decorrência da submissão ao direito, fazendo surgir a discussão sobre as relações entre lei e regulamento.

García de Enterría distingue três espécies de integração entre lei e regulamento: a delegação receptícia (que seria equivalente à lei delegada

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 20-65; e Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 38-49.

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 11.

prevista no art. 68 da CF brasileira), a remissão normativa e a deslegalização.⁸¹

Deslegalização, na lição de García de Enterría e Ramón Fernández, é uma técnica por meio da qual um texto legislativo, sem entrar na regulação material de um tema até então regulado por lei, autoriza que a matéria passe a ser regida por normas emanadas da própria Administração.⁸²

A lei nova opera tão somente para “rebaixar” o nível da matéria então tratada por lei formal, permitindo que regulamentos passem a regular o tema. A lei deslegalizadora não tem, em si, nenhum comando regeador da matéria objeto da deslegalização, não sendo, portanto, lei de regulação material.⁸³

Esse fenômeno da deslegalização tem sido utilizado para explicar e legitimar o processo por meio do qual se tem atribuído às agências reguladoras criadas no direito brasileiro poder normativo. Nesse sentido as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸⁴ e Alexandre Santos de Aragão⁸⁵, dentre outros.

Os defensores da deslegalização no direito brasileiro entendem que esse é um fenômeno expressamente previsto na Constituição nacional que, pelas Emendas Constitucionais ns. 8, de 15 de agosto de 1995, e 9, de 9 de novembro de 1995, previram a criação de órgãos reguladores autônomos nos setores de telecomunicações e petróleo. Moreira Neto vai mais longe, no entanto, ao admitir a deslegalização pela própria lei, na medida que não encontra vedação para tanto no texto constitucional.⁸⁶

81 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 173-225; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 1, p. 246-247. Entre nós, no mesmo sentido, a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 162-167).

82 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 1, p. 269.

83 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria e controle judicial*, cit., p. 221.

84 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 170-173; e *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 170-177.

85 ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras*, cit., p. 418-425.

86 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 171-172. No mesmo sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras*, cit., p. 422.

Não obstante a respeitabilidade das opiniões assim externadas, o problema que se põe, como ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é justamente que esse processo carece, no direito brasileiro, de fundamento constitucional⁸⁷. Essa também é a opinião de Marçal Justen Filho, que demonstra, ademais, que no próprio direito italiano, em que a ideia de *delegificazione* tem raízes, a noção é severamente criticada, por não ter fundamento na Constituição⁸⁸. Se a Constituição atribui ao Poder Legislativo a competência para reger determinada matéria, não pode ele simplesmente delegar referida competência, sem ao menos exercê-la minimamente.

A questão de fundo que se põe aqui é a indelegabilidade de poderes, preceito que, ao lado das cláusulas de independência e harmonia e inacumulabilidade de funções de poderes distintos, informa o princípio da separação de poderes.

Embora o texto constitucional de 1988 tenha suprimido a referência expressa à cláusula de indelegabilidade, o entendimento que tem prevalecido na doutrina é de que esse princípio é inerente ao nosso sistema jurídico, razão pela qual sua prevalência subsiste à falta de referência expressa a ele. Nesse sentido, pondera Luís Roberto Barroso que a indelegabilidade é regra implícita que decorre dos princípios da separação de poderes, da representação política, da supremacia da Constituição e do devido processo legal⁸⁹. Também José Afonso da Silva observa que a regra expressa da não delegação de poderes existente nas Constituições anteriores é desnecessária, porque decorre de outras normas constitucionais, como a que estabelece incompatibilidades quanto ao exercício de funções dos poderes (art. 54 da CF).⁹⁰

A regra é a separação de poderes, admitindo-se sua derrogação apenas por expressa previsão constitucional.

87 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade, in *Direito regulatório: temas polêmicos*, cit., p. 53-54.

88 JUSTEN FILHO, Marçal, *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 495 e 497-498.

89 BARROSO, Luís Roberto. Disposições constitucionais transitórias, delegações legislativas e poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 74, out./dez. 1990.

90 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 115.

No entanto, as necessidades impostas pelo Estado Intervencionista fizeram com que a Suprema Corte Americana passasse a admitir um espaço normativo a ser preenchido pelo Executivo, a partir da imposição de padrões mínimos delimitadores da matéria pelo texto legal. Surge, assim, a ideia dos *standards* fixados pelo Legislativo por meio de lei, que trariam a normatividade básica da matéria, o núcleo fundamental de caráter indelegável, a partir do qual o Executivo, no exercício de sua função de execução da lei, poderia traçar disciplinamento próprio. A inexistência desses padrões mínimos conduz à invalidade da delegação.⁹¹

Anna Cândida da Cunha Ferraz, embora ressalve a posição doutrinária majoritária acerca da subsistência do princípio da indelegabilidade de funções de um poder ao outro, pondera que a realidade recomenda um novo olhar sobre a questão, sendo aceitável uma visão mais maleável à adoção da delegação, justamente a partir da importação da teoria dos *standards* jurídicos⁹². Também Luís Roberto Barroso parece admitir que é possível que doutrina e jurisprudência aceitem a ideia dos *standards*, legitimando as delegações legislativas nesses limites.⁹³

Essa maior maleabilidade na interpretação do princípio da separação de poderes conduz ao estudo da remissão normativa, mas não aproveita à ideia de deslegalização.

Ademais, em matéria sancionatória, a questão da deslegalização encontra um óbice reconhecido pelos próprios defensores da técnica polêmica: a existência de “limites ao poder constitucional de deslegalizar”⁹⁴, na medida que se entende que existe um campo próprio e reservado à lei, sobre o qual o avanço do poder normativo da Administração não pode afastar a regulação legislativa.⁹⁵

91 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*, cit., p. 161-162.

92 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 48-50.

93 BARROSO, Luís Roberto, Disposições constitucionais transitórias, delegações legislativas e poder regulamentar, cit., p. 74.

94 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito regulatório*, cit., p. 172.

95 Nesse sentido também o exposto reconhecimento de: ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras*, cit., p. 420.

A reserva de um campo ligado à propriedade e à liberdade, a ser minimamente assentado sobre bases legais, é ideia com marcantes raízes no Estado de Direito. O princípio da legalidade penal, estendido aos ilícitos administrativos, como visto ao longo do presente estudo, é conceito de incontestável aceitação doutrinária e jurisprudencial.

Decorre de todo o exposto que em matéria sancionatória, mesmo os mais ardorosos defensores do poder normativo das agências reguladoras reconhecem a impropriedade da adoção da técnica deslegalizadora.

6.2 A remissão normativa

Afastada, nos termos expostos no item anterior, a deslegalização em matéria sancionatória, passa-se ao estudo da remissão normativa.

Por remissão normativa entende-se, na lição de García de Enterría, a circunstância de uma lei, ao regular determinada matéria, expressamente remeter a uma normatização posterior, elaborada pela Administração, determinados pontos que complementarão o comando legal.⁹⁶

A distinção entre deslegalização e remissão normativa está no comando da lei que remete à atividade normativa da Administração. Enquanto na deslegalização a lei deslegalizadora limita-se a invocar o regulamento, sem traçar comandos mínimos acerca da matéria deslegalizada, a lei de remissão normativa fixa pontos a serem explicitados e desenvolvidos pelo regulamento.

García de Enterría e Ramón Fernández exemplificam a remissão normativa no direito espanhol justamente com o decreto editado em matéria sancionatória. Entendeu-se na Espanha que a reserva de lei em matéria sancionatória prevista na Constituição não deveria ser interpretada com excessivo rigor formal, admitindo-se que, por meio do regulamento, seja diminuída a margem de discricionariedade administrativa deixada pela lei.⁹⁷

96 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria e controle judicial*, cit., p. 197.

97 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 1, p. 265.

Reafirmam os autores, no entanto, a necessidade de a sanção ter lastro em lei formal. Com fundamento em jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, reconhecem que a atuação complementar dos regulamentos em matéria administrativa sancionatória é uma das matizações que o tema sofre em relação ao direito penal. Não é admissível assim, para os autores, que o regulamento tipifique condutas sancionáveis ou crie sanções sem cobertura legal. Não se admite também cláusula de deslegalização ou de remissão inespecífica, na medida que o regulamento pode vir apenas a complementar a lei, não a substituí-la.⁹⁸

Nieto, embora reitere a ideia de reserva legal em matéria de sancionamento administrativo, admite a colaboração do regulamento nesse campo, ressaltando, no entanto, seu caráter subordinado e complementar. Para o autor, o conceito de reserva legal nessa seara tem duas fases: primeiro a lei desenvolve parcialmente a matéria e remete o tema ao regulamento; depois este, recebendo a remissão, completa o regime legal e desenvolve seu conteúdo nos termos das instruções expressas recebidas.⁹⁹

Em suma, se a ideia de ser a Administração regida pelo princípio da legalidade uma realidade sem contestações, é necessário medir em matéria sancionatória a extensão desse princípio. Sabe-se que a aplicação do princípio da legalidade em tema de sancionamento administrativo significa que apenas a lei poderá determinar os ilícitos passíveis de apenamento, fixando a sanção correspondente. O ponto central dessa ideia, no entanto, está em saber qual o grau de detalhamento que se exige da norma legal, isto é, qual o grau de especificidade que essa previsão legal deve conter. Nesse ponto, calcado na amplitude dada ao princípio da legalidade, afirma-se que é possível que em matéria de sancionamento administrativo, marcado por uma especial relação de sujeição do contratado ao Estado, a norma legal enuncie genericamente um comportamento a ser sancionado, deixando ao edital, ao contrato e aos atos normativos editados pela Administração em sua atividade de regulação

98 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 171.

99 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria e controle judicial*, cit., p. 258-260.

o poder de detalhar os comportamentos ilícitos e de apontar a sanção correspondente, dentro do rol previamente estabelecido pela lei.

As disposições da Lei n. 8.987/95 em matéria de sanções devem ser reconhecidas como hipótese de remissão normativa.

Como visto, a Lei n. 8.987/95, ao reger as concessões e permissões de serviços públicos no direito brasileiro, refere-se às penalidades regulamentares e contratuais, sem tipificar condutas ilícitas e sem arrolar as sanções correlatas. Poder-se-ia questionar se, ao assim proceder, teria a lei violado o princípio da legalidade e tipicidade penal, o que implicaria o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Destaque-se ainda que a Lei n. 8.987/95 não se limita a remeter o intérprete às normas regulamentares, mas o envia também às normas contratuais, o que parece indicar um rebaixamento ainda maior do grau normativo da norma regedora da matéria, ao admitir que a descrição das condutas apenáveis seja feita com mais riqueza de detalhes pelo próprio regimento interno da licitação, expresso na elaboração do edital do certame.

Por óbvio que essa previsão legal não pode ser tida como autorizadora de que o edital crie sanções ou descreva ilícitos sem qualquer fundamento em norma legal prévia. Admitir-se essa hipótese seria admitir a deslegalização em favor do edital e do contrato, em flagrante violação ao princípio da legalidade.

O acordo de vontades decorrente da relação contratual não legitima qualquer exegese que pretenda ver uma submissão voluntária do contratado ao crivo sancionatório, à semelhança do que ocorre com a cláusula penal nos contratos civis. No direito administrativo, a relação contratual está marcada pela posição de supremacia própria da Administração, que atua como traço caracterizador do ajuste, ditado pelas cláusulas exorbitantes de acentuado contorno legal.

Tanto assim que Edmir Netto de Araújo destaca no contexto do contrato administrativo a verticalização da posição do Estado em relação ao particular contratante, “deixando claro que a Administração, ao contratar, não abdica de sua *puissance publique*, mas, ao contrário, dirige o contrato, fiscalizando os atos do contratante particular, aplicando-lhe

penalidades, concedendo-lhe benefícios, determinando-lhe procedimentos, enfim, impondo-lhe sujeições com fundamento no interesse público”.¹⁰⁰

Assim, embora o contrato administrativo caracterize situação de sujeição especial do contratado em relação ao Poder Público, a que se submete livremente o particular, essa circunstância não caracteriza uma pactuação das condições contratuais como consequência de um acordo de vontades, mas apenas uma adesão aos termos do ajuste administrativo.

Em matéria de concessões de serviço público, o artigo 124 da Lei n. 8.666/93 dispõe aplicarem-se “às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”. Destarte, à míngua de disposição legal específica que normatize a situação concreta, há que se invocar as normas dos artigos 86 e seguintes da Lei de Licitações, observando-se as peculiaridades próprias de sua aplicação aos contratos de concessão.

Decorre do exposto que em matéria sancionatória cabe ao intérprete verificar na lei específica regedora de determinado serviço público a existência de previsão sancionatória. No silêncio legal, dada a omissão da Lei n. 8.987/95, deve invocar as normas da Lei n. 8.666/93, no que se refere à genérica tipificação das condutas puníveis e às sanções aplicáveis, em conjunto com as normas regulamentares e contratuais específicas.

Por fim, anote-se que a figura da remissão normativa não se esgota no decreto regulamentar. O decreto regulamentar corresponde ao regulamento de execução, por meio do qual o chefe do Poder Executivo, com fundamento no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, detém competência privativa para regulamentar a fiel execução das leis. O poder regulamentar, nessa hipótese, está circunscrito ao presidente da República. A figura da remissão normativa ora invocada em matéria sancionatória, além de poder ser utilizada pelo chefe do Poder Executivo, no exercício

100 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 49-50.

da competência regulamentar que lhe é própria, pode ser também utilizada pelas agências reguladoras, ou por órgãos reguladores integrantes da estrutura do Poder Executivo, no exercício da competência normativa prevista em lei. Essa atividade normativa, no entanto, alerte-se, é subordinada à lei, sem poder de inovação na ordem jurídica. Sua fundamentação teórica pode ser explicada a partir dos regulamentos de organização, inerentes às relações especiais de sujeição, em que ao Poder Público se reconhece um poder de normatizar as situações em que se põem determinados sujeitos, submetidos a um vínculo jurídico próprio com o Estado, por força do poder geral de direção da Administração.¹⁰¹

Como derradeira conclusão deste trabalho, portanto, pode-se assinalar que o legislador nacional, ao reger a cominação de sanções no âmbito das concessões de serviços públicos, tem utilizado a definição genérica dos ilícitos reprimidos, admitindo que por meio da remissão normativa, a discricionariedade do administrador seja limitada pela edição de regulamentos que detalhem condutas e fixem as sanções correspondentes, dentro do elenco legal. Assim, o regulamento, longe de criar direito novo, estará apenas reduzindo o âmbito da discricionariedade administrativa.

7 Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.

ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993.

ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁰¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 111-118.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Disposições constitucionais transitórias, delegações legislativas e poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 69-80, out./dez. 1990.

_____. Introdução: aspectos constitucionais. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 15-66.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27-60.

DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 7.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1-2.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. v. 2.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.

MARTINS, Alberto. Os princípios do processo sancionatório na Lei paulista 10.177/98. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÉS MUÑOZ, Guilherme (Orgs.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 167-186.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*: parte general. Tradução do original francês de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRABETE, Júlio. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991. v. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e serviços de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 329-351.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SUAY RINCON, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZANOBINI, Guido. Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale. In: _____. *Scritti vari di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 127-143.

_____. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca, 1924.

Uma releitura do tradicional conceito de discricionariedade administrativa

Fabiana Mello Mulato¹

Sumário: 1 Introdução. 2. Origem do direito administrativo. 3 A discricionariedade administrativa. 4 Releitura proposta. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

À luz das transformações ocorridas na sociedade nas últimas décadas, a antiga visão jurídica – estática – merece ser revista, de forma a se coadunar com a atual estrutura social. O jurista diligente se vê quase que obrigado a rever antigos conceitos e a reformulá-los, a fim de que eles não se tornem obsoletos e, portanto, inúteis.

No âmbito do direito administrativo essa necessidade de rever conceitos se mostra bastante evidente, já que o administrador precisa ser dinâmico e, atualmente, as funções da Administração Pública cresceram sobremaneira, tornando impossível ao legislador prever todas as situações passíveis de ocorrência.

Surge aí a necessidade de se deixar certa margem de liberdade – que mais tarde se chamou de discricionariedade – para a Administração escolher dentre as várias possibilidades existentes aquela que mais se coaduna com o interesse público previsto em lei, sem que isso implique em ofensa a direitos individuais.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito do Estado pela ESPGE/SP.

Entretanto, o Administrador não pode escolher livremente como outrora. Ele tem que obedecer à lei, aos critérios ali estabelecidos e sempre visar ao interesse público e ao bem comum.

O que se propõe no presente texto é que, devido à crescente utilização e invocação de princípios constitucionais – que alguns denominam de “constitucionalização do direito” – a ideia de submissão total do agir administrativo à lei positivada, *stricto sensu*, encontra-se superada, pois a Administração poderia agir subordinada diretamente à Constituição.

Assim, o presente trabalho visa a incitar uma releitura de todo o direito administrativo, com ênfase na teoria da discricionariedade administrativa, que vem se alterando ante o surgimento de vários direitos dos cidadãos. De fato, o administrador, ao fazer sua “escolha”, deve se pautar nos princípios e valores contemporâneos. A “fórmula” para se verificar a melhor escolha dentre as possíveis deve evitar o arbítrio e buscar a efetiva proteção e garantia dos direitos e interesses dos cidadãos, assegurados constitucionalmente.

2 Origem do direito administrativo

A origem do direito administrativo pode ser apontada como tendo ocorrido entre os séculos XVIII e XIX. É verdade que antes disso existiam normas administrativas, mas elas encontravam-se inseridas esparsamente no direito civil. E não estavam baseadas em princípios próprios: apenas regulamentavam a administração pública, como o funcionamento de seus órgãos, sua competência, poderes do Fisco etc. Não se podia falar, portanto, em direito administrativo como ramo autônomo.

Na Idade Média não havia espaço para a autonomia do direito administrativo como hoje conhecido, ou seja, com princípios informadores e institutos próprios. O rei era soberano e sua vontade era tida como lei. Todos deviam obedecê-lo, sem questionar seu entendimento ou suas decisões. Nessa época, portanto, não havia tribunais administrativos pois o rei tudo decidia, de acordo com sua conveniência.

Posteriormente, foram instalados tribunais judicantes, mas ainda subordinados ao rei, o que acabava apenas por “mascarar” o seu absolutismo.

Foi apenas quando o Estado começou a se desenvolver, caminhando para o Estado de Direito – que era calcado no princípio da legalidade e na separação de poderes – que o direito administrativo nasceu como ramo autônomo, ganhando contornos e princípios que lhe eram peculiares.

Ora, o Estado de Direito era marcado pela sujeição do Poder Público à lei e ao direito, pela declaração e garantia dos direitos fundamentais, funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos, criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social.

Costuma-se dizer, portanto, que o direito administrativo nasceu com o advento das revoluções que acabaram com o velho e arcaico regime absolutista da Idade Média², dando início ao surgimento do Estado Moderno. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello já teve oportunidade de assim se manifestar a respeito:

“Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e de sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o direito administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização de suas funções.”³

E dentre as revoluções, a mais expressiva para o direito administrativo foi, sem dúvida, a Revolução Francesa. É que a França contribuiu inegavelmente para o nascimento do direito administrativo como ramo autônomo.

Os constituintes franceses pós-revolucionários abraçaram de tal maneira a teoria da separação de poderes que acabaram por entender que a solução dos litígios dos quais a Administração Pública era parte não poderia ser delegada ao Poder Judiciário, sob pena de ingerência e subordinação de um poder a outro. Para eles, a Administração Pública

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 24.

3 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 52.

deveria resolver seus conflitos internamente, sem necessitar levá-los a qualquer um dos outros poderes.⁴

A separação de poderes mostra-se, portanto, como um dos pressupostos do nascimento do direito administrativo como ramo autônomo. De fato, se a Administração não estivesse separada dos outros poderes, dificilmente haveria um direito específico para disciplinar a atuação do Estado-administração.

A teoria da separação de poderes difundiu-se com a formulação de Montesquieu, segundo a qual se distinguem três esferas, três funções estatais: a função legislativa, a função executiva e a função judiciária. Ainda segundo Montesquieu, cada uma dessas funções deveria ser atribuída a um órgão distinto e independente, como forma de se garantir um freio ao poder até então conhecido (do monarca) e, sobretudo, como garantia dos direitos dos indivíduos.

Neste contexto, portanto, não se pode sequer culpar os constituintes pós-revolucionários da França por sua visão rígida a respeito da separação de poderes. É natural que eles não tivessem confiança no Poder Judiciário. No regime anterior, que eles haviam acabado de derrubar justamente por não concordar, o Poder Judiciário era exercido pelo rei. Era o rei, portanto, quem ditava as regras, que por sua vez oscilavam consoante seu humor ou conveniência. Não havia qualquer segurança ou estabilidade dos julgados.

Por esses motivos, criou-se na França, ao lado da jurisdição comum, a jurisdição administrativa, também conhecida como contencioso administrativo, estabelecendo uma dualidade de jurisdição.⁵

4 A título de curiosidade, veja-se o artigo 13 da Lei francesa de 16 e 24 de agosto de 1790, segundo o qual “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de serem acusados de alta traição, perturbar de qualquer maneira que seja as operações dos corpos administrativos, nem citar perante estes os administradores em razão de suas funções” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 26).

5 A *jurisdição é una*, como no Brasil, quando *apenas a um órgão se defere a competência de dizer o direito de forma definitiva*, ou seja, fazendo coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI). De outro lado, diz-se que *é dual quando há previsão de que dois órgãos se manifestem de forma definitiva sobre o direito*, cada qual com suas competências próprias. É exatamente o que ocorre na França, onde as decisões em matéria administrativa fazem coisa julgada material, cabendo ao Judiciário manifestar-se sobre os demais assuntos. Assim, na França, uma decisão administrativa não pode ser revista pelo Judiciário. O direito administrativo pátrio tem forte influência do direito francês, sendo que a principal diferença entre ambos os sistemas está justamente na natureza judicante da decisão do contencioso administrativo francês.

3 A discricionariedade administrativa

A análise da origem do termo “discricionariedade administrativa” tem seu início na época do Estado Liberal (séc. XIX). De fato, no Estado Absolutista não havia que se falar sequer em direito administrativo pois nessa época o rei era soberano e não se sujeitava a quem quer que fosse, o que incluía a lei.

Assim, apenas com o advento do Estado de Direito – que estabeleceu o império da lei – surgiu o direito administrativo. Isso ocorreu no início do século XIX, exatamente quando da formação da jurisdição administrativa francesa acima já comentada.

Nessa época, os atos administrativos eram tidos como atos de polícia, atos que formavam um poder autônomo do Estado, não limitado pela lei e nem sujeito a qualquer controle pelos Tribunais Administrativos.

Mas, a liberdade da Administração não se limitava a uma liberdade perante o Poder Judiciário/Tribunais Administrativos. Tratava-se de uma liberdade muito maior. A Administração, sempre que não estivesse proibida ou limitada por uma lei, era livre, poderia fazer o que bem entendesse.

Foi aí que surgiu a ideia de discricionariedade administrativa como a liberdade perante o Poder Judiciário e perante o legislador. Segundo António Francisco de Souza⁶, doutrinador português, esse foi o primeiro e mais amplo conceito de discricionariedade administrativa, surgido na França, repita-se, e que acabava por excluir, de qualquer controle judicial, as matérias então chamadas de polícia, ou graciosas, quer relativas à segurança quer relativas à ordem pública.

Já na segunda metade do século XIX, abandonou-se a ideia de matérias graciosas – não-contenciosas – e passou-se a falar em atos de governo ou atos políticos. Esses atos, porém, também não eram sujeitos ao controle judicial. Começou-se, nesse momento, a utilizar a expressão atos discricionários, atos de pura administração ou atos puramente administrativos: eram atos que não esbarravam em direitos adquiridos, embora às vezes atingissem “interesses” dos particulares.

6 SOUZA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

Porém, pelo fato de o Estado, então Liberal, possuir atuação mínima na sociedade, o direito administrativo teve um desenvolvimento bastante reduzido já que se concentrava apenas nas funções essenciais, tais como a defesa contra os inimigos externos, a segurança interna e a administração da justiça.

Havia, pois, poucas leis cuidando do direito administrativo – já que havia poucas situações a regular. A regra do atuar administrativo era regida pelo princípio da legalidade, que possuía contornos bastante distintos dos de hoje.

De fato, atualmente, a máxima “*tudo o que não está proibido está permitido*” apenas vigora no âmbito das relações privadas pois, no âmbito das relações públicas, o princípio da legalidade permite se fazer apenas o que está previamente estabelecido em lei.

Mas no século XIX, a máxima acima transcrita vigorava tanto para a esfera privada quanto para a pública. A discricionariedade era a regra geral do atuar administrativo, sendo a ação administrativa encarada como um poder político, e não jurídico. E como poder político, não poderia estar sujeita a controle por qualquer outro poder, pena de insurgência de um poder em outro, em ofensa ao princípio da separação de poderes.

Surgiu aí a teoria do ato político na França, segundo a qual os atos políticos não seriam suscetíveis de qualquer reclamação ou recurso. Essa teoria disseminou-se por vários outros países, onde acabou sendo modelada consoante as peculiaridades locais de cada ordenamento.

No Brasil, as Constituições de 1824⁷, 1934⁸ e de 1937⁹ vedavam ao Poder Judiciário apreciar os atos de governo. Foi somente com o advento da Constituição de 1946 que se instituiu o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, passando a se permitir que um ato de governo, lesivo a algum direito individual, pudesse ser controlado pelo Poder Judiciário. Por oportuno, transcrevo o teor do artigo 141 da citada Constituição:

7 “Artigo 99 - A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

8 “Artigo 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

9 “Artigo 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

“Artigo 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Nossa atual Constituição manteve tal princípio e gerou a proliferação de uma série de teorias e doutrinas a respeito dos atos administrativos que seria submetidos – e em que medida – a controle judicial.

Assim, várias foram as teorias desenvolvidas a respeito do mérito do ato administrativo discricionário, revelando profunda influência italiana, já que foi na Itália que se iniciaram os estudos nesse sentido.

Alguns doutrinadores pregavam que o Judiciário não poderia se manifestar; outros, que poderia e terceiros, ainda, que apenas poderia se manifestar no tocante à legalidade do mérito, ou seja, relativamente a seus aspectos legais, nos quais não há liberdade do administrador: competência, forma e conteúdo.

Segundo Renato Alessi:

“O conceito de mérito pode ser considerado sob dois aspectos: sob o aspecto meramente negativo, como limite ao poder de cognição do juiz de mera legitimidade (em sentido estrito) e sob o aspecto positivo, para indicar o pleno e perfeito ajustamento da medida à norma jurídica, ou seja, sua correspondência ao concreto interesse público, segundo um critério de efetiva oportunidade e conveniência. Sob o primeiro aspecto, o conceito de mérito se põe em antítese com o de legitimidade em sentido estrito – adquirindo um e outro um valor meramente processual – enquanto sob o aspecto positivo o conceito de mérito está compreendido no conceito de legalidade – ou legitimidade em sentido lato – da medida, adquirindo, ambos, valor substancial relativo à adequação efetiva, plena e perfeita à norma jurídica.”¹⁰

10 ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949. p. 135.

4 Releitura proposta

A sociedade atual não é mais a mesma. Ela mudou, alterou-se, evoluiu. Consequentemente, seus anseios também se alteraram, se transformaram.

Sendo a função do direito permitir a concretização dos fins sociais, parece-nos cristalino que o direito não pode se manter apático ante as transformações ocorridas na sociedade.

Ele deve espelhar a realidade histórico-cultural e manter, junto com a sociedade, um complexo de relações em que conceitos como “homem médio”, “mulher honesta”, “liberdade” e “discricionariedade” são entendidos de formas distintas ao longo da história e do desenvolvimento social.

No Brasil especificamente, vivemos uma situação bastante particular, já que ante sua enorme extensão territorial, possuímos “vários países dentro de um mesmo Estado”.

De fato, nas palavras de Eduardo Bittar:

“O Brasil vive a um só tempo, pré-modernidade (pense-se nas comunidades de pescadores da Amazônia), modernidade (pense-se no crescimento e no desenvolvimento tecnológicos que agora aportam em certas cidades brasileiras) e pós-modernidade (pense-se em metropolizações e conurbações urbanas dos grandes centros populacionais brasileiros).”¹¹

Assim, ao se analisar o direito brasileiro, deve-se ter em conta que os fenômenos pós-modernos, como a informatização e a telecomunicação mundial, a globalização econômica, a crescente privatização do Estado, a multinacionalização de empresas brasileiras e a terceirização das responsabilidades sociais, por exemplo, não se dão ou não se deram de maneira uniforme em todo o território nacional.

O intérprete deve levar em consideração essas diferenças e contrastes, que são de diversas naturezas: sociais, econômicos, geográficos, demográficos, climáticos etc.

Esse exercício exegético deve se dar em todos os ramos do direito, o que inclui o direito administrativo, aqui destacado.

¹¹ BITTAR, Eduardo. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 218.

E a única maneira de se proceder a esse exercício, sem que se incorra em arbitrariedades ou abusos, é abandonar o modelo estrita e exclusivamente positivista e buscar nos princípios que informam o ordenamento jurídico sua fundamentação.

Ora, os princípios são as diretrizes fundamentais de um ordenamento jurídico. Assim, totalmente lícito pensar que as condutas administrativas somente serão válidas e legítimas se forem compatíveis com tais princípios.

O que se pretende aqui não é alargar o conceito de discricionariedade, abandonando-se totalmente a legalidade – o que poderia, em última análise, até gerar algumas arbitrariedades. Não. Muito pelo contrário. O que se pretende aqui é acabar apenas com a até então intocável discricionariedade, no sentido da que não admite qualquer tipo de controle.

Não há, no atual estágio social em que nos encontramos, mais espaço para atos administrativos em desconformidade com o ordenamento jurídico, analisado como um sistema de valores, pena de retrocedermos no curso da história.

Atos administrativos que se afastem dos princípios constitucionais devem ser rechaçados pelo ordenamento.

Por oportuno, veja-se a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a respeito da necessária amplitude do conceito do princípio da legalidade:

“(...) o princípio da legalidade não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos. O princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, admitindo maior ou menor rigidez e, em consequência, maior ou menor discricionariedade. Não é por outra razão que se distingue legalidade e reserva da lei, a primeira admitindo que o legislador estatua de forma mais genérica, deixando maior discricionariedade à Administração Pública para regular a matéria, e, a segunda, exigindo legislação mais detalhada, com pouca margem de discricionariedade administrativa; neste caso fala-se em legalidade estrita, tendo em vista que a Constituição é que reserva a matéria à competência do legislador.”¹²

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 59.

Como se vê, a releitura do conceito de discricionariedade é inevitável. Não há mais como se entender o princípio da legalidade de maneira rígida. Há que se flexibilizar o entendimento de tal princípio, o que não significa, em absoluto, o seu total abandono. É apenas uma nova forma, um novo método de se interpretar o agir da Administração, no qual, ao lado do princípio da legalidade, outros princípios de mesmo calibre, como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da liberdade e o da segurança jurídica, entre outros, devem ser sopesados.

Não se trata também de abandonar totalmente o positivismo, mas apenas sua faceta estritamente formalista, com vistas a submeter a Administração – e todos os demais poderes – ao direito como um todo complexo e intrincado, “impregnado de todo o conteúdo axiológico inspirador do preâmbulo da Constituição de 1988, que se incorpora ao seu texto como diretriz fundamental a ser observada na elaboração das leis e na sua aplicação e exegese”.¹³

Para isso, e na esteira dos mais recentes entendimentos expressados por nossa Corte Superior, propõe-se analisar os atos administrativos discricionários à luz dos princípios constitucionais e dos objetivos e fundamentos consagrados em nossa Carta Maior: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

5 Conclusão

De tudo quanto exposto, podemos concluir:

- 1) A sociedade não é estática. Ela evolui, se transforma, atualiza-se.
- 2) O direito administrativo, como aliás toda a sorte de outros ramos do direito, não pode ficar apático frente a essa constatação. Ele deve se amoldar a essa nova realidade, de forma a bem responder aos anseios da sociedade.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 232.

3) A cada vez maior utilização da Constituição, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não pode passar despercebida aos operadores do direito. Nunca se falou tanto em supremacia da Constituição. Nunca se invocaram tantos princípios. Um novo modo de pensar e ver o direito, sob o prisma constitucional-principiológico, é, portanto, uma tendência que vem crescendo cada vez mais.

4) A discricionariedade não deve mais ser vista como a liberdade de atuação do administrador limitada apenas pela lei, como outrora.

5) O afastamento desse positivismo jurídico puro não significa, em absoluto, a redução ou o comprometimento da segurança jurídica, mas sim a busca do bem comum e da melhor implementação dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente, por meio da observância de princípios outros tão relevantes quanto o da legalidade.

6) O conceito de discricionariedade administrativa deve, pois, ser ampliado. Deve deixar de ser visto apenas sob o âmbito da lei, formalmente considerada, para englobar todo o direito, assim considerado todo o sistema de leis, normas, regras e princípios, mormente os constitucionais.

6 Referências

ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffré, 1949.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

BITTAR, Eduardo. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUZA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo

Irene Patrícia Nohara¹

Sumário: 1 Considerações introdutórias. 2 Discricionariedade administrativa: fundamento e importância. 3 Linguagem e conceitos jurídicos indeterminados. 4 Indeterminação e discricionariedade administrativa. 5 Direitos sociais e novos desafios à abordagem da discricionariedade. 6 Pós-positivismo e impossibilidade de delimitação abstrata da discricionariedade. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Considerações introdutórias

À jurista do porte de Maria Sylvia Zanella Di Pietro é que se deve a admirável iniciativa do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo de homenageá-la. Sua contribuição para o aperfeiçoamento do direito administrativo no Brasil é inegável e o presente estudo, humilde colaboração de alguém que nutre eterna gratidão pela homenageada, toma por inspiração sua tese sobre a *discricionariedade administrativa*, fazendo um corte a partir da atual questão

¹ Bacharel, Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional e Administrativo da Escola Paulista de Direito (EPD) e professora pesquisadora dos cursos de graduação e mestrado da Faculdade de Direito do Sul da Minas (FDSM).

dos limites de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, ante as investidas da nova hermenêutica aos alicerces metodológicos positivistas.

Deve-se registrar que a com a tese da *discricionariedade administrativa*, na qual obteve nota máxima por unanimidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro imortalizou-se como sucessora de seis catedráticos que a antecederam na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 135 anos.²

Foi principalmente com esse importante e aprofundado estudo da jurista que o direito administrativo foi arejado pelos ventos democráticos da Constituição de 1988, afastando o ranço de autoritarismo que espreitava práticas administrativas que davam ampla abrangência ao conceito de discricionariedade administrativa, e houve, doravante, a inauguração de uma fase na qual a escola tradicional do direito administrativo deu passagem ao invulgar talento de autores da escola apelidada “moderna”.³

A esses corajosos estudiosos, que abriram caminhos nunca dantes trilhados no Brasil, devemos os nossos mais sinceros agradecimentos, pois se hoje podemos colaborar um pouco que seja para a iluminação da clareira que foi por eles aberta no emaranhando confuso dos ambientes densos e por vezes sombrios, jamais se deve esquecer que será *sempre* na condição de “anões em ombros de gigantes”.⁴

Dito isso, deve-se registrar também que quem primeiro tratou do assunto dos conceitos jurídicos indeterminados em face da discricionariedade no Brasil foi Regina Helena Costa, em pioneiro estudo publicado

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 11. Prefácio e relato histórico de José Cretella Júnior.

3 No sentido de “atual”, da qual Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz parte (Entrevista com Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Por Irene Patrícia Nohara. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Santos*, p. 23, 2005). A mesma autora relata que quando escreveu o livro sobre discricionariedade, assuntos como princípios e conceitos jurídicos indeterminados estavam “muito incipientes no Brasil”, o que causou reações, mas que na atualidade “ninguém mais protesta” (Ibidem, mesma página).

4 Essa expressão é evocada por Umberto Eco para se referir aos medievais que, a partir dos conhecimentos legados pelos antigos, alargavam seu restrito campo de visão (*Como se faz uma tese*. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996. p. 12).

em 1988 na prestigiada *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*.⁵

O objetivo deste estudo é enfrentar a problemática do uso dos conceitos jurídicos indeterminados nos pressupostos de direito administrativo e responder, com base nos avanços da nova hermenêutica, se ainda é justificável a postura que defende que quando há conceitos jurídicos indeterminados ocorre *a priori* margem de opção “livre” ou discricionária por parte do Poder Público.

Para tanto, será necessário analisar os limites da discricionariedade administrativa. Clássica é a constatação de Stassinopoulos, no sentido de que “o domínio da discricionariedade começa onde termina a interpretação”⁶. Contudo, as possibilidades interpretativas foram modificadas com o avanço das novas doutrinas que atualizaram a hermenêutica jurídica e essas orientações não foram, via de regra, trazidas, com algumas de suas consequências, para o campo do direito administrativo.

Assim, o tema da discricionariedade administrativa jamais pode ser considerado assunto estático, uma vez que constitui matéria dinâmica que sofre interferências das modificações sentidas hodiernamente na hermenêutica jurídica. Ademais, a maior proteção dada aos direitos de segunda geração, a partir do fortalecimento de novos sujeitos e atores sociais no Estado Democrático de Direito, foi um fator que contribuiu para que houvesse a modificação da noção liberal de separação de poderes e, como consequência, da utilização indiscriminada do argumento da reserva do possível no âmbito jurisprudencial.

Será visto que jamais se deve exigir do magistrado pretensa neutralidade ao produzir a sentença, como norma individual, mas o adequado é considerar o juiz como intérprete autêntico do sistema jurídico, dele se esperando imparcialidade, isenção de ânimo, boa vontade ao apreciar as particularidades do caso concreto e convincente argumentação para legitimar sua decisão de reconhecimento, quer seja da discricionariedade

5 COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, n. 29, p. 79-108, 1988.

6 “On peut donc dire que la domaine du pouvoir discrétionnaire commence là où se termine celui de l’interprétation” (STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973. p. 151).

ou da vinculação da Administração Pública às regras e princípios extraídos do ordenamento jurídico.

Por fim, deve-se ressaltar que a contribuição deste artigo está em optar metodologicamente por partir do ordenamento como espinha dorsal do pós-positivismo e da nova hermenêutica que, conforme esclarece Paulo Bonavides, não adota uma noção de sistema fechado do pandectismo, mas de sistema aberto e flutuante, mais de natureza teleológica do que de natureza lógica⁷. Grande parte da abertura e da fluidez do ordenamento origina-se justamente da “textura aberta da linguagem”⁸, da qual é inevitavelmente constituído, assunto que está no âmago da abordagem dos conceitos jurídicos indeterminados.

2 Discrecionariade administrativa: fundamento e importância

Discrecionariade é prerrogativa que tem a Administração Pública para optar dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o ordenamento jurídico, por aquela que, segundo critérios de conveniência e oportunidade, melhor atende ao interesse público no caso concreto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹ identifica dois fundamentos básicos da discrecionariade: um de ordem prática e outro de ordem jurídica.

Pelo princípio da legalidade administrativa, a Administração só pode agir se autorizada pela lei. Assim, do *ponto de vista prático*, o legislador não é capaz de traçar com precisão todas as decisões possíveis de serem tomadas pelos agentes públicos para as variadas situações de gestão da coisa pública.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰, a discrecionariade acompanha a limitação (finitude) da mente humana, que não consegue

7 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 607. O constitucionalista expõe nessa passagem de sua obra a problemática da insuficiência da velha hermenêutica na efetivação dos direitos fundamentais.

8 CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 35.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 70.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 847.

identificar de forma objetiva todas as medidas normativas idôneas para solucionar com clareza as múltiplas situações vivenciadas no cotidiano administrativo. Acrescente-se, ainda, que a vida sempre oferece circunstâncias diferenciadas que exigem do bom administrador ponderações ainda mais sofisticadas do que aquelas que os *standards* normativos permitem extrair com clareza.

Nessa perspectiva, esclarece Genaro Carrió que “não dispomos de um critério que nos sirva para incluir ou excluir todos os casos possíveis, pela simples razão de que não podemos prever todos os casos possíveis”¹¹. Os agentes públicos não devem ser vistos como robôs, pois a nobre atividade de escolher a solução que melhor atende ao interesse público na esfera de discricionariedade não se coaduna com operações de caráter meramente lógico-dedutivo.

Os interesses públicos são dinâmicos e o agente público não pode ser engessado como se fosse um “operador de *call center*”, com um roteiro pormenorizado e sempre incompleto diante da variabilidade de circunstâncias que a atividade administrativa e os interesses públicos cambiantes oferecem. Do ponto de vista prático, o agente dispõe geralmente de uma margem de opção, dentro das hipóteses legais, que não raro aponta para diversas decisões possíveis.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que há quase um consenso universal no sentido de que o Estado deve se organizar e agir juridicamente. Entretanto, apesar de a organização das atividades se submeter ao direito, isso não significa que todo comportamento deva estar necessariamente *prescrito* em lei, pois há uma “vasta área de ação que não se compadece com a geometria social de prévias definições vinculativas e que, assim, demandarão juízos casuísticos de conveniência e de oportunidade – o que se denomina discricionariedade”.¹²

A Administração Pública deve atuar, portanto, tanto nos casos de expressa e determinada previsão legal, quanto naqueles em que a lei a

11 CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y language*, cit., p. 36.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito administrativo da segurança pública. In: CRETELLA JÚNIOR, José (Coord.). *Direito administrativo da ordem pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 66.

autoriza a agir de forma implícita. Em outros termos, explana Agustín Gordillo¹³ que o Poder Público apenas pode agir, avançando sobre a esfera de liberdade individual, quando a lei o autoriza, seja de forma vinculada ou discricionária.

O legislador tanto pode demonstrar deliberado intento em conceder tal discricionariedade, quando, por exemplo¹⁴, determina que a Administração *poderá* conferir ao funcionário que atingir certo parâmetro de desempenho uma premiação, a depender das possibilidades, hipótese em que existe uma *faculdade discricionária expressa*, bem como a discricionariedade pode ser extraída *implicitamente* da impossibilidade material de fixação de todas as condutas possíveis pela lei, seja porque ela contempla conceitos jurídicos indeterminados¹⁵ que, dependendo do caso concreto, podem conferir margem de opção interpretativa, seja porque a lei é ato de caráter genérico, sendo desse último fato extraído por Di Pietro o fundamento jurídico da discricionariedade.¹⁶

Do *ponto de vista jurídico*, a discricionariedade é uma decorrência do próprio ordenamento, pois, de acordo com a teoria kelseniana, em cada momento interpretativo, dentro da estrutura piramidal escalonada, devem-se respeitar limites impostos por uma norma de grau superior, que possui maior generalidade do que a norma de grau inferior.

O chefe do Executivo, quando elabora, por exemplo, um decreto, obedece aos limites impostos pela lei que regulamenta, e o administrador

13 O conceito de atuação da Administração dentro do ordenamento é mais restritivo para Agustín Gordillo do que para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que chega a vislumbrar uma possibilidade de atuação livre da Administração, contanto que não viole a lei (Direito administrativo da segurança pública, cit., p. 66). Agustín Gordillo, por sua vez, defende que o ordenamento não confere à Administração a possibilidade de atuação genérica e indeterminada (ou seja, na ausência da lei), mormente no âmbito de restrição de interesses individuais (*Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. v. 2. p. V-22).

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 868.

15 Ressalte-se que Eros Roberto Grau defende haver discricionariedade apenas quando expressamente atribuída pela norma jurídica válida à autoridade administrativa, e não aceita que conceitos jurídicos indeterminados deem margem de discricionariedade à Administração Pública, porquanto defende que esse caso é tão somente de interpretação (*O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 191; e também: STF – RMS 24.699/DF, rel. Min. Eros Grau, DJ, de 01.07.2005. p. 56).

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 71.

que segue tal regulamento, ao praticar atos, deve respeitar os limites mais restritivos determinados no decreto; contudo, em regra, tanto quem elabora o ato normativo subordinado à lei como aquele que executa concretamente os parâmetros legais e regulamentares possui algum grau de liberdade (discricionariedade) em sua atividade interpretativa.

Observa-se, pois, que conforme se vai do ápice à base da pirâmide na operação interpretativa, mais *determinada* (ou concreta) se torna a ação do agente. Na realidade, ambos os tipos de fundamentos, isto é, o prático e o jurídico, são intrinsecamente relacionados, mas o fundamento jurídico aponta para o fato de que o legislador cria atos normativos que possuem caráter genérico e o administrador edita, em geral, atos de efeitos mais concretos.

Sendo a lei um ato de caráter hipotético, isto é, dotado de abstração e generalidade, a ela é, em regra, vedado resolver casos concretos, pois essa é a tarefa do administrador que, em sua função de executar a vontade da lei na perseguição dos interesses públicos, edita atos específicos, dentro da margem normativa de caráter de maior abstração. Em suma, o legislador lida, em geral, com situações abstratas, e não com situações concretas ou individuais, sendo essas últimas mais próprias do exercício da função administrativa.

A discricionariedade não é um poder autônomo, porque ela implica na liberdade de atuação *dentro da lei* ou da *moldura normativa* (que abrange regras e princípios) fornecida pelo ordenamento jurídico, ou seja, a Administração, ao praticar um ato discricionário, deve respeitar os limites da lei em que se fundamenta.

Diferenciam-se, pois, os conceitos de *discricionariedade* e *arbítrio*, sendo que este último implica na invalidade ou ilegitimidade. Mesmo Hely Lopes Meirelles, que não era dos intérpretes mais afinados com a restrição máxima da discricionariedade, já dizia que “discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”.¹⁷

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120-121.

O Poder Judiciário não pode adentrar na discricionariedade da Administração e se substituir ao mérito de opções “políticas”¹⁸ tidas como válidas diante do ordenamento jurídico, sob pena de violação da harmonia e independência que deve haver entre os poderes.

Mesmo na presença de discricionariedade, diante de uma série de situações fáticas diversificadas, há um *controle de contornos* (margens, moldura ou limites) da ação, propiciado pela verificação da obediência às determinações legais exigidas para o caso concreto. Ressalte-se também que a discricionariedade é limitada pelos princípios de direito, pois no Estado Democrático de Direito eles são considerados normas integrantes do ordenamento, e não meros expedientes de suprimento de lacunas nas regras.

A discricionariedade é um dos assuntos mais importantes do direito administrativo, tendo sido apontada até como “a pequena fenda pela qual, com o tempo, a liberdade de todos pode esvair-se”¹⁹, pois muito embora seja conceito dinâmico, se mal interpretada, tem aptidão de impedir o controle jurisdicional de atos que acarretam lesão ou ameaça de lesão a liberdades e direitos, restabelecendo, na prática, um juízo que foi há tempos banido do sistema judiciário, qual seja, o juízo do *non liquet*.

Non liquet significa não está claro, isto é, existem dúvidas. No processo formular romano, o árbitro ou *judex* podia deixar de decidir a partir do juramento *sibi non liquere*, no qual não julgava por ser obscura a questão para si (*non liquet*)²⁰. Atualmente, o magistrado é obrigado a proferir sentença, mesmo diante de lacunas legais, mas no direito administrativo acontece frequentemente de juízes que não se atualizaram segundo o conceito dinâmico de discricionariedade, que é limitado pelos princípios e regras constantes no ordenamento, deixarem de analisar um ato *arbitrário*, a partir da alegação da discricionariedade administrativa.

18 O termo político deve ser visto com ressalvas, pois, segundo Hely Lopes Meirelles, “negamos a existência de ato político como entidade autônoma. O que existe, a nosso ver, é sempre ato administrativo, ato legislativo ou ato judiciário informado pelo fundamento político. O impropriamente denominado ato político não passa de ato de governo, praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os poderes do Estado” (*Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 46).

19 HAYEK, Friedrich von. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983. p. 258.

20 LUIZ, Antônio Filardi. *Dicionário de expressões latinas*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 200.

Essa postura acaba por perpetrar práticas reprováveis, nas quais os agentes públicos procuram se desvencilhar do dever jurídico de buscar as melhores opções na consecução de interesses públicos de acordo com os princípios administrativos, utilizando-se da alegação de uma noção já ultrapassada de *discrecionariiedade*, associada a uma “carta em branco”, ou seja, a um *poder ilimitado* ou *incontrastável* para a prática de atos pautados meramente na vontade individual, e não na vontade objetiva do ordenamento.

Por esse motivo, Hely Lopes Meirelles apontava que:

“Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois a Justiça poderá dizer sobre sua legitimidade e aos limites de opção do agente administrativo, ou seja, a conformidade da *discrecionariiedade* com a lei e com os princípios jurídicos. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o *discrecionarismo* do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar e coibir os abusos da Administração.”²¹

Quanto aos critérios técnicos, observa-se uma tendência ao questionamento da chamada *discrecionariiedade técnica*²² do administrador. Expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando analisa as concepções alemãs dos conceitos indeterminados:

“O emprego de conceitos imprecisos pelo legislador não significa outorga de *discrecionariiedade* à Administração, pois somente o juiz, com sua imparcialidade e seus conhecimentos técnicos, tem condições de encontrar a solução mais adequada a cada caso concreto. As autoridades incumbidas de aplicar a lei não têm liberdade de escolher, segundo seus próprios critérios, a solução que lhes pareça mais conveniente; elas têm de observar os limites

21 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 122-123.

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariiedade técnica e discrecionariiedade administrativa*. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 480-504.

legais e obedecer ao fim de interesse público expresso em lei, segundo as regras da mais racional administração.”²³

Assegura também Di Pietro²⁴ que quanto maior a extensão conferida à discricionariedade, mais riscos correm as liberdades dos cidadãos, pois ela é a *chave* do equilíbrio entre as *prerrogativas públicas* e os *direitos individuais*, na medida que a discricionariedade é limitada e submetida não apenas a (1) aspectos *formais*, como competência e forma²⁵, mas, sobretudo a (2) aspectos: (a) *materiais*, que analisam os motivos determinantes e a consecução dos fins legais, e (b) *axiológicos*, como a obediência aos princípios da moralidade, da razoabilidade, do interesse público e da motivação, que protegem os cidadãos contra investidas infundadas ou ilegítimas do Estado em sua esfera de liberdade.

3 Linguagem e conceitos jurídicos indeterminados

A linguagem permeia todos os aspectos da vida humana, sendo fundamental na área jurídica. Direito e linguagem são indissociáveis. Basta refletir que os textos normativos são considerados fontes primárias na produção do direito.

Contudo, a ciência jurídica entende que a norma produzida pela autoridade competente não se reduz ao texto normativo presente nas leis ou nos demais atos normativos. Ademais, a chamada interpretação autêntica, na concepção kelseniana²⁶, é aquela realizada por órgãos competentes, isto é, que possuem força para impor suas decisões, com fundamento de validade no ordenamento jurídico.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 101-102.

24 Ibidem, p. 13.

25 Mesmo o ato discricionário no pressuposto de fato será vinculado em aspectos como *competência*, que decorre de previsão legal, ou *forma*, se a forma determinada for condição de validade do ato, por isso se diz que não existem atos totalmente discricionários. Exige-se sempre que o ato seja editado por agente competente, revestido de forma legal e que obedeça a finalidade pública (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 153, inspirado em: LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. *Revista de Direito Administrativo*, n. 14, p. 53).

26 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 470.

A atividade de interpretação não envolve apenas a compreensão do texto normativo, mas a interpretação da realidade do caso concreto, sendo a determinação do sentido da norma obtida também pela apreensão da força e do alcance do texto e de suas intenções, tendo em vista a decidibilidade²⁷. Esse dado é indispensável para se refletir a questão da discricionariedade, que é normalmente associada aos conceitos indeterminados, conforme será visto. A produção da norma individual, seja ela ato administrativo ou sentença de controle da Administração Pública, compreende também a necessidade de interpretação do *fato concreto*, e não só do texto normativo, aspecto que provoca a necessidade de se repensar como se dá na realidade a denominada “subsunção”.

Ressalte-se que *objeto*, *conceito* e *termo* são diferenciados pelos linguistas a partir da construção do chamado triângulo semiótico, que identifica três planos: (1) a *realidade*, correspondente ao objeto ou ao fato; (2) o *pensamento*, identificado com o conceito ou o significado; e (3) a *linguagem*, escrita, falada ou em outros signos.

Uma coisa é um homem concreto, diverso da noção abstrata (conceito) de homem, que também se diferencia da palavra ou termo, escrito ou falado, que pode ser traduzido para outros idiomas ou associado a um desenho ou símbolo. O triângulo semiótico pode ser identificado na máxima escolástica: *vox significat (rem) mediantibus conceptibus*, traduzida como “a palavra significa (a coisa) por intermédio de conceitos”.²⁸

Na verdade, o termo só é linguagem também pelo conceito que o designa²⁹, ou seja, embora se trate de realidades distintas, eles são essencialmente relacionados. Também se considera na atualidade que a linguagem

27 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 275.

28 LYONS, John. *Semântica*. Tradução de Wanda Ramos. Lisboa: Presença, 1980. p. 85.

29 Nesse ponto se discorda do posicionamento de Eros Roberto Grau, quando ele diz que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos), muito embora se concorde com diversos outros pressupostos admitidos pelo autor, que sempre se preocupa em dialogar com os filósofos da linguagem e com os linguistas no geral (Nota sobre os conceitos jurídicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, n. 74, p. 217-221, abr./jun. 1985). Ver também: NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 90.

não é mero instrumento do pensamento, mas é operativa e dinâmica de sua formação. No universo do direito, esse fato é ainda mais claro, uma vez que pela linguagem o sujeito pratica atos jurídicos – o que evidencia uma transformação da realidade através da linguagem, já não mais considerada apenas instrumento apto a designar os objetos do mundo.

A linguagem só alcança sentido num contexto relacionado com o homem situado no mundo. Conforme nos foi legado por Wittgenstein, na obra de publicação póstuma *Investigações filosóficas*³⁰ (1953), as regras de linguagem são oriundas do plano social, que é produto de um jogo linguístico. Nessa perspectiva, a compreensão do mundo não depende somente da precisão que a linguagem tem para designá-lo, mas envolve questões de articulação e integração do sujeito que o interpreta, variando em função de uma série de outros fatores, como a cultura, os interesses, os conflitos e as necessidades.

Essas considerações são necessárias para que se situe o intérprete no atual estágio de desenvolvimento da teoria da linguagem e para que ele não se iluda, achando que o rigor e a precisão linguísticos são um caminho metodologicamente seguro e suficiente a ser tomado pela ciência jurídica.

Após o movimento denominado reviravolta linguístico-pragmática³¹, percebeu-se que a linguagem é utilizada não apenas para designar e compreender o mundo, numa relação neutra, mas que os homens dominam uns aos outros fazendo uso da linguagem, como se extrai, por exemplo, da experiência dos regimes totalitários, que foram acompanhados de uma bagagem conceitual e linguística. Conceitos indeterminados são também denominados conceitos fluidos ou vagos. O conceito indeterminado é, nos dizeres de Engisch, “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”³², em contraposição ao conceito numérico ou preciso.

30 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Carlos José Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 245.

31 Ver: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. passim.

32 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 208.

Segundo Genaro Carrió³³, o conceito indeterminado não se confunde com o ambíguo, pois enquanto este último tem mais de um significado, sendo superada a dificuldade interpretativa quando o contexto em que a palavra é utilizada é explicitado, o conceito indeterminado ou vago não se origina da falta de informação acerca de seu objeto, mas no campo ou abrangência de sua aplicação.

Nos exemplos fornecidos pelo autor, enquanto *rádio* é palavra ambígua, pois tanto pode significar aparelho elétrico utilizado para escutar música ou notícias ou metal descoberto pelo casal Curie, sendo que o contexto em que o termo é utilizado dissipa as eventuais dúvidas acerca do seu emprego, *jovem* é conceito indeterminado, pois muito embora todos saibam o seu significado, não dá para precisar com exatidão qual a idade em que o ser humano deixa de ser jovem.

É de Philip Heck a paradigmática imagem da lâmpada de leitura, em que entre o foco de luz e a escuridão há uma zona cinzenta. Trata-se de metáfora do núcleo e do halo conceitual de um conceito jurídico indeterminado. Em exposição de Engisch³⁴, quando se tem uma noção clara do conteúdo e extensão do conceito, está-se no domínio do núcleo conceitual (*Begriffkern*); onde as dúvidas começam, inicia-se o halo do conceito (*Begriffshof*). Assim, a indeterminação do conceito se localiza entre a zona de certeza negativa e a zona de certeza positiva.

Se uma lei criasse um programa de incentivo à prática desportiva para jovens, sem que houvesse qualquer delimitação de idade quanto ao termo utilizado, e um administrador reconhecesse benefícios legais a uma pessoa de vinte anos, com base na lei, o juiz não poderia substituir a discricionariedade administrativa com a invalidação do ato, uma vez que o caso concreto estaria na zona indeterminada; todavia, se o agente público estendesse o benefício a uma criança de cinco anos de idade ou a um idoso de setenta anos, nesses casos concretos não haveria problema na declaração de nulidade do ato, pois os pressupostos fáticos recairiam sobre zonas de certeza negativa.

33 CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 28-36.

34 ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 208.

4 Indeterminação e discricionariedade administrativa

Os conceitos jurídicos indeterminados oferecem, dependendo do caso concreto, maior dificuldade na atividade interpretativa. Todavia, enquanto que em outras disciplinas jurídicas, o juiz é obrigado a solucionar os conflitos que lhes são submetidos, tendo em vista que não pode abrir mão de sua atribuição de decidir, mesmo diante de situações obscuras, na aplicação do direito administrativo existe o pressuposto da discricionariedade em sua interpretação.

Significa dizer que o juiz não pode substituir decisões administrativas que foram tomadas dentro das possibilidades oferecidas no ordenamento jurídico por outras que repare mais convenientes e oportunas em face dos diversos interesses públicos identificados, pois se assim procedesse, haveria a substituição da discricionariedade administrativa pela jurisdicional, ou seja, o juiz estaria impondo decisões ao administrador acerca do que reputa melhor ou pior no desempenho da função administrativa.

Se em uma localidade os gestores determinassem, após realização de audiência pública, dentro das regras de licitação, dos princípios da eficiência e da moralidade, que seria mais interessante do ponto de vista coletivo construir uma ponte que passasse por cima de um rio, e certo morador ingressasse com ação pleiteando a invalidação da decisão, tendo em vista o fato de ser mais oportuno que, em vez da ponte, houvesse a construção de um sistema de balsas, o magistrado não pode invalidar a decisão administrativa, se ela foi razoável, legítima e obedeceu a todos os parâmetros jurídicos para o caso concreto.

Ao longo da história identifica-se, no entanto, que quanto mais autoritário o sistema vigente, maior a defesa do argumento da discricionariedade, pelo qual o Poder Executivo era deixado livre para atuar em detrimento do controle do Poder Judiciário. De acordo com António Francisco de Sousa³⁵, no nazismo, por exemplo, os conceitos jurídicos indeterminados foram geralmente associados ao poder discricionário. Segundo relata o autor português, a partir da queda do nacional-socialismo,

35 SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 44.

os conceitos jurídicos indeterminados passaram a ser considerados conceitos totalmente sujeitos ao controle jurisdicional, num aumento da consciência do Estado de Direito.

Contudo, entendemos³⁶ que também não é desejável que esse viés ideológico provoque uma desproporção no sentido contrário, tal como ocorreu na Espanha, em que, após a experiência de um regime extremamente autoritário, juristas renomados como García de Enterría defenderam a postura de que, diante de um texto normativo fluido, não há mais de uma opção interpretativa legítima que atenda com justeza ao interesse público concretizado. Tal noção foi desenvolvida por Fernando Sainz Moreno, “discípulo” de Enterría.³⁷

Ora, nem a discricionariedade é, em tese, máxima, no sentido de admitir que a Administração tem ampla liberdade de enquadrar qualquer pressuposto fático diante de textos normativos que contenham conceitos jurídicos indeterminados, sem a possibilidade de controle jurisdicional, nem a discricionariedade pode ser considerada mínima ou reduzida a zero.

Reduzir a zero a discricionariedade implica assumir que o desempenho da função administrativa sempre poderá ser substituído pela função jurisdicional, mesmo que o agente público tenha tomado decisão dentro do ordenamento jurídico, ou seja, se não houver discricionariedade, o Judiciário poderá invalidar toda ação do Executivo a partir da alegação de que aquela medida não foi a que atendeu com “justeza” ao interesse público concreto.

Há, portanto, basicamente duas posturas identificadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸ na temática dos conceitos jurídicos indeterminados: (1) a dos que, como García de Enterría e Sainz Moreno, entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração porque, diante deles, ela terá de fazer um trabalho de interpretação que leve a

36 NOHARA, Irene Patrícia, *O motivo no ato administrativo*, cit., p. 100.

37 MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. passim.

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 92.

uma única solução possível; e (2) a dos que acham que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceito de valor, sendo afastada a discricionariedade diante de conceitos de experiência ou de conceitos técnicos que conduzam a uma única solução adequada.

Nessa segunda corrente pode ser inserido o entendimento do pioneiro estudo de Regina Helena Costa, para quem “o emprego, pela lei, de conceitos indeterminados pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração. A resposta só pode ser fornecida casuisticamente, tendo em vista o tipo de conceito utilizado pela norma”.³⁹

Segundo expõe, os conceitos de experiência ou empíricos são determináveis mediante interpretação, não conferindo margem de liberdade para o administrador e, como consequência, ensejam controle judicial, pois é função típica do Poder Judiciário interpretar o alcance e o sentido das normas jurídicas para sua justa aplicação.

No que concerne aos conceitos de valor, pondera Regina Helena Costa, que só são determináveis mediante escolha pelo administrador de uma entre as várias significações possíveis em tese, conferindo-lhe verdadeira discricionariedade. Nesse caso, o controle judicial será apenas um controle de contornos, de limites, sob pena de haver substituição da discricionariedade judicial pela administrativa.

Permitimo-nos defender postura um pouco diferenciada dos dois entendimentos identificados por Di Pietro, apesar de concordarmos com muitos de seus pressupostos, e sem prescindir da admiração que nutrimos tanto por García de Enterría, que foi expoente de um direito administrativo mais democrático na Espanha, como pela extraordinária Regina Helena Costa. Conforme tivemos oportunidade de expor: “O conceito jurídico indeterminado pode, ou não, conferir discricionariedade, e o critério para essa verificação não se pauta na natureza do conceito, mas na sua disciplina legal aliada à aptidão que os fatos possuem para comprovar a realidade normatizada.”⁴⁰

39 COSTA, Regina Helena, *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, cit., p. 104.

40 NOHARA, Irene Patrícia, *O motivo no ato administrativo*, cit., p. 108.

Extraí-se da pesquisa de Sainz Moreno⁴¹ que não se devem separar de forma radical as operações de *valorar* e de *conhecer*. Ademais, o autor acrescenta que há conceitos de experiência indeterminados e conceitos de valor determinados. Conceitos como “mentira”, “mãe” e “engano” não se limitam a designar seu objeto, mas também são carregados de valoração positiva ou negativa.

Depois, não se interpreta apenas o texto normativo, mas também os fatos que irão compor a decisão jurídica. Por exemplo, reputação ilibada é conceito indeterminado, sendo critério de escolha política para conselheiros e ministros dos Tribunais de Contas, entre outros. Também pode ser visto como *conceito de valor*, mas, apesar de sua indeterminação, ele jamais pode ser considerado um “cheque em branco” para que o Executivo nomeie pessoa absolutamente sem reputação ilibada.

Assim, entendemos adequada, por exemplo, a decisão do juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Velho⁴² que invalidou decreto de nomeação de conselheiro do Tribunal de Contas de Rondônia, pois não considerou preenchidos requisitos de idoneidade moral e reputação ilibada, pois o beneficiário do ato invalidado respondia por dezenas de denúncias enquadradas em peculato, crimes contra a ordem tributária, estelionatos diversos, lesões corporais, desacato e constrangimento ilegal de funcionário público federal, tendo sido demitido do cargo que ocupara em banco do Estado, em virtude de três acusações de estelionato por desvio fraudulento de valores sob sua guarda e responsabilidade.

Por conseguinte, defendemos que por mais indeterminado que seja o conceito contido no pressuposto legal, não se pode, a partir da vagueza do conceito, *a priori* deduzir que a Administração terá liberdade para enquadrar todo e qualquer pressuposto de fato, afastando-se de todas as circunstâncias o controle jurisdicional. Em suma, a discricionariedade só é averiguada em face do caso concreto.

41 MORENO, Fernando Sainz, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 205. Ver: NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 162.

42 *Consultor Jurídico*, de 22 mar. 2005. Disponível em: <cojur.estadao.com.br/static/text/1429,1>. Acesso em 10 out. 2005.

5 Direitos sociais e novos desafios à abordagem da discricionariedade

Há vozes que, apesar de toda mudança ocorrida no cenário da hermenêutica jurídica, ainda rejeitam esse movimento de redução da margem de discricionariedade administrativa, pois entendem que haverá a restauração do chamado “governo dos juízes”.

O período denominado de governo dos juízes, rigorosamente falando, foi aquele em que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte, de composição eminentemente liberal, começou a adentrar no mérito das políticas públicas de reconstrução do país, arrasado pela Grande Depressão, declarando a nulidade de leis intervencionistas, que contavam com ampla legitimidade. Ocorre que a partir do encaminhamento pelo governo de Roosevelt de um pacote⁴³ de aposentadoria que modificaria a composição da Suprema Corte, ela passou a não mais se pronunciar durante vários anos sobre questões econômicas.

No Brasil, o movimento de afastar o Judiciário de assuntos de ordem política também teve sua expressão praticamente no mesmo período, uma vez que as Constituições de 1934 e de 1937, respectivamente, nos artigos 68 e 94, determinaram ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Tais reações podem ser analisadas da perspectiva da inércia de anos a fio de concepção liberal do direito que reagia aos novos ares intervencionistas de um Estado que era pressionado a fazer concessões e incorporar no ordenamento jurídico direitos sociais. A incorporação de direitos de segunda geração, que foi difundida a partir do modelo de Weimar de 1919, mas que teve por antecessora a Constituição mexicana de 1917, representou uma alteração vetorial no papel do Estado, que foi sentida no Brasil a partir da Constituição de 1934.

A modificação do papel do Estado alterou, por consequência, o escopo do direito, que antes se voltava a proteger quase que exclusivamente direitos individuais e, a partir do maior intervencionismo,

⁴³ *Court Packing Plan*, artil que acabou não sendo aprovado pelo Congresso, mas que teve seus efeitos políticos na Suprema Corte (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 202).

tornou justiciáveis aspectos que antes eram considerados eminentemente “políticos”.

Ora, sabe-se que enquanto os direitos individuais geram, via de regra, um dever de abstenção do Estado em nome da preservação do valor liberdade, os direitos sociais demandam dos órgãos públicos um dever de caráter prestacional, sendo que a enunciação de direitos sociais não pôde ser acompanhada da criação de uma só vez de efetivos mecanismos de garantia de todos eles, tendo em vista que tais direitos demandavam alocação de recursos estatais para sua efetivação.

Daí adveio a discussão da problemática das normas programáticas e da eficácia das normas constitucionais, para se verificar até que ponto os diversos direitos sociais incorporados no bojo das Constituições poderiam ser considerados direitos públicos subjetivos e não meras expectativas de direitos, dependentes para a plena efetivação do argumento da chamada reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*).

Houve, a partir da democratização do país, o surgimento de novos atores sociais e foram cometidas importantes atribuições a instituições permanentes como o Ministério Público, que a Constituição de 1988 declarou essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A partir desse novo quadro, que lançou luz sobre os direitos transindividuais, houve a ampliação do uso das tutelas coletivas e as capilaridades do sistema jurídico tiveram de ser “engrossadas” a partir da proliferação de ações coletivas, como, por exemplo, a ação civil pública. Nesse aspecto, houve a necessidade de se rediscutir a noção de discricionariedade administrativa, diante da enxurrada de ações que contestavam a inércia estatal em promover medidas suficientes para a garantia de direitos sociais.

Entendemos que diante desse novo cenário, a discricionariedade ainda é categoria útil para coibir os excessos do movimento, que, ressalte-se, é plenamente legítimo, de ativismo jurídico, pois não há como negar que o Estado tem recursos finitos para compromissos sociais imensuráveis e que *nem sempre* essa escolha deve ser feita no âmbito do Poder Judiciário.

No entanto, por outro lado, não se pode deixar de considerar que quando as promessas assumidas saem da esfera exclusivamente política e se transformam em compromissos jurídicos, a atuação dos magistrados no sentido de exigir o respeito aos direitos sociais está plenamente respaldada nas possibilidades do ordenamento, mormente a partir de seus alicerces metodológicos pós-positivistas que não negam justicialidade a um mínimo vital razoavelmente exigível para satisfação de uma vida digna.⁴⁴

6 Pós-positivismo e impossibilidade de delimitação abstrata da discricionariedade

Ainda é válida a noção aventada por Stassinopoulos, no sentido de que a discricionariedade inicia quando do término da interpretação. Entretanto, num sistema pós-positivista, flutuante, principiológico, e que deixou há tempos de buscar a inatingível e não raro injusta pretensão de completude, a clara delimitação das fronteiras entre a interpretação e a discricionariedade não é mais efetivável *a priori*, isto é, em tese.

Diante de pressupostos metodológicos positivistas, que gravitavam em torno da pretensão de se edificar um ordenamento jurídico visto como conjunto de regras aptas a resolverem a maior parte das questões conflituosas que emergiam da realidade, sendo os princípios tidos como de caráter supletivo e restrito à colmatação de lacunas, conforme estreita noção reproduzida *ainda* no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, *era* muito mais fácil procurar deduzir onde acabava a interpretação e começava a discricionariedade.

Ademais, o positivismo defendia uma postura interpretativa⁴⁵ que se pretendia *neutra e distante da valoração*, sendo esta última identificada como causa de incerteza e, portanto, obstáculo ao rigor e à precisão daquela hermenêutica. Tal abordagem acompanhou em muitos aspectos o posicionamento de Kelsen de que, diante de um texto normativo, todos os significados são igualmente válidos para a produção da norma

44 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 495.

45 NOHARA, Irene Patrícia, *O motivo no ato administrativo*, cit., p. 191.

individual, *in verbis*: “A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida que apenas aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do direito.”⁴⁶

Ora, concordamos com o ponto de vista de Kelsen, no sentido de que não dá para deduzir em tese uma única solução correta (ajustada) da lei, ao contrário do que supõe García de Enterría, pois isso irá depender das características de cada caso concreto, se sua interpretação recai nas zonas de certeza ou nas de indeterminação do texto normativo co-tejado, mas discordamos que as várias soluções interpretativas possíveis terão sempre *igual valor* perante o ordenamento jurídico.

A teoria pura de Kelsen não considera em seu objeto de estudo os inúmeros fatores, políticos, éticos ou econômicos que interferem na criação do direito, daí sua indiferença quanto à juridicidade das várias soluções ponderadas pelo juiz, em face dos princípios normativos. Mas o pós-positivismo buscou resgatar essa dimensão valorativa proveniente do conteúdo dos produtos jurídicos e reincorporou também a discussão sobre a invalidade de opções que não são adequadas ao conteúdo de maior indeterminação dos princípios, considerados como normas jurídicas.

Poder-se-ia perguntar: mas se o pós-positivismo reincorpora a dimensão mais abstrata, genérica e valorativa dos princípios às normas, não haveria o perigo de excessivo subjetivismo?

A resposta a essa questão é encontrada na teoria da argumentação, na qual se justifica que os consensos se tornam objetivos argumentativamente e também que, segundo Perelman⁴⁷, a validade das deliberações humanas ou preferências razoáveis deixa de ser arbitrária, à medida que elas surgem acompanhadas de *justificativas plausíveis*. Nessa perspectiva, qualquer produção cultural humana terá caráter provisório, mas essa provisoriedade não lhe retira a objetividade contextualizada historicamente, daí é extraída uma diferença entre o pós-positivismo e o jusnaturalismo.

46 KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 436.

47 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 94.

Assim, os limites entre discricionariedade e interpretação somente serão fixados concretamente na atividade argumentativa de cada caso. Então, mais correto é imaginar, em vez de dois campos *separados*, o da discricionariedade e o da interpretação, uma *moldura* de interpretação do ordenamento que, se cotejada com as peculiaridades da realidade existente, der margem a duas ou mais possibilidades, todas argumentativamente plausíveis diante das exigências das regras e dos princípios normativos, contemplará, no seu interior, espaço para a discricionariedade administrativa.

Advirta-se, por derradeiro, que como o limite entre interpretação e discricionariedade depende de uma série de ponderações complexas que variam em função de cada caso, e o sistema do Estado de Direito exige controles recíprocos entre os poderes, a solução menos danosa à inafastabilidade da tutela jurisdicional é aquela que propugna que a *linha limite* do controle jurisdicional seja identificada pelo próprio juiz, ou, na esclarecedora exposição de António Francisco de Sousa:

“O controle jurisdicional exige um *judicial self-restraint*, sempre que o juiz sinta que não pode ir mais longe no seu controle objetivo. Ponderados os argumentos num ou noutro sentido, só nos resta uma conclusão: por força do princípio do Estado de Direito, os conceitos indeterminados não só não excluem como exigem o seu controle jurisdicional pleno, sob pena de comprometimento irremediável da segurança dos particulares perante o Estado (Leviathan...), a recusa ou redução do controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados representaria eliminação de uma parte essencial da proteção jurídico-constitucional dos cidadãos. No entanto, reconhecer um controle jurisdicional pleno não significa que ele tenha de ser *sempre* exercido em sua plenitude.”⁴⁸

A discricionariedade não é argumento apto a excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF), mesmo porque a interpretação do caso concreto pode recair na margem

48 SOUSA, António Francisco de, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, cit., p. 210-211.

de certeza positiva do conceito jurídico indeterminado, o que vincula o administrador e, conseqüentemente, o juiz, desde que provocado, ou na margem de certeza negativa, o que permite ao Judiciário invalidar o ato; por outro lado, ainda subsiste como categoria útil para refrear um controle jurisdicional porventura arbitrário da discricionariedade administrativa.

7 Conclusões

Discricionariedade não é, ao nosso entender, um juízo *a priori*, mas sua configuração em dada circunstância variará de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Assim, a resposta à problemática apontada neste estudo, isto é, se a presença de conceitos jurídicos indeterminados no pressuposto normativo significa margem de discricionariedade dentro da moldura do ordenamento jurídico, será que depende do caso concreto e o Poder Judiciário é instância apta a identificar até onde poderá exercer o controle jurisdicional sem invadir a discricionariedade administrativa.

Para averiguar a presença ou não de discricionariedade no caso concreto, é importante refletir acerca da estruturação dos conceitos jurídicos indeterminados em zonas de certeza negativa e positiva, distintas da zona de indeterminação. Se a interpretação do caso concreto recair na zona indeterminada, existirá discricionariedade.

Por mais determinados que pareçam os conceitos, haverá sempre casos concretos prontos para desafiar essa pretensa precisão, tendo em vista a “textura aberta da linguagem” (Carrió); por isso, não é mais defensável a diferenciação outrora propagada de *conceitos de experiência* e *conceitos de valor* para efeito de delimitação da discricionariedade administrativa, conforme visto.

A partir do pós-positivismo, há o reconhecimento de que a interpretação jurídica depende substancialmente da atividade argumentativa, e não de meras operações demonstrativas, exceto, via de regra, no caso dos conceitos numéricos.

O resultado da argumentação no âmbito do Poder Judiciário dependerá também do grau de convencimento do juiz. Por conseguinte, há inevitáveis aspectos de subjetividade que têm potencial de interferir na decidibilidade, mas esses imponderáveis não afastam a pretensão de

objetividade do produto da argumentação, sob pena de recairmos num puro “psicologismo”.

Em suma, procuramos, ao longo do artigo, lançar luz sobre alguns aspectos novos na abordagem da discricionariedade administrativa no tocante ao uso de conceitos jurídicos indeterminados, como tentativa de contribuir para a ampliação do conhecimento sobre a temática escolhida para homenagear a inestimável Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

À “mestre”⁴⁹ de todos os administrativistas desse país, que teve a coragem de romper com o velho e assumir o risco de ser e pensar de forma diferente, reunindo forças diante das condições mais variadas da vida, é que se deve essa iniciativa respeitável da Procuradoria do Estado de São Paulo, local onde Di Pietro estabeleceu⁵⁰ seu vínculo definitivo com o direito administrativo.

Enquanto a maioria das pessoas, em conhecida frase, sente-se “apenas atraída pela beleza dos princípios”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sempre se mostrou vocacionada para “a grandiosidade do sacrifício”, e por isso seus aprofundados e inovadores estudos e sua coerência de vida são exemplos a serem permanentemente exaltados.

8 Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁴⁹ Na verdade, o termo “mestre” está sendo utilizado em sentido corriqueiro, pois com a tese da discricionariedade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conquistou a titularidade no Departamento de Direito do Estado da Universidade de São Paulo.

⁵⁰ “Como foi sua ligação com o estudo do direito administrativo? A minha ligação surgiu na realidade quando estava na Procuradoria Geral do Estado.” (Entrevista de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Revista da Procuradoria Geral do Município de Santos*, cit., p. 17).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 29, p. 79-108, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 480-504.

_____. Entrevista. Por Irene Patrícia Nohara. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Santos*, Santos, p. 15-30, 2005.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 14. ed. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1996.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. v. 2.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Nota sobre os conceitos jurídicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, n. 74, p. 217-221, abr./jun. 1985.

HAYEK, Friedrich von. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LUIZ, Antônio Filardi. *Dicionário de expressões latinas*. São Paulo: Atlas, 2000.

LYONS, John. *Semântica*. Tradução de Wanda Ramos. Lisboa: Presença, 1980.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito administrativo da segurança pública. In: CRETELLA JÚNIOR, José (Coord.). *Direito administrativo da ordem pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 65-86.

MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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

STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Carlos José Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

Supremacia do interesse público sobre o interesse privado: um panorama crítico da teoria da desconstrução do princípio

Luiz Fernando Roberto¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Uma noção da teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público. 3 A abstrata invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como fundamento para a arbitrariedade do Estado. 4 A questão da existência e da indeterminação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

É cediço na doutrina o entendimento de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado se encontra na base do regime jurídico da Administração Pública. De acordo com essa ideia, a prevalência do interesse da coletividade em relação ao interesse particular serve de fundamento para uma relação desequilibrada entre Estado e indivíduo, no âmbito da qual ao primeiro são conferidas certas prerrogativas e, ao segundo, sujeições.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduando em Direito Constitucional na PUC-SP.

Atualmente, nota-se o aparecimento de uma corrente doutrinária, formada por juristas de elevado prestígio nos meios acadêmicos, que defende a denominada desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Esse pensamento, baseado em regras de hermenêutica constitucional e na preocupação com a promoção da dignidade da pessoa, objetiva apontar a incompatibilidade do princípio em questão com a atual ordem constitucional.

A teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, contudo, tem sido criticada pela doutrina tradicional, que defende a perfeita consonância desse princípio com o ordenamento jurídico pátrio.

O presente trabalho tem por objetivo dar um panorama geral dessa discussão e, numa visão crítica, apresentar os principais argumentos das duas orientações doutrinárias que ora se opõem.

2 Uma noção da teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público

A doutrina tradicional dá uma feição garantística à formação histórica do direito administrativo, vinculando-a aos aspectos políticos e ideológicos das revoluções burguesas do século XVIII, das quais decorreram a separação das funções do Estado e a submissão dos atos estatais à lei.

Nesse sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles:

“O impulso decisivo para a formação do direito administrativo foi dado pela teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1748, e acolhida universalmente pelos Estados de Direito. Até então, o absolutismo reinante e o enfeixamento de todos os poderes governamentais nas mãos do soberano não permitiram o desenvolvimento de quaisquer teorias que visassem a reconhecer direitos aos súditos, em oposição às ordens do príncipe. Dominava a vontade onipotente do monarca, cristalizada na máxima romana *quod principi placuit legis habet vigorem* e, subsequentemente na expressão egocentrista de Luís XIV: *L'Etat c'est moi*.

Na França, após a Revolução (1789), a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio ensejar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da Administração ativa, o que ficou a cargo dos parlamentos, mas posteriormente reconheceu-se a conveniência de se desligar as atribuições políticas das judiciais.”²

Essa visão humanística dos ideais liberais reinantes no século XVIII, entretanto, não é admitida pelos defensores da teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público. Tais juristas, com efeito, não vêem nas origens do direito administrativo um fenômeno garantístico dos direitos individuais, mas a continuidade de um regime autoritário, marcado pela intenção de a Administração Pública ditar suas próprias regras e julgar seus próprios atos, alheia a qualquer controle externo. A esse respeito, discorre Gustavo Binenbojm:

“A atribuição do poder legislativo em matéria administrativa à jurisdição administrativa não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e a partilha das funções entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com administrados.

Chega-se, assim, à segunda contradição na gênese do direito administrativo: a criação de uma jurisdição administrativa. Contrariando a noção intuitiva de que ninguém é bom juiz de si mesmo, a introdução do contencioso administrativo – e consequente subtração dos litígios jurídico-administrativos da alçada do Poder Judiciário – embora alicerçada formalmente na ideia de que ‘julgar a Administração ainda é administrar’, não teve qualquer conteúdo garantístico, mas antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais,

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 51-52.

pretendendo impedir que o espírito de hostilidade existente nestes últimos contra a Revolução limitasse a atuação das autoridades administrativas revolucionárias.”³

Além do referido vício original, os autores da teoria ora examinada identificam uma crise pela qual passa atualmente o direito administrativo. De acordo com tais autores, o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, aliado ao compromisso do Estado Democrático de Direito com a promoção da dignidade da pessoa, obrigam o intérprete a proceder a uma releitura dos institutos tradicionais do direito administrativo, para compatibilizá-los com a Constituição Federal.

Seguindo tal raciocínio, durante o período do liberalismo posterior à Revolução Francesa, o Estado assumiu um papel essencialmente abstencionista, cujo objetivo precípua era garantir a autonomia e a liberdade dos particulares. Tal abstenção estatal, contudo, gerou distorções e desigualdades sociais, as quais puderam ser aplacadas apenas com a atuação positiva do Estado. Essa intervenção, que se fez mais evidente no período posterior à Segunda Guerra Mundial, foi marcada pela intensa prestação de serviços públicos em favor da população. Todavia, o modelo intervencionista, que se convencionou denominar *Estado de Bem-estar Social*, apesar de representar um grande avanço para os direitos e garantias fundamentais, ocasionou o insuportável inchaço do aparato estatal, o que acarretou a ineficiência dos serviços prestados pelo Estado à população. Essa falência do Estado Social motivou a retirada de certas funções da responsabilidade do Estado, transferindo-as à iniciativa privada.

Tal fenômeno foi bem captado por Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, que expõe:

“A Administração Pública burocrática necessitava de agilidade e eficiência. Instaurada a crise do Estado Social, ocorre, nas palavras de Caio Tácito, o ‘retorno do pêndulo’, ou seja, o Estado devolve aos particulares diversas tarefas, especialmente as de caráter

3 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, n. 8, ano 3, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12591>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

econômico (diversas empresas públicas e sociedades de economia mista demonstraram-se ineficientes), e entrega à iniciativa privada, inclusive, tarefas que, até então, eram exclusivamente desempenhadas pelo Poder Público (privatização dos serviços públicos).”⁴

Entendem os defensores da teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que, nesse processo de desmobilização do Estado Social, as noções de interesse público e de interesse privado adquiriram limites menos claros, já que tarefas anteriormente prestadas pelo Estado passaram a ser desempenhadas por entidades particulares. Além disso, no seio de uma sociedade pluralista, massificada e complexa, se tornou cada vez mais difícil separar interesses puramente individuais dos interesses públicos. Em decorrência, o direito público passou a ser influenciado por normas de direito privado, ao mesmo tempo que as normas de direito privado passaram a sofrer um grande influxo de normas de direito público.

Nesse sentido, discorre Daniel Sarmento:

“As fronteiras entre as categorias público/privado estão cada vez mais nebulosas. Se, por um lado, o direito público se privatiza, como acima destacado, este processo não anula a publicização do direito privado, operada durante o Estado Social. Ao contrário, vivencia-se hoje no país algo que ultrapassa a mera continuidade na edição de normas de ordem pública editadas para a disciplina das relações entre particulares. Trata-se de processo, já identificado com verdadeira ‘revolução copernicana’ no direito privado, consistente na sua progressiva constitucionalização.”⁵

No alicerce dessas mudanças, segundo entendem os teóricos da doutrina da desconstrução do princípio da supremacia do interesse

4 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *A constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 12.

5 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44-45.

público, se encontra o denominado *pós-positivismo*⁶ ou *neoconstitucionalismo*⁷. Essa teoria, que se caracteriza pela aproximação da moral com o direito e do direito constitucional com a filosofia do direito, objetiva estabelecer uma abordagem não positivista do direito. Tal abordagem, fundada na superioridade normativa dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito – notadamente o princípio da dignidade da pessoa – e na constitucionalização do direito, propõe uma releitura do ordenamento jurídico para compatibilizar todos os institutos jurídicos com a atual ordem constitucional.

Esse pensamento é bem exposto por Gustavo Binbenbojm:

“Como agente condutor básico da superação dogmática de tais categorias jurídicas, erige-se, hodiernamente a ideia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico apontado no capítulo anterior, pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos – traduzidos em parâmetros jurídicos – a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, ao se situarem acima e para além da lei, vincularem juridicamente o conceito de interesse público e estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.”⁸

Dentre os institutos considerados arcaicos e superados por essa corrente doutrinária, um dos que mais recebe críticas é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Alegam os autores que tal princípio representa uma janela aberta ao autoritarismo estatal, incompatível, pois, com o atual Estado Constitucional de Direito. Além

6 BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

7 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *A constitucionalização do direito administrativo*, cit., p. 19.

8 BINENBOJM, Gustavo, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, cit.

disso, tecem críticas à sua indeterminação, chegando ao ponto de negarem a própria existência do princípio.

3 A abstrata invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como fundamento para a arbitrariedade do Estado

Nos textos em que se apresentam críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, nota-se uma reação dos autores a um suposto autoritarismo estatal exteriorizado pela aleatória e imotivada invocação desse princípio para a prática de atos estatais violentos. Invariavelmente, os críticos apresentam exemplos de atos administrativos imperativos e restritivos de direitos individuais, todos motivados pelo abstrato fundamento da supremacia do interesse público. Vejamos.

Daniel Sarmento escreve:

“Como se sabe, a doutrina nacional alude frequentemente ao referido princípio implícito da supremacia do interesse público sobre o particular, ao qual atribui importância capital na definição do regime jurídico-administrativo. Tal princípio é empregado para justificar uma série de prerrogativas detidas pela Administração Pública, na qualidade de tutora e guardiã dos interesses da coletividade, como imperatividade do ato administrativo, sua presunção de legitimidade, a autotutela administrativa, a competência do Estado para promover desapropriações, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, para citar apenas alguns exemplos.”⁹

Alexandre Santos Aragão, criticando a possibilidade de o Estado restringir direitos fundamentais com base no interesse público, discorre: “É ainda comum a invocação do ‘interesse público’ como meio de justificar qualquer medida restritiva das liberdades públicas, como uma

⁹ SARMENTO, Daniel, Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, cit., p. 24.

tentativa de fazer prevalecer um argumento não institucional sobre um feixe harmônico de argumentos institucionais (...).”¹⁰

Nesse mesmo passo, expõe Paulo Ricardo Schier:

“A assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que toca.”¹¹

Tais proposições, contudo, não são isentas de críticas.

De fato, em que pese o brilho e a eloquência dos autores referidos, é preciso ressaltar que em nenhuma obra consagrada de direito administrativo se encontrará qualquer definição do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que possa servir de fundamento para que o Estado aja de maneira autoritária ou violenta, como sugerido pelos trechos citados.

Aliás, nem mesmo a já referida tese do “pecado original” resiste a uma criteriosa análise, já que a ideia de que o direito administrativo nasceu para manter instituições arbitrárias do Antigo Regime parece ser demasiadamente simplista, diante da profundidade das alterações sociais e institucionais trazidas pelos ideais iluministas daquela época. Nesse contexto, são oportunas as observações de Jean Rivero e Hugues Moutouh:

“Se a doutrina do contrato social redundava, com Hobbes, na justificação do absolutismo, com Locke, ao contrário, ela conduzia à limitação do poder. Para ele, o estado de natureza não é um inferno do qual se deva evadir, ainda que à custa de uma alienação total. A passagem para o estado de sociedade marca

10 ARAGÃO, Alexandre Santos. A “supremacia do interesse público” no advento do estado democrático de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16.

11 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 2, n. 4, jan./mar. 2004.

somente a busca refletida de um maior bem-estar. Portanto, o homem pode, antes de firmar o pacto social, calcular e dosar o que deixa à sociedade e o que guarda para si. O objetivo do contrato é precisamente fazer a partilha entre o que o homem reserva para si de sua liberdade inicial e o que entrega à autoridade do poder que cria.

Assim, aparece a ideia de que o homem recebe, da natureza, direitos fundamentais que ele conserva, em virtude do contrato, no seio da sociedade, e que são oponíveis ao poder. Sob essa forma, a escola do direito da natureza e das pessoas contém em germe os princípios fundamentais das declarações americanas e francesas do final do século XVIII.”¹²

A esse respeito, também se pode citar a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que, enxergando na origem do direito administrativo uma feição limitadora do poder estatal, afirma que esse ramo do direito “constitui disciplina própria do Estado moderno, ou melhor, do Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e de sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas suas relações com os governados”.¹³

Já em conciliadora posição, baseada na lúcida lição de Odete Medauar, expõe Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

“Ao que parece, no entanto, o direito administrativo não teria sido fruto de um milagre e nem, tampouco, representaria uma continuidade com o regime anterior. Não se pode afirmar uma origem exclusivamente milagrosa quando a força da Revolução impôs aos governantes a necessidade de estabelecerem regras especiais e limitadoras da ação estatal em um novo contexto sociopolítico. Induvidosamente, o surgimento do direito administrativo foi fruto da pressão social. De outra parte, não se teria

12 RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Libertades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 40.

13 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 52.

efetivamente uma solução de continuidade com o Velho Regime, pois, ainda que existissem defeitos ou ‘pecados’ importantes, a Administração deixava de ser totalmente arbitrária e passava a encontrar limites em normas legais, respondendo o Estado civilmente por seus atos.”¹⁴

Realmente, parece exagerada a ideia de que os ideais iluministas que fundamentaram a Revolução Francesa seriam apenas um pretexto para a manutenção de um Estado autoritário. Do mesmo modo, parece exagerada a imagem desse Estado triste e arbitrário, que viola impunemente direitos particulares sob a abstrata justificativa do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, insistentemente descrita nos textos dos juristas que defendem a teoria examinada.

A esse respeito, discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tecendo incisiva crítica à teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público:

“Em primeiro lugar, a ideia de que o interesse público *sempre, em qualquer situação*, prevalece sobre o particular jamais teve aplicação. Exagera-se o seu sentido, para depois combatê-lo, muitas vezes de forma inconsequente, irresponsável e sob falsos pretextos.

Em verdade, existe uma tendência a generalizar excessivamente determinados atributos do regime jurídico administrativo, que não correspondem à verdade.

Fala-se, por exemplo, nos atributos da imperatividade e da autoexecutoriedade dos atos administrativos como se fossem aplicáveis a todos os atos administrativos. No entanto, é sabido que nem todos os atos administrativos têm esses atributos. Os chamados *atos negociais* não são imperativos. Do mesmo modo, atos autoexecutórios são apenas aqueles a que a lei confere esse atributo ou aqueles de que a Administração tem que se socorrer em situações de emergência (aliás, por razões de interesse público). É o que realçamos no livro *Direito administrativo* (20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 185), repetindo lição que consta de

14 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *A constitucionalização do direito administrativo*, cit., p. 10.

todas as edições anteriores e nos melhores e mais atuais livros de doutrina.”¹⁵

Com efeito, uma consulta aos manuais mais tradicionais revela que nenhum jurista que se propôs a estudar com profundidade o direito administrativo declina fundamentos da utilização do interesse público para justificar atos de uma Administração Pública arbitrária ou violenta. Muito pelo contrário, toda a noção que se formou em torno da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado é permeada pela preocupação com a limitação da atuação estatal e com a proteção de interesses particulares.

Essa preocupação, cumpre ressaltar, encontra-se bem explicitada na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos mais conhecidos defensores do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que adverte:

“Existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isso efetiva, de que o direito administrativo é um direito concebido em favor do poder, a fim de que ele possa vergar os administrados. Conquanto profundamente equivocada e antiética a razão de existir do direito administrativo, esta é a suposição que de algum modo repousa na mente das pessoas.

Entre nós, infelizmente, é reforçada, mesmo sem este intento, por algumas formulações doutrinárias que arrolam ‘poderes’ da Administração, quais, ‘poder’ regulamentar, ‘poder’ normativo, ‘poder’ discricionário, ‘poder’ hierárquico ou quejandos, contribuindo dessarte, para que o direito administrativo seja visto como um ramo do direito aglutinador de poderes desfrutáveis pelo Estado em sua feição administrativa, ao invés de ser considerado como efetivamente é, ou seja, como um conjunto de limitações aos poderes do Estado ou, muito mais acertadamente, como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados.”¹⁶

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 11, n. 56, jul./ago. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62095>>. Acesso em: 25 dez. 2009.

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 42.

As críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado baseadas na incondicionada prevalência do interesse público, portanto, partem de uma premissa equivocada. Tal equívoco, como se vê, consiste no proposital exagero de alguns aspectos do regime jurídico administrativo, para dar a impressão de que a supremacia do interesse público sobre o privado serve de fundamento para uma atuação estatal arbitrária, posição que não pode ser depreendida, sequer implicitamente, das lições da doutrina tradicional.

4 A questão da existência e da indeterminação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Seguindo a linha argumentativa já exposta, os autores que defendem a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público questionam a própria existência formal do instituto no ordenamento jurídico, sob o entendimento de que ele não resulta, “*ex constitutione*, da análise sistemática do direito”¹⁷. Além disso, questionam tais autores a aplicabilidade prática do princípio, considerando, principalmente, a indeterminação de seu conceito.

Ao criticar a indeterminação do conceito do princípio em exame, Humberto Ávila traz uma série de argumentos que objetivam demonstrar a incompatibilidade da supremacia do interesse público com a atual ordem constitucional. Em síntese, alega o autor que o referido princípio não pode ser considerado como norma-princípio à luz da teoria geral do direito, porque sua descrição abstrata não permite uma concretização gradual, resultando na sua prevalência absoluta em relação aos interesses privados.

Além disso, o mencionado autor aduz uma série de argumentos em abono de sua tese, entre eles: que a Constituição Federal, ao proteger a dignidade da pessoa e a esfera individual, não admite uma interpretação que leve à prevalência em favor do interesse público; que a indeterminabilidade abstrata do termo interesse público representa perigo à segurança jurídica; que o interesse público é indissociável do interesse

¹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 186.

privado; e, por fim, que a supremacia do interesse público sobre o privado é incompatível com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática.

Por esses fundamentos, conclui Humberto Ávila:

“Não há se negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa a ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre referida supremacia do interesse público sobre o particular.”¹⁸

De fato, a existência jurídico-positiva do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, bem assim a precisa delimitação do seu conteúdo jurídico, são aspectos essenciais para o desempenho de uma atividade estatal compatível com os ditames do Estado Democrático de Direito. No entanto, as críticas apontadas pelos defensores da desconstrução desse princípio são pontualmente rebatidas por argumentos já consagrados na doutrina tradicional. Vejamos.

No que diz respeito à existência jurídico-positiva do princípio, cabe observar que os autores que veem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um elemento inerente à atuação estatal¹⁹, ou um pressuposto lógico do convívio social²⁰, depreendem sua previsão positiva de uma série de manifestações concretas contidas no texto constitucional e na legislação.

Nesse sentido, preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A Constituição é rica em institutos fundados no princípio da supremacia do interesse público, mesmo no capítulo dos direitos

18 ÁVILA, Humberto Bergmann, Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, cit., p. 186.

19 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 105.

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 93.

fundamentais do homem. É o caso do princípio da *função social da propriedade*, previsto no artigo 5º, da Constituição, que serve de fundamento para desapropriações de caráter sancionatório (arts. 182 e 184) e que convive pacificamente com os princípios da propriedade privada, da livre concorrência, inseridos entre os princípios que têm por fim ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (art. 170). É o caso da requisição de propriedade particular pela autoridade competente ‘no caso de perigo público iminente’ (art. 5º, XXV), da proteção do sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII), do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), da ação popular (art. 5º, LXXIII). É o caso das ações coletivas para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). No próprio título da ordem econômica, coexiste a proteção do interesse econômico individual com a proteção do interesse público: de um lado, a previsão da propriedade privada, da livre concorrência, da livre iniciativa, do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte; de outro, a justiça social, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170). Confirma-se ainda o capítulo da política urbana, onde se encontra a ideia de *função social da cidade e de bem-estar de seus habitantes* (art. 182). É o interesse público que se procura defender com a norma do artigo 192, quando se estabelece que o sistema financeiro nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade. Por sua vez, o título pertinente à ordem social começa com a regra de que o seu objetivo é o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). O artigo 225 coloca o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e o define como bem de uso comum do povo.”²¹

Já com relação às críticas dirigidas à indeterminação do conceito de interesse público, é preciso observar, como já se ressaltou, que não há na doutrina tradicional uma definição de supremacia do interesse público

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O princípio da supremacia do interesse público, cit.

sobre o privado que estabeleça a absoluta prevalência do interesse público sobre o privado.

Nesse sentido, já se mencionou neste trabalho posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro explicitando que nenhum autor apresenta o princípio da supremacia do interesse público como um valor absoluto. Em reforço, é útil citar lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que, explicando os princípios que fundamentam o regime jurídico administrativo, diz:

“Os dois princípios, referidos acima, são realçados não em si mesmos, mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral. Assim, têm importância, sem dúvida, suas justificações teóricas, mas, para o jurista, o que interessa mais, como fundamental, é a tradução deles no sistema.

Com isto se esclarece inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto. Atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do direito administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles tenham sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema.

Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável.”²²

Além disso, entende a doutrina, ao explicar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que a indeterminação do conteúdo do termo não pode representar óbice à sua aplicação.

De fato, explica Maria Silvia Zanella Di Pietro que o conceito de interesse público é tão indeterminado quanto o de outros princípios de incontroversa compatibilidade com a atual ordem constitucional, como a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a segurança jurídica etc. Aliás, a autora entende que essa indeterminação é necessária e útil para conferir ao intérprete a faculdade de melhor amoldá-lo à realidade, e ainda para ampliar a possibilidade de controle judicial.

22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 53.

Nesse passo, afastando as críticas tecidas pela teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a autora ainda esclarece que há diferentes graus de indeterminação do conceito jurídico de interesse público. Por essa razão, há casos em que o próprio ordenamento jurídico, ao delinear com precisão o que se deve entender por interesse público, restringe a liberdade do intérprete em determinadas situações concretas. Dessas lições, lê-se:

“Existem diferentes graus de indeterminação. Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge o seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos. Também diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do Estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A indeterminação ainda se restringe de forma mais intensa em relação a determinados institutos, como, exemplificativamente, os contratos administrativos, as diferentes formas de intervenção na propriedade e na economia, as licitações.”²³

Vê-se, portanto, que o conceito jurídico de interesse público, nas lições da doutrina tradicional, ganha concretude por intermédio do direito positivo. Assim, atendendo ao princípio da legalidade, axioma basilar do Estado de Direito, a Administração Pública orienta a realização de suas funções de acordo com o interesse público indicado pelo ordenamento jurídico.

Essa atividade lógico-jurídica de apreender do ordenamento jurídico o conteúdo do interesse público segue uma ordem sequencial, que vai ganhando concretude em cada etapa, até incidir sobre um caso específico. Tal procedimento hermenêutico tem início na compreensão dos princípios constitucionais, passa pela interpretação da lei e, por fim, chega à discricionariedade administrativa que incide sobre um caso concreto.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O princípio da supremacia do interesse público, cit.

Sobre essa atividade interpretativa voltada para a determinação do conteúdo concreto do interesse público, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade. Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico –, mas aquele interesse que tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição, e a partir dela o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e nos limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.”²⁴

A apreensão do conteúdo jurídico do conceito de interesse público por meio da análise sistemática do direito positivo, portanto, responde às críticas formuladas quanto à indeterminação do conceito. De fato, o interesse público, definido pela doutrina tradicional como a dimensão pública dos interesses individuais, será assim qualificado não pelo arbítrio do administrador público, mas sim pelo ordenamento jurídico positivo.

Aliás, ficam respondidas também as críticas relacionadas com a ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade, porque no desempenho da atividade administrativa, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“São inválidas medidas desproporcionadas em relação às circunstâncias e fatos embaixadores – e, portanto, assintônicas com o escopo normativo – tanto porque seriam desarrazoadas como porque nisto se revelaria extravasamento da competência, já que esta é atribuída para se exercitar na intensidade e

24 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de “interesse público”. In: *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 190.

medida indispensáveis ao fim legal, por ser mera expressão do dever de atendê-lo, do qual os poderes são a contraface serviente e instrumental.”²⁵

Também nesse sentido, ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afastar críticas formuladas pela teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público:

“A exigência de razoabilidade – que está sendo apontada por alguns pretensos inovadores – está presente desde longa data na aplicação do princípio da supremacia do interesse público. Se forem consultados livros de direito administrativo, vai-se encontrar a afirmação, desde longa data, de que o poder de polícia (cuja própria razão de ser decorre do princípio da supremacia do interesse público) tem as características da *necessidade*, da *eficácia* e da *proporcionalidade*.

Isto não é novidade. Isto é doutrina velha, que se conserva nova, atual, porque é indispensável para a busca do equilíbrio entre o direito individual e o interesse público. Isto já tem sido aplicado pela jurisprudência desde longa data, mesmo quando não se invoca a expressão razoabilidade. O antigo Tribunal Federal de Recursos, extinto há quase 20 anos, é rico na aplicação do princípio (cf. Castro. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 192 et seq.).”²⁶

Por todas essas razões, é forçoso concluir que não há incompatibilidade entre os direitos fundamentais e o princípio da supremacia do interesse público delineado nas lições da doutrina tradicional. Muito pelo contrário, o direito administrativo, de acordo com os ensinamentos contidos nos manuais consagrados, é definido como um instrumento de limitação do poder estatal, que tem por um de seus principais objetivos impedir a indevida interferência do Estado na esfera de direitos privados. Por isso, conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O princípio da supremacia do interesse público, ao contrário do que se afirma, não

25 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discrecionariedade: seus limites e controle. In: *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 80.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O princípio da supremacia do interesse público, cit.

coloca em risco os direitos fundamentais do homem. Pelo contrário, ele os protege.”²⁷

5 Conclusão

A teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem o mérito de explicitar a legítima preocupação dos autores com o controle do poder estatal, de modo a preservar os direitos individuais. Além disso, a tese aprofunda de maneira notável o estudo do conceito de interesse público. Todavia, nota-se que algumas críticas formuladas à teoria tradicional para justificar a exclusão desse princípio são baseadas em uma visão superficial das consagradas lições da doutrina pátria.

Por isso, parece ser recomendável que, antes de se propor a destruição de uma doutrina tão bem elaborada e sedimentada nos meios acadêmicos, se dê a devida atenção para as lições dos nossos grandes publicistas.

Assim, construindo ciência a partir do que já foi exaustivamente estudado, pesquisado e consolidado pela doutrina tradicional, poderão os críticos do princípio da supremacia do interesse público contribuir de forma ainda mais efetiva para o aprofundamento dos estudos do direito administrativo. Essa parece ser a opinião de Alice Gonzalez Borges que, com delicadeza e precisão, observa:

“É justamente nas preciosas lições dos jovens juristas que se põem radicalmente a desconstruir o princípio da supremacia do interesse público que iremos encontrar bases para a construção de sua verdadeira concepção, à luz da melhor doutrina e dos supremos valores fundamentais de nosso próprio ordenamento jurídico-constitucional, que não podem ser esquecidos nem desrespeitados.”²⁸

27 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O princípio da supremacia do interesse público, cit.

28 BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49174>>. Acesso em: 3 fev. 2010.

6 Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos. A “supremacia do interesse público” no advento do estado democrático de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Legalidade – discricionariedade: seus limites e controle*. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, n. 8, ano 3, p. 77-113, jan./mar. 2005, Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12591>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público:

desconstrução ou reconstrução? *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49174>>. Acesso em: 3 fev. 2010.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 11, n. 56, p. 35-54, jul./ago. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62095>>. Acesso em: 25 dez. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *A constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 2, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004.

O contrato de parceria público-privada

Mário Engler Pinto Junior¹

Sumário: 1 Parcerias na administração pública e novas modalidades contratuais. 2 Contratação em regime de concessão: ampliação das possibilidades. 3 Da concessão comum ao contrato de parceria público-privada. 4 Concessão patrocinada. 5 Concessão administrativa. 6 Prestação de garantias para viabilizar o financiamento do projeto. 7 Preocupação com a gestão fiscal responsável.

1 Parcerias na administração pública e novas modalidades contratuais

O conceito de parceria na administração pública possui conotação bastante ampla. Na essência, pressupõe a cooperação entre parceiros para consecução de um objetivo comum, ainda que as motivações de cada lado sejam distintas. O relacionamento baseado nessa premissa difere substancialmente da contratação regida pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, em que os interesses das partes situam-se em posição contraposta e, portanto, o dever de colaboração recíproca fica mitigado. As parcerias podem ter caráter estrutural quando assumem a forma societária para exercício de determinada atividade econômica, combinando capitais públicos e privados. As parcerias também podem revestir-se de natureza contratual, tendo como contraparte da Administração Pública uma empresa privada ou entidade sem fins lucrativos.

¹ Advogado e Procurador do Estado de São Paulo. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor Doutor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

As parcerias sempre foram praticadas no âmbito da Administração com objetivo de fomento a atividades de interesse público. Normalmente, o relacionamento cooperativo é formalizado por meio da celebração de convênio com fundamento no artigo 116 da Lei n. 8.666/93. Ocorre que o convênio é incompatível com o auferimento explícito de lucro pelos partícipes, razão pela qual sua aplicação fica restrita às articulações entre entidades e órgãos da Administração Pública, ou então entes estatais e as chamadas organizações do terceiro setor.

Mais recentemente, surgiram novos modelos contratuais para viabilizar a implementação de projetos objetivando a realização de obras e prestação de serviços em regime de parceria, porém, com estipulação de remuneração formal ao agente privado. A Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das PPPs), introduziu no ordenamento jurídico o contrato de parceria público-privada, nas modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa. Os instrumentos assim criados passaram a conviver com a já conhecida concessão de obras ou serviços públicos de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões), que agora se denomina concessão comum.

O conceito de concessão patrocinada é derivado da concessão comum, tendo como nota distintiva o pagamento de contraprestação pecuniária pelo parceiro público (poder concedente) ao parceiro privado, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários. Já a concessão administrativa equivale ao contrato de prestação de serviços em que a Administração figura como usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento de equipamentos. A Administração será considerada usuária direta quando a utilidade fornecida destinar-se ao seu próprio uso ou consumo. Haverá uso indireto sempre que o serviço concedido for oferecido à população em caráter universal (*uti universi*), tornando jurídica e tecnicamente inviável a tarifação. Nesse caso, toda a remuneração do concessionário passa a ser encargo exclusivo da Administração.

2 Contratação em regime de concessão: ampliação das possibilidades

O advento da Lei de Concessões quebrou o paradigma clássico consagrado na Lei n. 8.666/93, segundo o qual a parte privada nada planeja

ou define sobre o objeto contratual, cabendo-lhe apenas executar a prestação conforme as especificações impostas unilateralmente pela parte pública. A parte privada que contrata com a Administração nesse ambiente não tem motivos para se preocupar com a eficiência metodológica ou a utilidade do produto final, pois a sua responsabilidade exaure-se com a entrega da obra, prestação do serviço ou fornecimento do bem, independentemente do benefício efetivamente proporcionado à coletividade. A parte privada também está protegida contra riscos que impliquem aumento dos encargos inicialmente previstos para a execução do contrato, na medida que existe ampla margem para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Na contratação tradicional regida pela Lei n. 8.666/93, o pagamento da parte privada se faz devido *pari passu* à execução do objeto contratual (unidades de serviço prestado, parcelas medidas da obra ou número de bens entregues). A parte privada pode dispensar o financiamento de médio e longo prazo, pois o ciclo entre a produção e o recebimento do preço é pequeno (normalmente 30 dias).

A lógica contratual e econômica da concessão comum baseia-se em premissas bastante diferentes. O concessionário deixa de ser tratado como mero executor de tarefas previamente encomendadas pelo poder concedente, para se transformar em verdadeiro empresário sujeito aos riscos do negócio, se não a todos eles, pelo menos àqueles razoavelmente previsíveis, controláveis, ou passíveis de proteção adequada.

Diversamente do que ocorre com o contrato administrativo tradicional, a concessão comum precedida da execução de obra pública dispensa a existência de projeto básico completo e abrangente, bastando que o edital contenha apenas alguns dados relativos à obra (art. 18, XV, da Lei n. 8.987/95). O edital deve dar mais ênfase à especificação do produto ou serviço a ser fornecido pela parte privada, com base na infraestrutura que ela irá construir e passará a operar. Na medida que a Administração decide flexibilizar as soluções construtivas para execução da obra vinculada à concessão, é natural que os riscos daí decorrentes sejam imputados à parte privada. A maior autonomia para escolha das variáveis técnicas e empresariais, relativamente à forma como deve ser organizado e prestado o serviço, torna o concessionário responsável pelo resultado final obtido.

O concessionário terá os incentivos econômicos necessários para agir de forma eficiente, porquanto será beneficiado pela redução do orçamento da obra ou fornecimento de equipamentos que deve realizar às suas expensas, ao mesmo tempo que arcará com o custo de manutenção durante a vigência da concessão. Se o trabalho de construção não for bem feito, o ônus daí decorrente será suportado exclusivamente pelo concessionário, sem direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A essência da concessão comum reside na exploração econômica do serviço público de titularidade originária da Administração (precedido ou não da execução de obra), por conta e risco do concessionário. A remuneração do concessionário para amortização dos investimentos e custeio da operação provém normalmente da cobrança de tarifa dos usuários, mas também pode ser reforçada por receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados (art. 11 da Lei n. 8.987/95). Não cabe ao poder concedente assegurar rentabilidade mínima, sob pena de esvaziar o componente aleatório inerente ao contrato de concessão e reduzir o papel do concessionário ao de simples prestador de serviços típicos do contrato administrativo.

3 Da concessão comum ao contrato de parceria público-privada

Na concessão comum, não é necessário que o concessionário tenha investido recursos próprios, ou de terceiros captados mediante financiamento, na construção, reforma, ampliação, conservação ou melhoria do ativo público considerado indispensável à prestação do serviço concedido. A concessão comum pode ter por objeto apenas a operação privada de determinada infraestrutura preexistente, cabendo ainda ao concessionário a manutenção durante a vigência do contrato. Já no contrato de parceria público-privada (concessão patrocinada ou administrativa), é essencial que a parte privada invista o montante mínimo de R\$ 20.000.000,00, não bastando a assunção da responsabilidade pela operação e manutenção da infraestrutura construída anteriormente pelo Poder Público (art. 4º, § 1º, I, da Lei n. 11.079/2004).

Além da exigência de realização de investimentos pela parte privada, a Lei das PPPs limita o prazo de vigência do contrato de parceria público-privada ao mínimo de cinco e ao máximo de trinta e cinco anos.

A diferenciação de tratamento nesse particular justifica-se não só pela preocupação com a responsabilidade fiscal decorrente da assunção de compromissos financeiros de longo prazo pelo Poder Público, mas também para não permitir a banalização da nova modalidade contratual, reservando a sua utilização para projetos de maior porte, que demandam financiamento privado e proporcionam investimentos em infraestrutura pública.

A nota característica da concessão patrocinada reside no pagamento de contraprestação pecuniária pelo parceiro público ao parceiro privado, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários. A contrapartida nesse caso resume-se ao pagamento em dinheiro, não abrangendo outras prestações de conteúdo econômico. Conquanto o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei das PPPs utilize o termo contraprestação pecuniária para definir a concessão patrocinada, o artigo 6º do mesmo diploma legal relaciona outras formas de contrapartida a cargo do parceiro público, tais como cessão de créditos tributários, outorga de direitos em face da Administração, outorga de direitos sobre bens dominicais e outros meios admitidos em lei.

O principal problema que a Lei das PPPs procura equacionar diz respeito justamente ao subsídio financeiro devido ao parceiro privado. Além da preocupação com a gestão fiscal responsável, a ênfase da disciplina legal nesse particular recai sobre o oferecimento de garantias específicas de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pela Administração em face do parceiro privado, na esteira do permissivo contido no artigo 8º da Lei das PPPs. Igualmente relevante é disposição do artigo 7º, que somente permite remunerar o parceiro privado após a efetiva disponibilização do serviço concedido. Enquanto o objeto do contrato não tiver sido totalmente executado, o pagamento da contraprestação pecuniária deve guardar correlação com a parcela fruível do serviço. Vale dizer, a importância em dinheiro não pode ser entregue antecipadamente ao parceiro privado, mas pressupõe a instalação, ao menos parcial, dos equipamentos públicos e o efetivo início das operações.

4 Concessão patrocinada

O subsídio público que caracteriza a concessão patrocinada deve estar previsto no contrato, porém não precisa necessariamente ser pago

durante todo o período de vigência da concessão. O complemento tarifário, não obstante já regulamentado contratualmente, pode ter caráter contingente (i.e. ficar sujeito a condição suspensiva) e somente se tornar devido em hipóteses previamente estabelecidas. Isso ocorre quando o poder concedente quer manter a discricionariedade da política tarifária em face do usuário e, ao mesmo tempo, assegurar ao concessionário uma remuneração reajustável periodicamente por determinando índice de preço ou de custo. No momento inicial, a tarifa cobrada do usuário pode coincidir com a tarifa devida ao concessionário, surgindo o descasamento em momento posterior, quando então se desencadeia a obrigação de pagamento pelo poder concedente.

A estipulação de contrapartida contingente não deve ser confundida com a obrigação de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Enquanto o valor e as demais condições de pagamento eventual do subsídio público já estão previamente contratualizadas, o desequilíbrio decorre de evento superveniente cujo impacto na remuneração do concessionário necessita ser apurado *a posteriori*, assim como a forma de compensação que será adotada. Nesse caso, a equação econômico-financeira do contrato poderá ser recomposta pela adoção de outros mecanismos compensatórios, que não apenas o ressarcimento em dinheiro.

O legislador pretendeu limitar a liberdade do Poder Executivo para calibrar o subvencionamento do concessionário, conforme se depreende do parágrafo 3º do artigo 10 da Lei das PPPs. O dispositivo faz depender de autorização legal específica a instituição de concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração. A *ratio essendi* da restrição consiste em desestimular políticas de subsídio tarifário fiscalmente irresponsáveis, exigindo que tal decisão seja compartilhada com o Poder Legislativo.

A regra somente se aplica quando for possível, em tese, a cobrança de tarifas dos usuários em função da natureza divisível e específica do serviço concedido. Daí porque a mesma limitação não existe em relação à concessão administrativa, não obstante toda a remuneração do parceiro privado tenha origem orçamentária. Não sendo viável a tarifação, também não faz sentido restringir politicamente o poder discricionário da Administração para contratar e comprometer recursos públicos futuros,

sendo suficiente a observância dos procedimentos orçamentários e financeiros previstos na Lei das PPPs.

5 Concessão administrativa

A concessão administrativa é uma evolução do contrato tradicional regido pela Lei n. 8.666/93. Todavia, a concessão administrativa não está sujeita os mesmos princípios aplicáveis à realização de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços no âmbito da Administração, em que há garantia de manutenção das condições da proposta original, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Por ser considerada nova modalidade contratual equiparável à figura da concessão prevista no artigo 175 da Constituição Federal, a concessão administrativa permite imputar ao concessionário diversos riscos (inclusive os decorrentes de caso fortuito e força maior), além de tornar mais efetiva a fiscalização pela parte pública. Além de aplicar sanções administrativas no caso de inadimplência, o poder concedente possui a prerrogativa de intervir diretamente nas atividades do concessionário, sempre que houver risco de descontinuidade da prestação dos serviços concedidos, assim como de decretar a caducidade da concessão, com a consequente reversão ao domínio público dos bens vinculados à operação concedida.

A concessão administrativa admite ainda que a parte privada antecipe os investimentos necessários em obras, instalações e equipamentos, para viabilizar a oferta de determinado serviço de interesse da Administração ou da população em geral. A remuneração do parceiro privado seguirá a mesma lógica do concessionário, vale dizer, não ficará atrelada à simples execução de parcelas de obra, mas dependerá de sua performance na satisfação das necessidades da Administração como usuária direta ou indireta do serviço prestado. A concessão administrativa também é compatível com outras alternativas de remuneração do parceiro público, que não apenas o pagamento em dinheiro. É possível ainda remunerar o parceiro privado através da outorga de direitos em face da Administração ou sobre bens dominicais (art. 6º da Lei n. 11.709/2004).

Nesse ambiente, existe largo espaço para introdução do conceito de pagamento variável vinculado a desempenho, a partir do cumprimento de metas de resultado, padrões de qualidade e índices de disponibilidade

do serviço, definidos no contrato (art. 5º, VII, da Lei n. 11.079/2004). A parte pública pode adotar mecanismos de incentivo para premiar a boa prestação do serviço contratado, que costumam ser mais eficientes para alinhar interesses do que a clássica imposição de multas pecuniárias. O prestador de serviço é transformado em autêntico parceiro da Administração, mantendo-se corresponsável pelo resultado decorrente da utilização da infraestrutura por ele construída.

Os serviços públicos passíveis de prestação em regime de concessão administrativa são preferencialmente os de caráter social e com demanda universal. Nesses casos, afigura-se inviável a exploração econômica mediante cobrança de tarifas dos usuários. Incluem-se nessa categoria os serviços de limpeza urbana, iluminação pública, oferecimento de vagas prisionais, construção e manutenção de escolas ou hospitais e projetos de habitação popular.

Também pode ser enquadrado como concessão administrativa o fornecimento de utilidades à própria Administração, a exemplo da construção e manutenção de centros administrativos e da implementação de projetos na área da tecnologia da informação. O essencial é que tenha havido investimento mínimo de R\$ 20.000.000,00 e a operação fique a cargo do parceiro privado. De outra parte, a concessão administrativa não deve ter como objeto exclusivo o fornecimento de mão de obra (i.e. a mera terceirização de serviços), o fornecimento e instalação de equipamentos, ou a execução pura de obra pública. Tampouco pode envolver a delegação das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (arts. 2º, § 4º, e 4º da Lei n. 11.079/2004).

6 Prestação de garantias para viabilizar o financiamento do projeto

A Lei das PPPs procurou viabilizar a prestação de garantias em relação às obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público, em face do parceiro privado. A certeza quanto ao recebimento dos recursos prometidos pelo Poder Público é fundamental para obtenção do financiamento necessário ao custeio dos investimentos a cargo do parceiro privado. As receitas futuras da concessão, qualquer que seja a sua origem

(tarifária, acessória ou subsídio público), devem ser suficientes para (i) suportar os custos de operação, (ii) servir a dívida contraída para realizar os investimentos e (iii) remunerar o capital aportado pelos acionistas da empresa concessionária.

Como os projetos de infraestrutura costumam ser altamente intensivos de capital, é muito difícil o concessionário executá-lo apenas com recursos próprios. Fatalmente haverá necessidade de captação de numerário por meio da operação estruturada de *project finance*, em que as receitas futuras da concessão servirão de garantia e meio de pagamento do empréstimo bancário contraído pelo concessionário. O financiador somente terá conforto para conceder o financiamento se forem atendidas duas condições básicas: (i) o fluxo da receita tarifária da concessão (comum ou patrocinada) for estável e minimamente previsível; e (ii) estiver razoavelmente afastado o risco de inadimplência do Poder Público em relação ao pagamento da contraprestação pecuniária na concessão patrocinada ou administrativa.

Para acomodar a situação, a Lei das PPPs autoriza, por exemplo, que o contrato estipule penalidades no caso de inadimplência do poder concedente (art. 5º, II, da Lei n. 11.079/2004) e determina a aplicação automática dos reajustes contratuais, sem necessidade de prévia homologação da Administração (art. 5º, § 1º, da Lei n. 11.079/2004). Além disso, contempla várias modalidades de garantias que podem ser concedidas pela parte pública ao parceiro privado, com vistas a facilitar a obtenção do financiamento: (i) vinculação de receitas públicas; (ii) instituição de fundos especiais; (iii) contratação de seguro-garantia; (iv) prestação de garantias por organismos internacionais ou instituições financeiras privadas; (v) criação do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP); (vi) fiança de empresa estatal garantidora (art. 8º da Lei n. 11.079/2004).

A Lei das PPPs disciplina em detalhes a estrutura e funcionamento do FGP, definindo-o como pessoa jurídica de natureza privada, com patrimônio separado do de seus quotistas, capaz de assumir direitos e obrigações em seu próprio nome. O FGP já foi estruturado pela União e encontra-se capitalizado com ativos líquidos (participações minoritárias em empresas privadas e ações excedentes ao controle acionário de sociedades de economia mista), que lhe permitem prestar garantias fidejussórias ou reais (arts. 16 a 21 da Lei n. 11.079/2004 e Dec. n. 5.411/2005).

Além da garantia concedida pela parte pública em relação às obrigações pecuniárias assumidas perante a parte privada, a viabilidade do financiamento para custear os investimentos exigidos pela concessão depende da outorga de garantias pela parte privada diretamente ao financiador. Em outras palavras, a instituição financeira somente estará disposta a emprestar recursos ao concessionário se acreditar que o projeto financiado terá condições de gerar receitas futuras suficientes para cobrir os custos de operação e servir a dívida assim contraída. Mas não basta a percepção favorável sob o ponto de vista financeiro; é necessário também que haja instrumentos jurídicos para assegurar que o concessionário devedor (i) realize as obras civis e adquira os equipamentos vinculados à concessão da forma mais econômica possível, (ii) atue como gestor eficiente da operação, (iii) aporte a parcela de capital próprio prometida, (iv) contrate seguro para cobertura de riscos com forte impacto negativo no desempenho do projeto, e (v) não desvie recursos da empresa concessionária por qualquer meio ilícito.

Sabendo da importância da relação entre concessionário e financiador para o sucesso do modelo de concessão (comum, patrocinada e administrativa), tanto a Lei de Concessões quanto a Lei das PPPs contêm uma série de disposições que facilitam o financiamento com o propósito de reduzir o seu custo. Tudo isso acaba beneficiando indiretamente a parte pública, que despendará menos recursos de contraprestação pecuniária, e os usuários dos serviços concedidos, que pagarão tarifas mais módicas. Nesse sentido, o financiador do concessionário pode ficar garantido com (i) a cessão fiduciária dos créditos operacionais futuros (art. 26-A da Lei n. 8.987/95, alterada pela Lei n. 11.196/2005), (ii) penhor dos direitos emergentes da concessão, notadamente das indenizações devidas pelo poder concedente, no caso de encerramento prematuro da concessão (art. 28 da Lei n. 8.987/95 c.c. o art. 5º, § 2º, III, da Lei n. 11.079/2004), (iii) assunção do controle acionário da empresa concessionária para prover sua reestruturação financeira (art. 27 da Lei n. 8.987/95 c.c. os arts. 5º, § 2º, III, da Lei n. 11.079/2004 e 9º da Lei n. 11.027/2004), (iv) empenho orçamentário da contraprestação pecuniária devida ao concessionário diretamente em nome do financiador (art. 5º, § 2º, II, da Lei n. 11.079/2004).

Outra inovação importante trazida pela Lei das PPPs (e posteriormente acolhida pela Lei das Concessões) foi a possibilidade de adoção

de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem objeto da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos oriundos do contrato de concessão (arts. 11, III, da Lei n. 11.079/2004 e 23-A da Lei n. 8.987/95, alterada pela Lei n. 11.196/2005).

7 Preocupação com a gestão fiscal responsável

O potencial de endividamento inerente aos contratos de parceria público-privada justifica a preocupação demonstrada pela Lei das PPPs com a gestão fiscal responsável, o que motivou a imposição de requisitos especiais para a sua celebração (art. 10 da Lei n. 11.079/2004). Entre as condições assim estabelecidas, constam a demonstração: (i) da conveniência e oportunidade da contratação na modalidade de parceria público-privada, pelo fato de não existirem alternativas mais econômicas de execução de obra pública e prestação do serviço pela própria Administração (*value for money*); (ii) de que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais; (iii) da observância das normas editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional para controlar o endividamento dos entes da federação; (iv) da estimativa de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios subsequentes; (iv) da compatibilidade com a lei orçamentária anual e a lei de diretrizes orçamentárias; (v) da estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para fazer face à obrigação de pagamento contraída durante a sua vigência; (vi) da previsão no plano plurianual.

Além disso, as despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas no ano anterior não devem ultrapassar a 3% da receita corrente líquida do mesmo exercício. Semelhante limitação deve ser observada em relação aos gastos dessa natureza já contratados para os dez exercícios subsequentes, *vis-à-vis* a receita corrente líquida projetada para o mesmo período futuro. Se o teto for ultrapassado, o ente da federação ficará impedido de obter garantia e receber transferências voluntárias de recursos da União (art. 28 da Lei n. 11.079/2004, com a nova redação dada pela Lei n. 12.024/2009).

Como regra geral, o gasto decorrente da contratação de concessão patrocinada ou administrativa, com previsão de pagamento de contraprestação pecuniária do Poder Público, terá o tratamento de despesa de

custeio, sujeitando-se aos mesmos requisitos orçamentários e financeiros previstos no artigo 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal para a assunção de despesas obrigatórias de caráter continuado. A Lei das PPPs permite ainda à Secretaria do Tesouro Nacional editar normas gerais sobre consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada (art. 10, I, “c”, c.c. o art. 25 da Lei n. 11.079/2004). Tais disposições podem, em situações específicas, tratar os compromissos de pagamento assumidos pelo parceiro público como obrigação decorrente de operação de crédito, caso em que será observado o disposto nos artigos 29, 30 e 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal (*v.g.* limite máximo de endividamento do ente de federação e tramitação prévia pelo Ministério da Fazenda).

Foi editada pela Secretaria do Tesouro Nacional a Portaria n. 614, de 26 de agosto de 2006, que, entre outras coisas, obriga a incorporar na contabilidade do ente público os ativos e passivos da empresa concessionária, sempre que assumir parcela relevante (40% ou mais) dos riscos de demanda, disponibilidade ou construção, e na proporção assim assumida.

Considerações sobre a natureza jurídica do licenciamento ambiental

Nilton Carlos de Almeida Coutinho¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos atos administrativos. 3 Do procedimento do licenciamento ambiental. 4 Da discussão doutrinária. 5 Natureza jurídica do licenciamento ambiental. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 Introdução

O licenciamento ambiental constitui um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública estabelece condições e limites para o exercício de determinadas atividades.

Contudo, não obstante a nomenclatura utilizada, a doutrina não é unânime acerca da real natureza jurídica desse instituto, sendo certo que para parte da doutrina, tal ato possui a natureza jurídica de ato administrativo vinculado; para outros, ato administrativo discricionário; e, finalmente, há posicionamentos segundo o qual seria um ato administrativo de discricionariedade *sui generis*.

A definição da natureza jurídica do licenciamento ambiental (e das licenças a ele inerentes) traz repercussões importantes para o universo jurídico. Isso porque, a depender da natureza jurídica conferida à licença

¹ Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Procuradoria Regional de Presidente Prudente. Especialista em Direito Penal, Direito Público e Planejamento e Gestão Municipal. Mestre em Direito pelo Centro de Ensino Universitário de Maringá. Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ambiental a Administração Pública, por meio de seus órgãos competentes, poderá (ou não) recusar a licença solicitada.

Do mesmo modo, a natureza jurídica influenciará nas justificativas e circunstâncias que poderão dar ensejo a negativa na concessão da licença por parte da Administração Pública.

Definir a natureza jurídica do licenciamento ambiental ou, pelo menos, apresentar seus contextos primordiais, constitui um importante instrumento de auxílio do aplicador do direito no trato dessa questão.

2 Dos atos administrativos

O ato administrativo constitui uma espécie de ato jurídico e é conceituado, na precisa lição de Celso Antonio Bandeira de Mello², como toda declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

O conceito apresentado traz em si as principais características dessa espécie de ato jurídico, quais sejam, o fato de constituir uma declaração jurídica oriunda do Estado (ou de quem lhe faça as vezes) e regida por regras de direito público.

Hely Lopes Meirelles apresenta cinco requisitos para que o ato administrativo exista validamente. São eles a competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Tais características e requisitos traçam o contorno dos atos administrativos e definem sua forma de exercício.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ classifica os atos administrativos em diversas espécies. Para os fins almejados neste trabalho, trataremos apenas da classificação dos atos administrativos no tocante ao seu conteúdo, uma vez que, segundo essa autora, a autorização e a licença fariam parte desse grupo.

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 374.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 235.

Assim, com relação à autorização e à licença ambiental, a doutrina diferencia essas duas modalidades de atos administrativos em razão da precariedade do primeiro em relação ao segundo, ou seja, a autorização administrativa poderia ser conceituada como “ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público ou a prestação de serviço público ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento seria legalmente proibido”, ao passo que a licença seria o “ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade”.⁴

Segundo ensina Celso Antonio Bandeira de Mello⁵, atos vinculados são aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, ela, ao expedirlos, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

No mesmo sentido é a lição de Régis Fernandes de Oliveira⁶, para quem a vinculação é identificada pela “impossibilidade de mais de um comportamento possível por parte da Administração”. Ou, em outras palavras, “a ação administrativa acha-se delimitada pela lei”.

Já com relação aos atos discricionários, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que “seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”.⁷

Assim, uma vez traçada a diferença entre essas duas modalidades de atos administrativos, passemos ao estudo do procedimento de licenciamento ambiental, a fim de verificar qual a sua natureza jurídica.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 237.

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 418.

6 OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 75.

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 418.

3 Do procedimento de licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental encontra-se definido pela Resolução n. 237 do Conama como:

“Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.”⁸

Dessa forma, observa-se que o procedimento do licenciamento ambiental compreende a expedição, pelo Poder Público, de três espécies de licenças:

A primeira, denominada *licença prévia*, será concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade. Tal licença deverá aprovar a localização e concepção do empreendimento ou atividade, bem como atestar sua viabilidade ambiental e estabelecer os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação⁹. Acentua Alberto Contar:

“Para obter licença de instalação de sua atividade, deverá o interessado submeter-se a rigorosas formalidades envolvendo a realização de estudos por uma equipe multidisciplinar sobre o local onde se instalará a atividade, envolvendo todos seus aspectos geofisiográficos, como topografia, clima, recursos naturais existentes, predominância da direção das correntes aéreas, natureza das atividades econômicas desenvolvidas e sobre suas eventuais projeções de interferências sobre o sossego e saúde da população das imediações. A estes estudos, se seguirá o Relatório de Impacto Ambiental, que conterá uma síntese de tais estudos e será o instrumento com o qual o empreendedor se apresentará à autoridade concernente para pedir a licença.”¹⁰

8 Artigo 1º, I, da Resolução Conama n. 237, de 19.12.1997.

9 Artigo 8º, I, da Resolução Conama n. 237, de 19.12.1997.

10 CONTAR, Alberto. *Meio ambiente: dos delitos e das penas* (doutrina-legislação-jurisprudência). Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 78.

A segunda licença a ser concedida será a *licença de instalação*, que autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante.¹¹

A última espécie de licença prevista é a *licença de operação*, que é expedida pelo Poder Público e autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do constante nas licenças prévia e de instalação, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.¹²

Por expressa disposição legal¹³, a licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de estudo anterior de impacto ambiental, bem como exige o respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA). Em obediência aos princípios que regem a Administração Pública, exige-se que se dê publicidade desses atos, garantindo-se a realização de audiências públicas, quando necessário.

A preocupação com o meio ambiente deriva da sua relação com o direito à vida, razão pela qual a precaução, prevenção e reparação dos danos causados é uma busca constante nessa área.

Do mesmo modo, também não se pode esquecer a existência de diversos outros princípios inerentes à proteção ambiental, tais como o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado e sadia qualidade de vida, da natureza pública da proteção ambiental, do controle do poluidor pelo Poder Público, da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento, etc.

E, para que tal proteção ocorra de forma efetiva, é crucial a conscientização e a participação da sociedade, com vistas à manutenção da função socioambiental da propriedade.

11 Artigo 8º, II, da Resolução Conama n. 237, de 19.12.1997.

12 Artigo 8º, III, da Resolução Conama n. 237, de 19.12.1997.

13 Artigo 3º da Resolução Conama n. 237, de 19.12.1997.

Por meio do licenciamento, a Administração Pública estabelece condições e limites para o exercício de determinadas atividades. Contudo, as especificidades dessa licença trazem dúvidas e consequências importantes.

4 Da discussão doutrinária

Da leitura dos conceitos até agora trabalhados, constata-se que a definição da natureza jurídica do licenciamento ambiental e das licenças que o compõem trazem consequências importantes, tanto para o administrado, quanto para a Administração Pública. Isso porque, a depender da natureza jurídica conaferida, diversos serão os direitos e obrigações decorrentes para as partes.

A doutrina administrativista costuma classificar os atos administrativos em atos discricionários e atos vinculados, de tal forma que a autorização seria classificada como um ato administrativo discricionário e precário, ao passo que a licença seria um ato administrativo vinculado e definitivo.

Porém, adotando-se tal classificação, fica a dúvida: qual a natureza jurídica do licenciamento ambiental?

Segundo Hely Lopes Meireles¹⁴, nos atos vinculados, as imposições legais absorvem quase por completo a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela normal legal para a validade da atividade administrativa.¹⁵

No entender de José dos Santos Carvalho Filho, licença é um “ato vinculado por meio do qual a Administração conferente ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade”¹⁶. Entretanto, segundo estabelece a Lei n. 6.938/81, o licenciamento é ato administrativo precário e discricionário.¹⁷

14 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 162.

15 Ibidem, p. 162-163.

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 127.

17 Nesse sentido, ver: MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 86.

Outra questão posta pela doutrina refere-se à possibilidade de alteração de tal licença. Daniel Roberto Fink¹⁸ relembra que a licença ambiental goza de presunção de legitimidade, de tal forma que, uma vez concedida, há de presumir-se que o interessado executará uma obra ou atividade em conformidade com a legislação ambiental.

Porém, na hipótese de tal ato ser considerado como vinculante, não haveria a possibilidade da Administração Pública insurgir-se, caso o interessado preenchesse os requisitos exigidos. Com base nesse raciocínio, Edis Milaré¹⁹ defende não se tratar de licença, uma vez que ela exige a característica da “definitividade”.

Logo, há que se concluir que, em razão de suas peculiaridades, o licenciamento ambiental goza de considerável margem de discricionariedade, eis que é possível ao Poder Público negar-se a conceder tal licença, ainda que o empreendedor cumpra os requisitos exigidos em lei, sob o fundamento de proteção ao meio ambiente e do direito à vida e à própria qualidade de vida.

É esse, a propósito, o entendimento de Erika Bechara, para quem a não vinculatividade do Poder Público deve-se ao fato de que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) não oferece uma resposta objetiva e simples acerca dos prejuízos ambientais que uma determinada obra ou atividade possa causar.²⁰

Desse modo, segundo a lição de Vladimir Passos de Freitas, “o mais adequado seria a utilização do termo autorização, a qual possui caráter discricionário e precário”.²¹

Toshio Mukai²² também defende que o licenciamento ambiental é, de fato, uma autorização, em função de se constituir em um ato administrativo

18 FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 98.

19 MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 315.

20 Erika Bechara, aula proferida no Seminário de Direito Ambiental da turma de Graduação da PUC-SP, apud FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 210.

21 FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 75.

22 MUKAI, Toshio, *Direito ambiental sistematizado*, cit., p. 86.

precário e discricionário, uma vez que não possui as características que tradicionalmente a doutrina administrativista confere a tais atos.

Celso Antonio Pacheco Fiorilo, ao seu turno, entende que se trata de um ato administrativo com uma discricionariedade *sui generis*. Para ele, a vinculação ocorreria apenas na hipótese do estudo prévio de impacto ambiental concluir favoravelmente ao empreendimento pretendido.²³

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ possui uma opinião interessante. Para ele, é irrelevante o fato do ato administrativo ser considerado vinculado ou discricionário, eis que o administrador deverá sempre atender à finalidade da norma. Segundo esse autor, nos casos de discricionariedade, o administrador deve aplicar “aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”.

Como se vê, a natureza jurídica do licenciamento ambiental é questão realmente complexa e não unânime na doutrina.

5 Da natureza jurídica do licenciamento ambiental

Conforme ensina Carlos Lindenberg Ruiz Lanna²⁵, a licença e a autorização seriam espécies de atos negociais, os quais encerrariam uma declaração do Poder Público, mas atendendo a uma autorização do particular. Sob essa ótica, licença e autorização se distinguiriam em função da estabilidade e definitividade existente na primeira, em detrimento da discricionariedade existente ao redor da segunda.

No nosso entender, a licença ambiental não possui caráter definitivo, de tal forma que não se enquadraria nessa modalidade de ato administrativo. Consoante ensina Lise Vieira da Costa Tupiassu²⁶, “o meio ambiente é um bem que pertence à coletividade e não integra o patrimônio disponível do Estado”.

23 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*, cit., p. 211

24 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 32.

25 LANNA, Carlos Lindenberg Ruiz. *Manual dos atos administrativos*. Leme, SP: LED, 2003. p. 77-82.

26 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*, ano 8, n. 30, p. 173, abr./jun. 2003.

Por essa razão, conferiu-se à Administração Pública a responsabilidade pela fixação de critérios a serem adotados para o licenciamento de atividades que se valham de recursos ambientais e potencialmente poluidoras²⁷. Observe-se igualmente que ao conceder a licença, a Administração pode fazer uma série de exigências técnicas, de modo a evitar ou mitigar os danos e impactos causados ao meio ambiente.

Ademais, conforme estabelecido pela Resolução CONAMA n. 237, o órgão ambiental poderá, mediante decisão motivada, modificar as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer violação ou inadequação das condições estabelecidas ou das normas legais, omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença, ou, ainda, superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.²⁸

No que concerne à possibilidade de revisão do licenciamento ambiental, observe-se que a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 – que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente – inclui o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Registre-se, por oportuno, o posicionamento de Paulo Affonso Leme Machado, para quem “a revisão não deixa o detentor da licença ambiental ao sabor do capricho do órgão público, pois o mesmo é obrigado a se justificar através da motivação, razoabilidade, proporcionalidade e da legalidade, interesse público, eficiência e ampla defesa, entre outros elementos jurídicos”.²⁹

Tais poderes fazem com que a licença ambiental se encontre numa área limítrofe entre a precariedade que rege as autorizações e a definitividade dada às licenças tradicionais.

27 FARINHA, Renato. *Direito ambiental*. Leme, SP: Edijur, 2006. p. 61.

28 Artigo 19 da Resolução Conama n. 237, de 19.12.1997.

29 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 272.

6 Conclusões

De tudo o quanto foi exposto, tem-se que, muito embora a lei use a expressão licença, trata-se, na verdade, de autorização administrativa, a qual poderá ser alterada sempre que a defesa do meio ambiente exigir.

Observe-se, porém, que tal alteração não poderá ser efetivada ao bel-prazer da Administração Pública, devendo ela apresentar as razões e justificativas que façam com que ocorra tal alteração.

A proteção do meio ambiente fundamenta-se – entre outros fatores – na natureza pública de tal bem jurídico, o qual, por constituir um bem de uso comum do povo, exige que sua proteção ambiental seja feita visando ao bem-estar da coletividade.

O direito do empreendedor submete-se a um direito maior e mais amplo, qual seja, o direito da coletividade de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, o qual constitui-se como uma derivação do direito à vida digna.

Por essa razão, não é possível atribuir-se à licença ambiental a mesma definitividade que norteia as demais espécies de licenças concedidas pelo Poder Público. Essa característica especial das licenças ambientais é fundamental para que a proteção ambiental pela Administração Pública seja realizada de maneira eficaz, razão pela qual atribuiu-se a ela o poder de modificar as condições estabelecidas no licenciamento, suspender ou cancelar uma licença expedida, desde que, evidentemente, apresente justificativas para a adoção de tais medidas.

Tal poder se encontra em consonância com o regime jurídico de direito público e os princípios basilares da Administração Pública, consistentes na supremacia e na indisponibilidade do interesse público em defesa da dignidade da pessoa humana.

7 Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Discrecionariade e controle jurisdicional*. 2. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CONTAR, Alberto. *Meio ambiente: dos delitos e das penas (doutrina-legislação-jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARINHA, Renato. *Direito ambiental*. Leme, SP: Edijur, 2006.

FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FREITAS, Vladmir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

LANNA, Carlos Lindemberg Ruiz. *Manual dos atos administrativos*. Leme, SP: LED, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 8, n. 30, p. 155-178, abr./jun. 2003.

Os bens das empresas estatais na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Thiago Marrara¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Da natureza jurídica dos bens das empresas estatais. 3 Conclusão. 4 Referências

1 Introdução

A contribuição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro para o desenvolvimento do direito administrativo pátrio é inegável. Dentre os principais temas aos quais se dedicou, incluem-se as relações entre o Estado e a propriedade particular, os servidores públicos e os bens públicos. É sobre esse último tópico que se pretende aqui discorrer.

Essa escolha – vale dizer introdutoriamente – assenta-se em algumas razões fundamentais. A uma, a teoria dos bens públicos é repleta de problemas teóricos que merecem aprofundada reflexão, não obstante o tratamento antigo do patrimônio estatal pelo direito positivo. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, trata-se de “um tema que envolve toda uma legislação esparsa e muito antiga, com terminologia

1 Professor Doutor de Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da USP (Campus Ribeirão Preto). Bacharel em Direito e Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito Administrativo, Urbanístico e do Planejamento pela Ludwig Maximilians Universität (LMU) de Munique, Alemanha.

que pode parecer estranha e de menos uso na atualidade”, mas que, ainda hoje, necessita de sistematização adequada.²

A duas, a temática é de suma importância prática, dada a grandeza do patrimônio público brasileiro, seus problemas de gestão e sua importância para os particulares, quer sob o aspecto econômico, quer sob o aspecto social. Do ponto de vista econômico, o patrimônio estatal, principalmente a infraestrutura pública, é uma condicionante do desenvolvimento de atividades dos atores privados. Ele se mostra fundamental tanto para atividades qualificadas como serviços públicos de natureza econômica, hoje frequentemente concedidas ou permitidas aos particulares, como para atividades econômicas em sentido estrito, por vezes licenciadas pelo Poder Público. De outra parte, do ponto de vista social, a boa gestão do patrimônio estatal é relevante para a concretização de direitos fundamentais. Isso se vê, por exemplo, mediante a utilização pelos cidadãos de parques, praças, vias públicas, usos que permitem a concretização de direitos de circulação, manifestação, integração, socialização etc.³

A três, a razão mais direta para a escolha desse tema reside nas amplas contribuições da homenageada para o desenvolvimento da matéria. Com efeito, desde o início de sua carreira acadêmica, sente-se a presença do tema “bens públicos” no centro de suas preocupações. Em 1983, Maria Sylvia Zanella Di Pietro publicou sua tese de doutorado sob o título *Uso privativo de bem público particular*. Essa obra transformou-se, em curtíssimo período, no principal recurso doutrinário em matéria de uso de bens públicos, suas modalidades e mecanismos de outorga, principalmente autorizações, permissões e concessões. Cinco anos mais tarde, em 1988, a professora publicou o artigo *Natureza dos bens das*

2 Conferir as considerações históricas elaboradas pela homenageada: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Prefácio. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 17-18.

3 Acerca da função social dos bens públicos ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Org.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 561-572. Acerca da função social e econômica dos bens urbanos ver: MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. cap. 3.

empresas estatais, no volume 30 deste periódico, que ora a homenageia⁴. Também esse estudo tornou-se referência na doutrina nacional, em discussões acerca da natureza jurídica dos bens das empresas estatais, tópico que será tratado em seguida.

Dando seguimento aos estudos, em 1989, Maria Sylvia traz a público o artigo *A gestão do patrimônio imobiliário do Estado*⁵; em 1998, o artigo *A defesa do cidadão e da res publica*⁶; em 2002, os artigos *Compartilhamento de infraestrutura por concessionárias de serviços públicos*⁷ e *Aspectos jurídicos envolvendo o uso de bens públicos para implantação e instalação do serviço de telefonia*⁸, bem como os capítulos de livro denominados *Concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória n. 2.220 de 4-9-2001)* e *Direito de superfície*⁹. Dois anos mais tarde, em 2004, lançou o capítulo denominado *A função social da propriedade pública*¹⁰ e, em 2005, o artigo *Bens públicos e trespasses de uso*.¹¹

No prefácio da recém-publicada tese de livre-docência de Floriano de Azevedo Marques Neto, a própria homenageada confessa as razões de tantas obras e sua paixão pelo assunto. Nas suas palavras: “O tema relativo a bens públicos sempre me pareceu fascinante. Ele tem a ver

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Natureza dos bens das empresas estatais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 30, p. 173-186, dez. 1988.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A gestão do patrimônio imobiliário do Estado. *Cadernos Fundap*, n. 17, p. 55-65, 1989.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e a *res publica*. *Revista do Serviço Público* (ENAP), n. 2, p. 127-132, 1998.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Compartilhamento de infraestrutura por concessionárias de serviços públicos. *Fórum Administrativo – Direito Público*, n. 11, p. 43-52, 2002.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aspectos jurídicos envolvendo o uso de bens públicos para implantação e instalação do serviço de telefonia. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, n. 1, p. 38-48, 2002.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória n. 2.220, de 4-9-2001). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2002*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 150-171; e Direito de superfície. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2002*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38-48.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Função social da propriedade pública, in *Direito público: estudos em homenagem ao Prof. Adilson Abreu Dallari*, cit.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Bens públicos e trespasses de uso. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 4, p. 403-412, 2005.

com a história do Brasil, desde a época da colonização, com as capitânias hereditárias e as concessões das sesmarias. Tem a ver com a Lei de Terras (...). Tem a ver com o tema das águas públicas (...). Tem a ver com as normas de segurança na faixa de fronteira, nos terrenos reservados e nos terrenos de marinha.”¹²

Justamente por tudo isso, o presente artigo, diferentemente do que se faz costumeiramente, não pretende ser um texto autônomo, independente. Ele se apoia integralmente nas obras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Com isso, não se quer, nas linhas seguintes, desenvolver teses próprias. Busca-se apenas condensar algumas das principais contribuições da homenageada a respeito de aspectos da teoria dos bens públicos. Um estudo com todas essas contribuições seria, contudo, descabido para o formato de um artigo científico. Por essa razão, dentre os diversos temas e contribuições da autora, destaque será dado à discussão sobre a natureza dos bens públicos das empresas estatais, discussão que foi apresentada de modo inovador pela própria homenageada nesta mesma revista há mais de 20 anos e que, ainda hoje, revela-se atual.

2 Da natureza jurídica dos bens das empresas estatais

Um dos pontos mais polêmicos dentro da teoria dos bens públicos no direito brasileiro diz respeito à natureza dos bens das empresas estatais. Empresas estatais, dentre as quais se destacam as sociedades de economia mista e as empresas públicas, são pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado, nas suas mais diferentes esferas, para exercer atividade econômica em sentido amplo. Do ponto de vista teórico, a utilização dessas formas societárias faria sentido para fins de intervenção direta do Estado na economia, ou seja, para que o Estado, por meio de suas empresas, subsidiasse a atuação dos agentes econômicos tradicionais, resolvendo falhas de mercado ou promovendo determinados setores da economia que se mostrassem menos desenvolvidos ou, por sua essência, não deveriam ser colocados, em um determinado

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Prefácio, in *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, cit., p. 17 e ss.

momento histórico e de acordo com certas concepções de Estado, nas mãos de particulares.

Isso significa que, a princípio, as empresas estatais deveriam atuar preferencialmente nos setores primário e secundário da economia e em atividades sem natureza de “serviço público”. Isso porque, para a prestação de serviços públicos, bem como para o exercício do poder de polícia e do fomento, o Estado dispõe de formas organizacionais adequadas, tal como as autarquias e entes da Administração direta (secretarias, ministérios e órgãos vinculados). Assim, em poucas palavras, lógico seria que o Estado utilizasse as formas organizacionais especiais do direito público para suas atividades próprias (fomento, poder de polícia e serviço público) e formas organizacionais de direito privado (empresas estatais, por exemplo) para intervir diretamente na economia. No primeiro caso, aplicar-se-ia sem sombra de dúvida um regime jurídico publicístico e, no segundo, um regime jurídico privatístico, ainda que mitigado por diversas normas de natureza jurídico-administrativa.

Ocorre que a realidade não é tão simples. Ao longo do século XX, o Estado passou a empregar a figura das empresas estatais para exercer atividades tipicamente públicas. Dessa forma, no nível da União, dos Estados e dos Municípios, surgiram diversas empresas com competência para prestar serviços públicos por delegação e, inclusive, para exercer poder de polícia, tal como mostram as diversas companhias de engenharia de tráfego (CETs). A figura das empresas estatais que, do ponto de vista lógico, deveria ser utilizada apenas para intervenção direta na economia, passou a exercer o papel dos órgãos estatais tradicionais, principalmente das autarquias, assumindo atividades tipicamente públicas e que deveriam ser sujeitas a regime publicístico.¹³

Ora, nesse contexto, não se poderia deixar de indagar: qual o regime jurídico a que se sujeitam as empresas estatais que prestam atividades tipicamente públicas? O regime jurídico dessas empresas é diferente do regime daquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito, ou seja, que atuam para fins de intervenção direta na economia? A

13 Sobre a problemática do exercício do poder de polícia, conferir, por exemplo, a Reclamação n. 9.702 da BHTrans, perante o Supremo Tribunal Federal.

formulação de respostas para essas duas questões gerais exigiria uma tese¹⁴, razão pela qual as linhas seguintes abordarão tão somente uma subquestão à qual se dedicou a ora homenageada, qual seja: qual a natureza jurídica dos bens públicos das empresas estatais frente à multiplicidade de atividades que essas empresas hoje exercem?

Uma resposta a essa questão poderia ser buscada inicialmente na legislação civilista, pois a diferenciação entre bens públicos e privados surgiu no direito brasileiro com a elaboração do primeiro Código Civil (Lei n. 3.071, de 01.01.1916).

Com efeito, das mais diversas distinções que se faziam em matéria de bens, o primeiro Código, hoje revogado, distinguia os bens móveis dos imóveis, os bens divisíveis dos indivisíveis, os principais dos acessórios etc. Além disso, no projeto de lei que lhe deu origem, também se apresentava um capítulo denominado “dos bens públicos quanto às pessoas”, o qual, na aprovação do Código, transformou-se no Capítulo III do título único do Livro II, ou seja, no capítulo “Dos bens públicos e particulares”, envolvendo os 65 a 68.¹⁵

Mais especificamente, no artigo 65 encontrava-se um critério claro de distinção entre bens públicos e particulares. Tal dispositivo dispunha que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. A despeito de alguns debates doutrinários, fato é que o critério da distinção entre bem público e particular para o direito positivo estava na titularidade do bem. Nos termos do artigo 65, aqueles pertencentes aos entes públicos seriam públicos (bens de uso comum, de uso especial ou dominicais) e os pertencentes às

14 A respeito das empresas estatais em geral, conferir: MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Maria Sylvia Zanella Di Pietro também já se manifestou sobre o tema. Vale a transcrição das seguintes palavras: “Em todas essas obras realçamos que o legislador brasileiro não se tem preocupado em fazer distinção mais precisa entre as empresas estatais que executam atividade econômica de natureza privada e aquelas que prestam serviço público. Também realçamos que, apesar da omissão legislativa, a própria Constituição de 1988 permite, ainda que implicitamente, uma distinção, quanto ao regime jurídico, entre esses dois tipos de empresas.” (*Parcerias na administração pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 302).

15 Ver a respeito: MARRARA, Thiago, *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*, cit., capítulo 1.

peças físicas e jurídicas de direito privado, incluindo empresas, seriam particulares. Sujeitar-se-iam, portanto, ao regime do Código Civil (com maiores ou menores derrogações de direito público).¹⁶

Seguindo essa mesma linha, o artigo 98 do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002) manteve o critério da titularidade, ao dispor que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Como se nota, o novo texto difere levemente do anterior ao substituir os termos “União”, “Estados” e “Municípios” (presentes no revogado art. 65) pela expressão “pessoas jurídicas de direito público interno”. Ainda que a nova redação tenha mantido o critério da titularidade, logrou trazer mais clareza para a norma em análise, uma vez que leva em consideração o fato de os entes políticos federativos serem organismos complexos, uma vez compostos de entidades de natureza pública e privada e incontáveis órgãos. Assim, *acertadamente, demonstra o novo dispositivo que não basta o “pertencimento” ao Estado para que o bem seja público. Mais do que isso, é necessário que o ente estatal que detenha o bem seja um ente público, ou melhor, uma pessoa jurídica de direito público interno nos termos do artigo 41 do Código Civil.* Somente assim os bens que estão em seu patrimônio serão bens públicos – bens de uso comum, de uso especial ou bens dominicais – e, por conseguinte, estarão protegidos pelas regras da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

Apesar dessa evolução textual, o novo texto no contexto da (des) organização administrativa brasileira gera perplexidades. Tal como nota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma interpretação literal dos artigos 98 e 99 do Código Civil levaria à conclusão de que todos os bens de entes estatais com natureza jurídica de direito privado (tal como as empresas

16 Aqui é importante frisar a relativização que se deve conceder às classificações de regimes jurídicos. Na prática, não existe regime jurídico puramente público ou privado. Toda espécie de bem particular, em certa medida, sujeita-se também ao direito público. É o que se vê com as limitações urbanísticas e ambientais à propriedade privada. Assim, tende-se hoje a superar a dicotomia público/privado para se falar em escalas de dominialidade. Para uma proposta de escala de dominialidade baseada em quatro regimes jurídicos diversos, ver: MARRARA, Thiago, *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*, cit., capítulo 2.

estatais) seriam bens privados¹⁷. Em outras palavras, segundo esse tipo de interpretação, o fato de a empresa exercer uma ou outra atividade seria irrelevante para definir a natureza do bem, de modo que se o ente estatal tiver natureza pública (uma autarquia, um ministério), o bem será público. Diferentemente, se o ente estatal tiver natureza privada (uma empresa estatal), o bem somente poderia ser privado. Isso significaria que o bem de uma empresa estatal que presta serviço público ou exerce poder de polícia, por exemplo, seria privado, assim como o bem de uma estatal que pratica atividade econômica em sentido estrito. Em síntese: à luz da concepção puramente civilista, a atividade da empresa não interessaria para a discussão acerca da natureza jurídica do seu patrimônio.

Em face dessa interpretação, três vias doutrinárias surgiram. A primeira, seguindo a interpretação dada, confirmaria a natureza privada de todo e qualquer bem de uma empresa estatal, a despeito de sua atividade, em vista das normas do Código Civil e, ainda, com base em uma interpretação mais ampla do artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição da República¹⁸. A segunda, por sua vez, negaria essa interpretação, afirmando que são bens públicos os bens das estatais que prestam serviço público ou outra atividade típica do Estado¹⁹, e privados apenas os bens das estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito. Para essa corrente, a interpretação literal dos dispositivos do Código Civil jamais poderia prevalecer²⁰, principalmente na presença do princípio da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços públicos.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Prefácio, in *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, cit., p. 18.

18 Segundo essa interpretação, o legislador, na Constituição de 1988, teria submetido as empresas estatais em geral ao regime jurídico privado, não interessando, portanto, se prestam ou não atividade econômica. Contra essa interpretação, alegam outros, dentre os quais Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que o artigo 173 diz respeito apenas às empresas estatais que exercem atividade de intervenção direta na economia. Essa última interpretação será retomada logo mais.

19 Por essa razão, seriam também inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis, ou seja, estariam enquadrados no regime jurídico administrativo típico dos bens públicos.

20 A propósito, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o Código Civil “não serve de base para definição dos bens das entidades da administração indireta, uma vez que em 1916 não se cogitava das mesmas, embora o Banco do Brasil já existisse desde o século anterior”. (Natureza dos bens das empresas estatais, cit., p. 178-179). Nesse mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração pública*, cit., p. 306.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, porém, afastou-se dos radicalismos e formulou um terceiro entendimento, o qual parece conciliar perfeitamente o Código Civil, a Constituição e os princípios regentes das atividades administrativas do Estado. Vejamos.

Antes de qualquer coisa, para sustentar sua tese, Maria Sylvia Zanella Di Pietro resgata o papel das normas constitucionais, negando interpretações baseadas em uma leitura isolada do Código Civil. Ao interpretar o artigo 173 da Constituição da República, a professora busca desfazer um mal-entendido que se instaurou em parte da doutrina, ou seja, o entendimento de que o regime de direito privado imposto pelo artigo 173, parágrafo 1º, das empresas estatais se estenderia a todas as empresas, a despeito da atividade prestada. De acordo com o seu exame, o dispositivo mencionado diz respeito apenas às empresas que se prestam a instrumentalizar a intervenção direta do Estado na economia, as quais, no silêncio da lei, obedecem ao direito privado. Ou seja: o direito privado, no caso da intervenção direta, é a regra, e o direito público a exceção, de modo que este deve ser interpretado restritivamente.²¹

Além disso, outra conclusão que extrai do dispositivo constitucional em comento é o de que a regra geral estabelecida pela Constituição, uma vez incluída no tratamento constitucional da intervenção do Estado na economia, não pode ser estendido para outras atividades estatais. Dizendo de outro modo, as empresas estatais que prestam atividades públicas tradicionais não estão sujeitas à regra do artigo 173 da Constituição. Assim, aos prestarem serviços públicos ou exercerem poder de polícia, por exemplo, tais empresas submetem-se ao regime jurídico-administrativo, ou melhor, ao regime jurídico publicístico. As normas do Código Civil e de qualquer outra lei infraconstitucional jamais poderiam modificar essa situação, dada a supremacia da Constituição da República.

Em resumo: para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o artigo 173 disciplina especificamente a atividade econômica em sentido estrito que é exercida pelos particulares e, excepcionalmente, por empresas estatais com base em imperativos de segurança nacional ou relevante interesse

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração pública*, cit., p. 303.

coletivo. Desse modo, “as normas dos parágrafos 1º e 2º [do art. 173] também só incidem nessa hipótese”.²²

Reforçando essa tese, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda esclarece que não poderia ser outra a conclusão, dado que a imposição de um regime jurídico administrativo, relacionado com os princípios da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços, é inseparável da noção de serviço público²³. Assim, ao exercer atividade de natureza pública, não poderia uma empresa estatal sujeitar-se às normas de direito privado de modo prevalecente às de direito público, inclusive em matéria de bens públicos.

Apesar dessa interpretação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro não se resume a assumir a segunda tese anteriormente apontada, ou seja, não nega totalmente as normas do Código Civil e não se filia integralmente àquelas que afirmam a natureza privada de *todos* os bens das empresas estatais. Eis aí seu toque de genialidade. Afastando-se com cautela das duas concepções extremas, a primeira mais subjetivista (critério da titularidade do bem) e a segunda mais funcionalista (critério da atividade da empresa que detém o bem), ela desenvolve uma terceira posição de natureza conciliatória entre a Constituição e o Código Civil, dando sistematicidade ao ordenamento jurídico na questão tratada e resolvendo o problema dos bens das estatais prestadoras de serviços públicos de modo bastante lógico e razoável.

Para fazê-lo, a homenageada lança mão de uma nova distinção. Passa a dividir os bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos em duas categorias – divisão que também serve, por exemplo, para empresas que exercem poder de polícia ou fomento.

De um lado, vislumbra os bens “que não estão diretamente afetados à execução do serviço público”, de modo que sua ausência não seria capaz de prejudicar a continuidade dos serviços. Esses bens, dada sua natureza não essencial, estariam subordinados ao regime de direito privado, “salvo com relação à exigência de licitação para sua compra ou alienação”.

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Natureza dos bens das empresas estatais*, cit., p. 174.

23 *Ibidem*, p. 175.

Diferentemente, os bens das empresas estatais vinculados à execução de determinado serviço público estariam enquadrados no *mesmo regime jurídico aplicável aos bens públicos de uso especial*. Isso significa dizer que a vinculação do bem à atividade de caráter público o retiraria do comércio jurídico, submetendo-o ao mesmo regime jurídico dos bens das pessoas jurídicas de direito público (autarquias, ministérios etc.)²⁴. Na prática, nada os diferencia dos bens de uso especial, ou seja, dos bens públicos vinculados a um serviço público e, por isso, devem ser considerados inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis. Afinal, como bem lembra a homenageada, “*ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio*”.²⁵

Como se vê, nessa linha de entendimento, chega-se a um bom termo entre as duas posições acima descritas. De um lado, não se permite que a interpretação literal do Código Civil comprometa os serviços públicos simplesmente pelo fato de serem eles prestados por empresas estatais (entidades de direito privado). De outro, não se permite que as empresas estatais se valham indevidamente de normas protetivas de seu patrimônio, quando, na verdade, deveriam atuar de modo semelhante às empresas privadas não estatais. Evita-se, portanto, o uso abusivo do regime administrativo.

A formulação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, extremamente feliz e relevante para a solução da questão, resguarda o critério fundamental do Código Civil – “titularidade é fator de definição da natureza jurídica do bem” (art. 98) –, tornando-o, porém, compatível com os princípios tradicionais do direito administrativo – já que a natureza jurídica privada do bem, na interpretação dada, não é capaz de comprometer a boa administração pública, na medida que há uma extensão das normas de proteção de bens públicos às empresas estatais, no caso excepcional acima tratado.

Esse entendimento mostra implicitamente que a natureza jurídica do bem, mesmo a privada, não é o único fator responsável pela definição do regime jurídico a que esse mesmo bem se submete. A natureza jurídica não

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Natureza dos bens das empresas estatais*, cit., p. 183.

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração pública*, cit., p. 309 e 316.

pode ser tomada como único determinante do regime jurídico de um bem estatal. Para definição do regime jurídico, é preciso mais. É preciso examinar igualmente a função prática exercida pelo bem em espécie. Assim, de acordo com a análise dessa função, é possível que o bem estatal seja privado e esteja em regime predominantemente privado ou mesmo que seja privado, mas em regime semelhante ao dos bens públicos. É exatamente esse último fenômeno que ocorre em relação aos bens das empresas estatais que são empregados em serviços públicos ou atividades administrativas típicas.

3 Conclusão

Buscou-se aqui apresentar, de modo breve e formal, a evolução da produção bibliográfica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro em matéria de bens públicos. Suas publicações a respeito do tema, que se iniciam na década de 1980 e continuam a surgir ao longo de toda sua carreira acadêmica, não apenas marcam sua obra doutrinária, como também revelam diversas contribuições relevantes à interpretação sistemática do direito positivo brasileiro.

De especial importância mostra-se a contribuição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro para a discussão acerca dos bens das empresas estatais, especialmente daquelas prestadoras de serviços públicos, e de sua natureza jurídica. O entendimento da homenageada sobre o assunto é digno de nota, pois se destaca inegavelmente no cenário doutrinário pátrio, na medida que busca conciliar a concepção subjetivista dos bens públicos consagrada há muito tempo pelo direito civil positivo e a concepção funcionalista defendida por inúmeros estudiosos da matéria. Para chegar a essa solução, a professora defende a tese de que os bens das empresas estatais são bens privados, com a exceção daqueles que estão vinculados ao serviço público. Segundo esse entendimento, não estão *todos* os bens de empresa estatal prestadora de serviço público submetidos às regras da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Na verdade, somente os bens *efetivamente vinculados e necessários ao serviço público* prestado pela empresa estatal sujeitam-se ao regime jurídico administrativo.

Sem exageros, pode-se afirmar que esse entendimento é acertado, razoável, compatível com a Constituição e o Código Civil, além de

relevante na prática da Administração Pública, por uma série de motivos. Conforme exposto, em primeiro lugar, ao diferenciar os bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a homenageada cria uma tese que protege a continuidade dos serviços públicos e os interesses dos cidadãos, caminhando, nesse sentido, ao lado de outros administrativistas que criticam os problemas da interpretação literal do Código Civil a respeito da natureza dos bens públicos (autores da linha funcionalista). Em segundo lugar, ao mesmo tempo em que protege, por exemplo, a continuidade do serviço público, a tese evita que empresas estatais venham a se valer de uma interpretação propositalmente funcionalista para se beneficiar do regime jurídico que disciplina os bens públicos e, com isso, afastem suas responsabilidades perante credores e outros agentes econômicos.

Exatamente por essas virtudes, a tese da homenageada – como tantas outras por ela desenvolvidas – atinge um justo balanço entre interesses públicos e interesses particulares, um balanço saudável tanto para a Administração Pública, quanto para a sociedade. É, dessarte, o entendimento mais compatível com nossa Carta Constitucional.

4 Referências

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aspectos jurídicos envolvendo o uso de bens públicos para implantação e instalação do serviço de telefonia. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 38-48, jan. 2002.

_____. Bens públicos e trespasse de uso. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, ano 21, n. 4, p. 403-412, abr. 2005.

_____. Compartilhamento de infra-estrutura por concessionárias de serviços públicos (Parecer). *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 2, n. 11, p. 43-52, jan. 2002.

_____. Concessão de uso especial para fins de moradia: Medida Provisória n. 2.220, de 4-9-2001. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2002*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 150-171.

_____. A defesa do cidadão e a *res publica*. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ENAP, v. 49, n. 2, p. 127-132, abr./jun. 1998.

_____. Direito de superfície. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2002*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38-48.

_____. Função social da propriedade pública. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Org.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 561-572.

_____. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 55-66, dez, 1989.

_____. Natureza dos bens das empresas estatais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 30, p. 173-186, 1988.

_____. *Parcerias na administração pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Prefácio. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 17-18.

_____. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

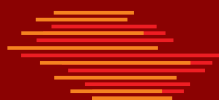
MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

editoração, impressão digital e acabamento

imprensa**o**ficial

Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO