REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA – RPGMJF

Editora Fórum

ISSN 2237-5120

R. Proc.-Geral Mun. Juiz de Fora – RPGMJF	Belo Horizonte	ano 1	n. 1	p. 1-287	jan./dez. 2011

rpgmjf.indd 1 04/11/2011 12:32:35

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA – RPGMJF

Editor-Chefe

Gustavo Henrique Vieira (PGM-JF)

Assessor de Edição

Rogério Junqueira Homem de Campos (Faculdade Metodista Granbery; Faculdades Doctum; PGM-JF)

Conselho Editorial

Aline Araújo Passos (UFJF)
Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (UFMG, PUC Minas)
Bruno Camilloto Arantes (UFOP)
Bruno Stigert de Sousa (Doctum, Instituto Vianna Júnior)
Emerson Gabardo (UFPR, PUCPR)
Frederico Augusto D'Ávila Riani (UFJF)
Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP)
José dos Santos Carvalho Filho (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; STF)
José Luiz Borges Horta (UFMG)
Leonardo Cardoso Oliva (Instituto Vianna Júnior, PGM-JF)
Luciana Gaspar Melquíades Duarte (UFJF, PGM-JF)
Marcelo Barbosa Mockdeci (PGM-JF)
Rogério Junqueira Homem de Campos (Faculdade Metodista Granbery; Faculdades Doctum; PGM-JF)
Thomas da Rosa Bustamante (UFMG)

Conselho Consultivo

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos (UERJ)
Bernal Pulido Carlos Libardo (Universidad Externado de Colombia, e Universidad de la Florida – Gainesville, EEUU)
Cláudio Pereira de Souza Neto (UERJ)
Daniel Antônio de Moraes Sarmento (UERJ)
Gustavo Binenbojm (UERJ)
Paulo Roberto de Gouvêa Medina (UFJF e PGM-JF)
Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal, e Universidade Católica Portuguesa, Portugal)

R454 Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF. ano 1, n. 1, jan./dez. 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Anual

ISSN 2237-5120

1. Direito municipal. 2. Juiz de Fora (Procuradoria-Geral do Município). I. Fórum.

CDD: 341.316 CDU: 352

A Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF tem como objetivo promover o estudo e a reflexão do Direito Público e da Teoria do Direito, especialmente dos assuntos de interesse imediato da Administração Pública local, no âmbito da Procuradoria-Geral do Município e da comunidade jurídica, bem como divulgar a produção acadêmica dos integrantes da Procuradoria-Geral e de demais autores interessados. A RPGMJF não tem finalidade lucrativa e será distribuída gratuitamente a diversos órgãos jurídicos e operadores do Direito, como aos Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça, órgãos da Justiça Federal e do Trabalho, juízes monocráticos locais, outras Procuradorias de Municípios, Estados e da União, órgãos e entidades públicas com as quais o Município de Juiz de Fora travar relações jurídicas com maior intensidade, bibliotecas de Faculdades de Direito, públicas e privadas, demais bibliotecas públicas, aos autores dos artigos publicados, ao editor-chefe e aos membros dos conselhos editorial e consultivo, com o propósito de reforçar a imagem de seriedade e qualidade institucional da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora. A RPGMJF é organizada dentro dos critérios Qualis para periódicos emitidos pela CAPES e registrada junto aos órgãos devidos, contando com ISSN próprio, com foco na excelência acadêmica. Esta publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

© 2011 Editora Fórum Ltda.
Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: <www.editoraforum.com.br>
e-mail: <editoraforum@editoraforum.com.br>

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão e normalização: Equipe Fórum
Projeto gráfico e capa: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Karine Rocha

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Sumário

Apresentação 7

DOUTRINA

Artigos

Agentes comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal
Lorena Nascimento Castro 11
Introdução 11
Os ACS e os ACE no Brasil 13
1 Sistema de Saúde – A construção de uma abordagem preventiva 13
2 Os programas de atenção básica à saúde e os agentes comunitários – Breve histórico 13
3 A Emenda Constitucional nº 51 14
4 Lei Federal nº 11.350 de 5.10.2006 15
5 Recursos, classificações e despesas – Questões e discussões iniciais 17
6 A Emenda Constitucional nº 63 18
O TCE-MG e a questão do cômputo das despesas 19
Projeto de Lei do Senado nº 196 de 2009 21
Conclusão 22
Referências 23

Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*
Bernardo Gonçalves Fernandes 25
1 Introdução: análise das decisões do RE nº 466.343 e da ADPF nº 153 25
2 Conclusão: reflexões à luz da "teoria do direito como integridade" 32
Referências 34

Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal
Marcos Vinícius Ferreira de Godoy 37
1 Introdução 38
2 O Estatuto da Cidade, a CF/88 e o MNRU 41
3 Função social da propriedade 45
3.1 Abordagens ao tema 45
3.2 Competência legislativa municipal 47
3.3 A função social da propriedade no PDDU de Juiz de Fora 51
4 Conclusão 55
Referências 58

"É sempre a mesma cantiga" – O contencioso da responsabilidade civil pública
Vasco Pereira da Silva 61

Estado mínimo x Estado máximo: o dilema
José dos Santos Carvalho Filho 89
1 Introdução 90
2 O Estado e a sociedade 91
3 Estado interventivo 93
4 Organização administrativa 94
5 Fins institucionais 95
6 A reforma administrativa 97
7 A desestatização 99
8 Causas gerais e concretas da transformação 100
9 Problemas atuais: o dilema 103
10 Conclusões 107
Referências 108

Políticas públicas da atuação local
Ciro di Benatti Galvão 111
Introdução 111
I Identificação, justificação e caracterização do direito fundamental objeto de investigação e análise 113
II Da compreensão da política pública objeto de análise 120
III Bases normativas referentes à atuação das autarquias locais ou entes locais 122
IV O processo de governança e a formulação das políticas públicas em âmbito administrativo local: a contribuição trazida pela experiência dos "Orçamentos Participativos" 126
Conclusão 134
Referências 135

Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas
Rogério Junqueira Homem de Campos 137
1 Introdução 137
2 A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e a "lei" 139
3 Principais problemas da segurança jurídica da "lei" 140
4 A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e os princípios 143
5 Problemas da segurança jurídica com os princípios 145
6 A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e o procedimento 146
7 Conclusões 148
Referências 149

Judicialização da saúde
Valesca Athayde de Souza Paradela 153
1 Introdução 153
2 Teoria dos direitos fundamentais 154
2.1 Regras e princípios 154
2.2 Direitos fundamentais sociais 157
2.3 O mínimo existencial 158
2.3.1 Limites dos limites 158
2.3.2 Reserva do possível 160
2.4 Teoria dos custos dos direitos 161
3 Conclusão 164
Referências 165

O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988
Luciano Elias Reis, Emerson Gabardo 167
1 Introdução 167
2 Histórico da legislação brasileira a respeito do meio ambiente 168
3 A definição de "meio ambiente" na Constituição de 1988 171
4 Meio ambiente e os direitos de terceira geração 174
5 Questões fundamentais sobre o chamado "terceiro setor" 175
6 A situação da ONG (organização não governamental) no contexto do terceiro setor 179
7 O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a óptica da Constituição de 1988 183
8 Desenvolvimento, meio ambiente sustentável e a estratégia da "responsabilidade compartilhada" 188
9 Conclusão 191
Referências 192

Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros
Patrícia Baptista 195
1 O direito administrativo brasileiro pós-1988 195
1.2 A filtragem constitucional do direito administrativo 197
2 Os limites constitucionais à autotutela administrativa 200
2.1 A autotutela administrativa: o que evoluiu desde as Súmulas nºs 346 e 473? 200
2.2 Limites substantivos e limites procedimentais 202
3 Os limites formais ou procedimentais ao exercício da autotutela administrativa 203
3.1 A controvérsia na jurisprudência brasileira 207
3.2 É possível afastar a exigência de contraditório e de ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal? Alguns parâmetros propostos 212
4 Conclusões 216

A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito
Gustavo Binenbojm 219

Jurisdição e separação de poderes
Paulo Roberto de Gouvêa Medina 229
1 A nova dimensão da função jurisdicional 229
2 Jurisdição e interesse público 232
3 Jurisdição e poder discricionário 240
4 Jurisdição e poder normativo: eficácia vinculante de decisões e súmulas 242
5 Jurisdição e separação de poderes: regra da não interferência 245
6 Considerações finais 248
Referências 250

O fortalecimento da instância local pela globalização: um contributo para a democracia
Luciana Gaspar Melquíades Duarte 253
1 Introdução 253
2 O fenômeno da globalização 254
3 O fortalecimento da instância local pela globalização 256

4 A participação cidadã como experiência democrática 259
5 Diversas dimensões da participação cidadã....263
6 A importância da instância local para a realização democrática 264
7 Conclusões 266
Referências 267

Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls
Bruno Camilloto Arantes....269
1 Introdução....269
2 Desenvolvimento 270
3 Conclusão....276
Referências 278

Índice 279

Normas para publicação de artigos 285

Apresentação

A produção de uma revista científica por um ente público é uma iniciativa que sempre deverá ser digna de registro e celebração. Afinal, trata-se não apenas de uma realização política dos gestores responsáveis, mas antes e principalmente da concretização do ideal maior de valorização do debate acadêmico e da produção de saber, fins precípuos de uma atividade administrativa comprometida também com o desenvolvimento intelectual da comunidade.

A publicação da *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora* (*RPGMJF*) veio confirmar nosso propósito de conferir peso e abrangência às questões tratadas no âmbito do sistema jurídico municipal, inaugurando um novo fórum de discussões e criando um ambiente propício para o surgimento de novas perspectivas sobre os assuntos caros à nossa realidade.

A par de pretendermos estabelecer um profícuo canal de debate e produção científicos, em que a constante apresentação de teses e a confrontação de correntes dogmáticas deverão funcionar como a força motriz das inovações que promoverão a atualização e a transformação do próprio Direito, procuramos também situar nossa Procuradoria-Geral como protagonista nesse processo.

Com um norte bem definido, tivemos a felicidade de, já nessa primeira edição, reunir abalizados estudos de autores influentes com substanciosos trabalhos de articulistas locais e procuradores municipais, o que nos foi indício de que o objetivo de viabilizarmos o intercâmbio tanto de ideias quanto de culturas jurídicas estaria sendo alcançado. De fato, sermos capazes de possibilitar e estimular o proveitoso diálogo entre os profissionais que atuam em nossa cidade com mestres do Direito consagrados internacionalmente é a grande conquista que ora nos orgulha e anima a bem apresentarmos este novo periódico jurídico.

Nessa oportunidade, aproveitamos para saudar e agradecer a cada uma das pessoas envolvidas neste longo e recompensador projeto, desde os dedicados servidores municipais que não mediram esforços para ajudar na árdua tarefa de tornar palpável nosso incipiente plano, até os ilustres autores que emprestaram à nossa Revista seu conhecimento, sua credibilidade, seu prestígio e seu precioso tempo.

rpgmjf.indd 7 04/11/2011 12:32:35

Apresentadas as ideias que nos inspiram e as razões que ainda nos movem, desejamos que todos aproveitemos essa excelente oportunidade para compartilharmos conhecimento e nos edificarmos intelectual e pessoalmente.

Custódio Mattos
Prefeito de Juiz de Fora.

Gustavo Henrique Vieira
Procurador-Geral / Editor-Chefe da RPGMJF.

rpgmjf.indd 8 04/11/2011 12:32:35

DOUTRINA
Artigos

rpgmjf.indd 9 04/11/2011 12:32:35

Agentes comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal*

Lorena Nascimento Castro
Graduanda na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo apresentar os atuais entendimentos acerca dos Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate a Endemias, partindo de uma temática mais geral sobre o universo de discussão em que se inserem no contexto brasileiro e, através de subtítulos, traçar a forma de atuação que deve ser buscada pelas administrações municipais, particularmente no Estado de Minas Gerais, tendo em vista as orientações do Tribunal de Contas mineiro.

Palavras-chave: Seleção. Vínculo. Despesas. Municípios. TCE-MG (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

Sumário: Introdução – Os ACS e os ACE no Brasil – **1** Sistema de Saúde – A construção de uma abordagem preventiva – **2** Os programas de atenção básica à saúde e os agentes comunitários – Breve histórico – **3** A Emenda Constitucional nº 51 – **4** Lei Federal nº 11.350 de 5.10.2006 – **5** Recursos, classificações e despesas – Questões e discussões iniciais – **6** A Emenda Constitucional nº 63 – O TCE-MG e a questão do cômputo das despesas – Projeto de Lei do Senado nº 196 de 2009 – Conclusão – Referências

Introdução

Questões envolvendo a Saúde e sua gestão por parte da administração pública sempre causaram discussões e embaraços aos gestores públicos. Garantir qualidade e pronto atendimento nos postos de saúde são desafios, os mais evidentes, mas não os únicos. Somam-se às dificuldades de coordenação e financiamento do sistema. A responsabilidade por programas que busquem o pleno desenvolvimento do Sistema de Saúde Pública é tarefa desenvolvida por todas as esferas político-administrativas do Estado brasileiro — União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

* Monografia vencedora, na categoria Estudante, do Concurso de Monografias do 1º Simpósio de Direito Municipal da Procuradoria do Município de Juiz de Fora, Concurso nº 01/2010, com Regulamento publicado em 5.8.2010, no Diário Oficial Eletrônico do Município de Juiz de Fora.

rpgmjf.indd 11 04/11/2011 12:32:35

Uma cooperação coordenada de atuação entre tais entes é o que se almeja, objetivando a promoção do bem comum, como também a qualidade e continuidade dos serviços públicos. Essa colaboração traduz-se no Princípio do Federalismo Compartilhado, previsto em sede constitucional no art. 241.[1]

A observância de tal princípio é busca constante e quando há um descompasso entre os entes da federação surgem questões como as que trataremos no presente trabalho. Procurar-se-á apresentar de forma sucinta o atual entendimento sobre a forma de seleção, vinculação jurídica e cômputo das despesas com os Agentes Comunitários de Saúde (ACS) bem como com os de Combate a Endemias (ACE) pelo TCE-MG. Passando por pontos básicos relacionados ao universo em que se insere a discussão, chegar-se-á a seu ponto principal quando se apresentar o tema sob a visão do citado Tribunal de Contas.

Através de uma metodologia exploratória de pesquisa e utilizando dos procedimentos de análise normativa e bibliográfica, pretende-se desenvolver o tema sob as luzes de dois principais marcos: o primeiro é a consolidação da isonomia e igualdade de oportunidades para a seleção dos servidores públicos,[2] confirmada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa; o segundo marco a se pontuar é o desenvolvimento de uma cultura de responsabilidade na gestão das finanças públicas,[3] marcado pela promulgação da Lei Complementar nº 101 de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal. A análise normativa-documental baseia-se, principalmente, nas Emendas Constitucionais nºs 51 de 2006 e 63 de 2010 e suas repercussões nas administrações municipais e, ainda, em pareceres do TCE-MG.

Nesta breve apresentação, conclui-se que o que se afirmará durante toda esta exposição encontra-se orientado por entendimentos exarados pelo TCE-MG, não significando por isso que não se utilizará de outras

[1] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consulta nº 732.243. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/?cod_secao=6K&tipo=1&url=&cod_secao_menu=5K>. Acesso em: 03 set. 2010.

[2] Sobre seleção dos servidores públicos ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Normas constitucionais sobre o regime jurídico dos servidores estatais (titulares de cargos ou empregados). *In*: *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 275-283. Para uma abordagem sob o prisma dos Direitos Fundamentais ver JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

[3] Sobre responsabilidade na gestão das finanças públicas ver MACRUZ, João Carlos; MACRUZ, José Carlos; CASTRO, Marcos José de. *Gestão fiscal responsável*: simples municipal: dúvidas e soluções da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Brasil. 2001. Para uma análise contextualizada do tema ver NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da; FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral. Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos gerais. *Cadernos de Finanças Públicas*, n. 01, dez. 2000. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/publicacoes-esaf/caderno-financas/CFP1/CFP_n1_art4.pdf>. Acesso em: 16 set. 2010.

rpgmjf.indd 12 04/11/2011 12:32:36

fontes para o desenvolvimento do estudo. Ressalta-se ainda que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar assunto ainda tão discutido, mas de chamar a atenção dos gestores públicos municipais, mais especificamente os do Estado de Minas Gerais, para a atual orientação do TCE-MG sobre a questão.

Os ACS e os ACE no Brasil

1 Sistema de Saúde – A construção de uma abordagem preventiva

Consagrada em várias passagens da Constituição Federal[4] bem como em outras várias de todo o ordenamento jurídico brasileiro, a saúde foi consagrada direito de todos e dever do Estado (artigo 196 da Constituição Federal). A Carta Constitucional de 1988 traz ainda a ideia de prevenção em seu artigo 196, adotando uma visão de saúde menos centrada na doença e mais preocupada com a integralidade da assistência.[5]

A importância dos Programas de Atenção Primária na efetivação do SUS é reconhecida e a atual preocupação é a de como resgatar sua credibilidade, melhor desenvolver e financiá-lo.[6]

Essa nova visão preventiva não é novidade na gestão da Saúde, como também não é nova a figura dos agentes comunitários.

2 Os programas de atenção básica à saúde e os agentes comunitários – Breve histórico

> *Ser agente comunitário de saúde é, antes de tudo, ser alguém que se identifica, em todos os sentidos, com a sua própria comunidade, principalmente na cultura, linguagem, costumes; precisa gostar do trabalho*.[7]

Joana Azevedo da Silva e Ana Silva Whitaker Dalmaso traçam um sucinto panorama histórico do surgimento dos Programas de Saúde da

[4] BRASIL. Constituição (1988). Artigos 6º, 23, II, 196, 197, 198. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º set. 2010.

[5] ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE EPIDEMIOLOGIA. *Avaliação da estratégia de saúde da família no Brasil*. Seminário de Atenção Primária à Saúde: perspectivas e desafios para o século XXI, slide 6. Belo Horizonte, maio 2009. Disponível em: <http://www.amep.org.br/docs/apresenta_seminario_aten_prim/avalia.pdf>. Acesso em: 1º set. 2010.

[6] MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de Atenção Básica. Notícias. Caminhos e descaminhos da política de atenção primária à saúde no Brasil. Disponível em: <http://200.214.130.35/dab/noticia/noticia_ret_detalhe.php?cod=1103>. Acesso em: 10 set. 2010.

[7] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. *O trabalho do Agente Comunitário de Saúde*. 3. ed. Brasília, 2000. p. 35. Disponível em: <http://www.fozdoiguacu.pr.gov.br/Concurso/Arquivos/O_trabalho_do_ACS.pdf>. Acesso em: 02 set. 2010.

rpgmjf.indd 13 04/11/2011 12:32:36

Família, apontando o fato de que tais programas representam uma retomada de políticas, inicialmente federais, nos anos setenta, que acabaram por ter seu desenvolvimento em políticas públicas regionalizadas, através da figura do agente comunitário. Tal retomada se dá com uma uniformização nacional, em 1991, reconhecendo as ações dos Agentes Comunitários de Saúde como integrantes do Programa Nacional de Agentes Comunitários de Saúde (PNACS), do Ministério da Saúde. Na análise de um contexto mais atual, onde a figura do agente comunitário não se encontra somente em áreas rurais, mas também nos centros urbanos, as autoras realçam dois aspectos observáveis nesse novo contexto, quais sejam um mais técnico, relacionado ao próprio atendimento da Saúde e outro mais político, perceptível no papel que têm esses agentes na organização e transformação das comunidades nas quais atuam.[8]

O que se percebe é o crescimento da importância da atuação de tais agentes na efetivação dos mais diversos programas de saúde. Os agentes funcionam como um elo de ligação entre as equipes de saúde e a comunidade, buscando uma promoção constante da saúde.

3 A Emenda Constitucional nº 51

A Emenda Constitucional nº 51 trata da previsão de processo seletivo que respeite as peculiaridades das atribuições dos agentes, podendo-se aqui questionar se fora adequado o tratamento do tema em âmbito constitucional. Tomando-se por base o texto da proposta da emenda, onde são colocados em evidência aspectos relacionados à atuação dos agentes comunitários, o deputado federal Maurício Rands, autor da proposta, reforça a importância do concurso público como regra, mas reconhece também os requisitos específicos da atuação dos agentes, bem como sua importância nos programas do SUS. Aponta a falta de regulamentação adequada sobre o vínculo de tais profissionais com a administração pública. Tal vínculo tem se dado através de parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), contratos temporários, entre outras formas, que não têm resguardado os direitos de tais profissionais, observando, por outro lado, que o próprio ente público não dispõe de instrumento adequado para a vinculação direta à administração, respeitados os fatores

[8] DALMASO, Ana Sílvia Whitaker; SILVA, Joana Azevedo da. *O agente comunitário de saúde e suas atribuições*: os desafios para os processos de formação de recursos humanos em saúde. Interface, São Paulo, fev. 2002. Disponível em: <http://www.interface.org.br/revista10/debates1.pdf >. Acesso em: 10 set. 2010.

rpgmjf.indd 14 04/11/2011 12:32:36

da legitimidade e reconhecimento na comunidade em que atuarão esses agentes. Propõe então o preenchimento de empregos públicos através de um processo seletivo alternativo à previsão constitucional do concurso público, que respeite tais fatores: legitimidade e reconhecimento nas comunidades de atuação dos agentes.[9]

A motivação da proposta da emenda remete a dois dos pontos de discussão deste trabalho — o critério de seleção desses agentes e seu vínculo com a administração pública. Dessa forma, inseriu-se como norma constitucional a possibilidade de seleção pública como critério simplificado e isonômico de seleção de tais agentes, sem que se perdesse sua característica principal, que se refere ao vínculo direto com a comunidade onde exercem suas atividades, podendo este fato ser requisito da contratação. Cabe observar que, pela leitura integral da referida emenda, tem-se que, de qualquer forma, os agentes devem ser contratados diretamente pelos entes da federação, ou seja, deverão estar sob responsabilidade do poder público.

4 Lei Federal nº 11.350 de 5.10.2006

Prevista no §5º inserido no artigo 198 da CF, a Lei nº 11.350 veio regulamentar o mencionado artigo. Através de uma abordagem objetiva, destacam-se alguns pontos dignos de maior análise.

> Art. 8º Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, na forma do disposto no §4º do art. 198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.

Tem-se aqui, como regra geral, a submissão ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas observados os termos finais do artigo, ter-se-ia uma margem de escolha para o gestor público na adoção do regime estatutário, através da criação de cargo público, mas observadas, como já dito, as peculiaridades das atividades de tais agentes, o emprego público será a regra. Tal entendimento é reconhecido pelo TCE-MG, que, com base no artigo 198 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda nº 51 de 2006, orienta no

[9] BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 391/2009. 8 jul. 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=441673>. Acesso em: 03 set. 2010.

rpgmjf.indd 15 04/11/2011 12:32:36

sentido da prevalência da responsabilidade direta do ente público, através de um vínculo estatutário, seja através de cargos ou através de empregos públicos.[10]

Assim, a possibilidade de criação de cargos é opção de vínculo estatutário reconhecida, não sendo o regime celetista exclusividade.

Quanto à terceirização de tais profissionais, cabe ressaltar que o TCE-MG reconhece a participação da pessoa privada, mas somente em caráter complementar, consoante determinação do artigo 197 e 199 da Constituição Federal de 1988.[11]

> Art. 9º A contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias *deverá* ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (grifo nosso)

Por disposição normativa, o processo seletivo público é o instrumento legal adequado pelo qual se fará a seleção de tais agentes. Verifica-se, portanto, que a Lei nº 11.350 não foge ao padrão normativo de acesso aos cargos públicos por meio de processo de seleção que resguarde isonomia de tratamento e igualdade de oportunidade a todo cidadão, respeitando, assim, o ideal constitucional.

> Art. 14. O gestor local do SUS responsável pela contratação dos profissionais de que trata esta Lei disporá sobre a criação dos cargos ou empregos públicos e demais aspectos inerentes à atividade, observadas as especificidades locais.

Aqui o papel do gestor local do SUS mais uma vez é reforçado, devido às peculiaridades da atividade do agente que remetem sempre a uma análise local para buscar a melhor forma de ação a se adotar na região.

> Art. 16. Fica vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável.

Não deixando margem a dúvidas, este artigo traz de forma taxativa a vedação à contratação temporária ou terceirizada, antes recorrentemente

[10] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consulta nº 732.243.
[11] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consulta nº 809.494.

rpgmjf.indd 16 04/11/2011 12:32:36

praticadas, ressalvadas as hipóteses de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, que tem como referência a Lei Federal nº 8.745 de 9 de dezembro de 1993.[12]

Assim, a regra geral deverá ser a criação de empregos públicos e o processo seletivo público como forma de critério isonômico de seleção, sendo expressamente vedada a contratação temporária ou terceirizada de ACS e ACE, ressalvadas as hipóteses de combate a surtos endêmicos e terceirização de caráter complementar. A forma de seleção e vinculação alcançou solução após a promulgação da Lei nº 11.350 de 5.10.2006, mas subsistiu a insegurança dos municípios em relação ao trato das receitas e despesas com os agentes comunitários.

5 Recursos, classificações e despesas – Questões e discussões iniciais

O PAB — Piso de Atenção Básica à Saúde (NOB/96) — e seus componentes variáveis, adicionado de recursos de fontes estaduais e municipais, é a receita de transferência responsável pelo financiamento de ações relacionadas à atenção básica da saúde.[13] O que ocorre é que tais repasses muitas vezes não são suficientes e há as dificuldades porque passam os municípios quando do cômputo das despesas com tais agentes, tendo em vista os limites de gastos com pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.[14] Os administradores municipais, que lidam diretamente com o dia a dia do Sistema de Saúde, são os efetivamente responsáveis pela resposta imediata às necessidades que demandam a sociedade. A participação dos agentes, tanto de saúde como de combate a endemias, já é de reconhecida importância para a efetivação da maior parte dos programas do SUS, e estes são desenvolvidos, em sua quase totalidade, em esfera de decisão diversa da municipal, causando complicações na efetivação pelos municípios, pois os recursos não estão, muitas vezes, em sincronia com sua realidade, levando ao comprometimento de seus limites de gastos. Imperiosa torna-se

[12] BRASIL. Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 10 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 04 set. 2010.

[13] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Manual Básico: Financiamento das ações e serviços públicos de saúde 2007. Disponível em: <http://www.tce.sp.gov.br/arquivos/manuais-basicos/2007_fin-acoes-saude.pdf>. Acesso em: 1º set. 2010.

[14] BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 05 maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 1º set. 2010.

rpgmjf.indd 17 04/11/2011 12:32:36

a participação da União, prestando assistência financeira aos demais entes da federação, de forma a não comprometer os recursos municipais por efetivar programa que, apesar de extrema importância e necessária implantação, não fora idealizado com observância das peculiaridades de cada município, o que de fato só é possível no trato diário com a Saúde local.

Na esteira de Tadahiro Tsubouchi, o que está em questão não são os direitos constitucionalmente garantidos, sua importância e a função estatal de garanti-los, mas a de se refletir sobre até onde vai a capacidade financeira dos municípios de dar-lhes efetividade.[15]

6 A Emenda Constitucional nº 63

A Emenda Constitucional nº 63 de 4.2.10 reafirma a importância dos ACS e ACE, e a temática sobre os impactos financeiros da referida emenda entram em pauta de discussão de forma mais incisiva. A referida emenda reforça a necessidade de lei para disciplinar a atuação dos agentes e chama à responsabilidade a União, no sentido de dar assistência financeira para o cumprimento do piso salarial a ser instituído.[16] O deputado federal Raimundo Gomes de Matos, quando da Justificação da Proposta da Emenda à Constituição, a Proposta de EC nº 391/2009, argumenta no sentido de que a emenda visa garantir o direito ao piso salarial nacional dos Agentes Comunitários de Saúde e de combate a endemias.[17]

Durante as discussões e trabalhos das Comissões da Câmara dos Deputados sobre a referida PEC, a Confederação Nacional de Municípios sugere a realização de uma Audiência Pública, que é requerida pelo deputado Efraim Filho, no sentido de colocar em pauta os reflexos da emenda em comento, visto que o estabelecimento de valores federais para a remuneração dos agentes comunitários causaria grande impacto nos municípios, pois o ônus das contratações é de responsabilidade direta desse ente, e tais padrões a

[15] TSUBOUCHI, Tadahiro. Parecer Jurídico. Agente Comunitário de Saúde (ACS). EC 51. Lei 11.350/06 – Processo Seletivo. Disponível em: <http://www.cosemsmg.org.br/cosems/servicos/espaco-juridico/220-parecer-acs-ec-51-lei-1135006-processo-seletivo>. Acesso em: 05 set. 2010.

[16] Art. 1º. O §5º do art. 198 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 198. (...) §5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (...).

[17] BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 391/2009. 8 jul. 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=441673>. Acesso em: 03 set. 2010.

rpgmjf.indd 18 04/11/2011 12:32:36

nível federal poderiam não ser condizentes com os padrões remuneratórios de cada localidade.[18]

Como mencionado, essa discussão é recorrentemente colocada em pauta. O presidente da Confederação, Paulo Ziulkoski, também discute o impacto nas finanças municipais, chamando a atenção para a necessidade de abertura de um diálogo com os municípios, que sofrerão de forma mais direta o impacto do estabelecimento de um piso salarial em padrões federais, principalmente no tocante aos limites estabelecidos para a esfera municipal, com gastos com pessoal, de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal,[19] criticando, na oportunidade, os diversos programas governamentais criados por atos administrativos, sem um maior rigor e análise legal.[20]

Sobre isso, o TCE-MG elaborou orientação para os gestores mineiros.

O TCE-MG e a questão do cômputo das despesas

O Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE-MG) frequentemente é questionado sobre a questão de vinculação de tais agentes e sobre como computar as despesas com os mesmos. Em um dos primeiros momentos de enfrentamento da questão, ainda nova e causadora de insegurança entre os gestores municipais, o TCE-MG, na Consulta nº 657.277 de 20.3.02 inaugura a discussão sobre o tema entre os conselheiros, tornando-se precedente para outros pareceres ainda por vir. A questão do cômputo das despesas com os agentes atuantes no Programa Saúde da Família causava desconforto, tendo em vista a falta de previsão normativa clara e certa para o regime a se adotar para tais agentes. À época, como verificado anteriormente, a terceirização era prática recorrente dos municípios. O TCE-MG, através de um raciocínio mais elaborado sobre a questão, desenvolve entendimento reforçando a ideia de que "as atividades a serem desempenhadas pelos profissionais contratados para o Programa Saúde da Família referem-se à atividade-fim do município, só podendo ser desempenhadas por servidor ou empregado público de carreira"[21] e, assim sendo, traz a orientação de que "em qualquer caso, os gastos com os

[18] BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 391/2009.
[19] BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000.
[20] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. Ziulkoski fala sobre piso dos agentes de Saúde e Royalties em reunião do CAF. 14 jul. 2010. Notícias, Institucional. Disponível em: <http://www.cnm.org.br/institucional/conteudo.asp?ild=171871>. Acesso em: 1º ago. 2010.
[21] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consulta nº 657.257.

rpgmjf.indd 19 04/11/2011 12:32:36

referidos profissionais serão computados no limite de despesa total com pessoal, independente do vínculo e da forma de contratação".[22]

Pontua-se que, já nessa consulta, o TCE-MG reconhece as dificuldades e insegurança por que passam os municípios para realizar concursos públicos para os agentes do PSF, quando tal programa fora idealizado pelo Governo Federal e não há como se ter previsão de sua duração, com o correspondente repasse de recursos. Contando com essa primeira consulta como precedente tem-se posteriormente a Consulta nº 656.574 de 22.5.02, que, juntamente com a primeira, é a base do entendimento atual do TCE-MG sobre a questão do cômputo das despesas com agentes dos Programas de Atenção Básica e Saúde da Família. Nessa, tem-se reafirmado pelo Relator o entendimento dado pelo Conselheiro Murta Lages na Consulta nº 657.277, mas é com o pedido de vista do Conselheiro Moura e Castro que se consolida a atual orientação da Corte Mineira — confirmada por unanimidade na Consulta nº 832.420 de 26.5.10 que teve como Relator o Conselheiro Elmo Braz:

Nos termos expostos na Consulta nº 700.774:

> (...) levando-se em conta que os programas são compartilhados entre os três entes da federação, cada esfera de governo lançará como despesa de pessoal apenas a parcela que lhe couber na remuneração do agente e não a totalidade... a parte restante será contabilizada como "Outros serviços de terceiros – pessoa física", dotação 33.90.36.00, a título de transferência recebida.[23]

Tal posicionamento visa ao reconhecimento da situação em que se encontram os entes municipais, garantindo que não ultrapassem seu limite de despesa com pessoal, imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), por efetivação de programa de responsabilidade de mais de uma esfera de governo. Assim, cada ente da federação deverá computar como despesa com pessoal os agentes que efetivamente são remunerados com seus recursos; os remunerados com os recursos repassados pela União, no caso, devem computar como despesa de pessoal de sua responsabilidade, sendo classificados no âmbito municipal como "Outros serviços de terceiros – pessoa física" dotação que não é utilizada no cálculo de limites de despesa com pessoal; os agentes efetivamente remunerados com recursos municipais computarão como despesa de pessoal do ente municipal. Destaca-se ainda a fala do Conselheiro Eduardo Carone Costa em discussão sobre o tema:

[22] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consulta nº 657.277.
[23] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consulta nº 700.774.

rpgmjf.indd 20 04/11/2011 12:32:36

> Mesmo porque, se não interpretássemos dessa forma, estaria o município suportando, para efeitos de apuração de limites, gastos com pessoal decorrentes de despesas feitas por entidade diversa, por pessoa jurídica de direito público interno diversa, que seria a União ou o Estado, quem tivesse transferido.[24]

Vemos ainda como oportuno mencionar a fala do Relator Conselheiro Wanderley Ávila, quando na Consulta nº 700.774, onde afirma, com base no art. 2º, inciso IV da LRF, agora tratando da receita transferida: "as receitas de transferência intergovernamental, mesmo as destinadas a programas específicos, integram a receita corrente líquida que serve de base de cálculo para se chegar ao percentual mínimo a ser gasto com pessoal".[25]

Os entendimentos remetem a certos inconvenientes, visto que tais agentes ligam-se diretamente ao município, mas não deverão todos os agentes computar como despesa de pessoal, não constando, efetivamente, como pessoal de nenhum dos entes da federação. Vê-se, ainda, que, respeitado o artigo 2º, inciso IV, da LRF, tem-se, nesse caso, o aumento da receita corrente líquida do município, proporção que seria contrabalanceada pelas despesas com a efetivação do programa, o que não ocorre, pois, como visto, os agentes pagos com os recursos transferidos se encontram na dotação 33.90.36.00, não computando para apuração de gastos com pessoal. E ainda: a utilização da classificação 33.90.36.00 causa certa "estranheza" pelo fato de ser própria, via de regra, de terceirizações, sendo que tais agentes são efetivamente ligados à administração pública.

A orientação do TCE-MG resguarda os municípios e impõe, pelas discussões e apontamentos apresentados, que se busque uma reformulação da estratégia de efetivação e financiamento dos programas desenvolvidos, principalmente os relacionados à saúde, a fim de suprimir os impasses relatados.

Projeto de Lei do Senado nº 196 de 2009

A título de pertinência ao tema, menciona-se aqui o Projeto de Lei do Senado nº 196/2009, em tramitação, que objetiva acrescentar à Lei nº 11.350/2006 artigos para instituir o piso salarial nacional dos Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate a Endemias, reforçando em seu artigo 9º-C a participação e acompanhamento técnico por parte

[24] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consulta nº 656.574.
[25] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consulta nº 700.774.

rpgmjf.indd 21 04/11/2011 12:32:36

da União, com vistas a garantir recursos e condições no cumprimento do piso salarial a se instituir.[26]

Reforça-se, assim, a orientação do TCE-MG, visto o descompasso entre as previsões de valores nacionais de salário e as peculiaridades e capacidades financeiras de cada ente municipal e a necessidade de uma reformulação das estratégias de efetivação dos programas de atenção básica no tocante a seu financiamento.

Conclusão

Conclui-se que será através de processo seletivo para preenchimento de emprego público a regra geral de seleção e vinculação dos agentes de saúde e de combate a endemias. Recursos repassados para os programas em que esses atuam incorporam-se à receita corrente líquida do município. Quanto às despesas, deverão ser contabilizados como despesa com pessoal do município os agentes remunerados com receitas deste ente da federação, sendo contabilizados como "Outros serviços de terceiros – pessoa física" as despesas com agentes que corram às custas das transferências de ente da federação diverso, no caso, a União. Tal tomada de postura pelo Tribunal de Contas mineiro chama a uma reformulação das políticas públicas e seus programas, de forma que todos os entes da federação se comprometam, de forma efetiva, a cooperar em programas desenvolvidos conjuntamente pela União, Estados e Municípios.

Juiz de Fora, 26 de abril de 2011.

Community Health Agents: Notes on the Type of Selection, Attachment and Computation of the Expenses in Municipal Administration

Abstract: This paper aims to show the current understandings on the Community Health Agents and Agents Against Endemic Diseases, based on a more general theme focusing the discussion sphere in which they are embedded to Brazilian context and through the secondary titles of this article we aim to delineate which type of performance should be aimed by Municipal Administrations, particularly in Minas Gerais state, taking into account the bearings of the Court of Accounts of Minas Gerais.

Key words: Selection. Attachment. Expenses. Municipalities. TCE-MG (Court of Accounts of the State of Minas Gerais).

[26] BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 196/2009, de 15 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58012>. Acesso em: 11 set. 2010.

rpgmjf.indd 22 04/11/2011 12:32:36

Referências

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE EPIDEMIOLOGIA. Avaliação da Estratégia de Saúde da Família no Brasil. *Seminário de Atenção Primária à Saúde*: perspectivas e desafios para o Século XXI. Belo Horizonte, maio 2009. Disponível em: <http://www.amep.org.br/docs/apresenta_seminario_aten_prim/avalia.pdf>. Acesso em: 1º set. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 391/2009. 8 jul. 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=441673>. Acesso em: 03 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Artigos 6º, 23, II, 196, 197, 198. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º set. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006. Acrescenta os §§4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal. *Diário Oficial*, Brasília, 15 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc51.htm>. Acesso em: 1º set. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 63, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o §5º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre piso salarial profissional nacional e diretrizes para os Planos de Carreira de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias. *Diário Oficial*, Brasília, 5 fev. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc63.htm>. Acesso em: 1º set. 2010.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 05 maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 1º set. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006. Regulamenta o §5º do art. 198 da Constituição, dispõe sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 6 out. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11350.htm>. Acesso em: 1º set. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 10 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 04 set. 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. *O trabalho do Agente Comunitário de Saúde*. 3. ed. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.fozdoiguacu.pr.gov.br/Concurso/Arquivos/O_trabalho_do_ACS.pdf>. Acesso em: 02 set. 2010.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 196/2009. 15 maio 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58012>. Acesso em: 11 set. 2010.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. Ziulkoski fala sobre piso dos agentes de Saúde e Royalties em reunião do CAF. 14 jul. 2010. Disponível em: <http://www.cnm.org.br/institucional/conteudo.asp?iId=171871>. Acesso em: 1º ago. 2010.

rpgmjf.indd 23 04/11/2011 12:32:36

DALMASO, Ana Sílvia Whitaker; SILVA, Joana Azevedo da. *O agente comunitário de saúde e suas atribuições*: os desafios para os processos de formação de recursos humanos em saúde. Interface, São Paulo, fev. 2002. Disponível em: <http://www.interface.org.br/revista10/debates1.pdf>. Acesso em: 10 set. 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de Atenção Básica. Notícias. Caminhos e descaminhos da política de atenção primária à saúde no Brasil. Disponível em: <http://200.214.130.35/dab/noticia/noticia_ret_detalhe.php?cod=1103>. Acesso em: 10 set. 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Normas e diretrizes do programa de agentes comunitários de saúde, PACS. Portaria nº 1.886/GM. Anexo 1. Brasília: Ministério da Saúde, 1997. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0648_28_03_2006.html>. Acesso em: 10 set. 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consultas nºs 657.277, 656.574, 700.774, 716.388, 809.494, 732.243, 783.098, 832.420. Disponíveis em: <http://www.tce.mg.gov.br/?cod_secao=6K&tipo=1&url=&cod_secao_menu=5K>. Acesso em: 03 set. 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Manual Básico: Financiamento das ações e serviços públicos de saúde 2007. Disponível em: <http://www.tce.sp.gov.br/arquivos/manuais-basicos/2007_fin-acoes-saude.pdf>. Acesso em: 1º set. 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Informação nº 020/2006. Emenda Constitucional nº 51/2006. Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias. Processo seletivo público. Observância de princípios constitucionais. Medida Provisória nº 297/2006. Contratação temporária ou terceirizada. Consórcios públicos. Despesa com pessoal. Precedentes. Considerações. Conclusões. Disponível em: <http://www.tce.rs.gov.br/consultas/Informacoes/Info-2006/pdf/020-2006.pdf>. Acesso em: 02 set. 2010.

TSUBOUCHI, Tadahiro. Parecer Jurídico. Agente Comunitário de Saúde (ACS) – EC 51. Lei 11.350/06. Processo Seletivo. Disponível em: <http://www.cosemsmg.org.br/cosems/servicos/espaco-juridico/220-parecer-acs-ec-51-lei-1135006-processo-seletivo>. Acesso em: 05 set. 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASTRO, Lorena Nascimento. Agentes comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 11-24, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 24 04/11/2011 12:32:36

Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*

Bernardo Gonçalves Fernandes

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto de Teoria da Constituição e Direito Constitucional do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto III de Direito Penal, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

Palavras-chave: Tratatos Internacionais. Lei da Anistia. Supremo Tribunal Federal. *Self restraint*. Ativismo.

Sumário: **1** Introdução: análise das decisões do RE nº 466.343 e da ADPF nº 153 – **2** Conclusão: reflexões à luz da "teoria do direito como integridade" – Referências

1 Introdução: análise das decisões do RE nº 466.343 e da ADPF nº 153

Conforme extensa discussão doutrinária e jurisprudencial, até o advento da Emenda Constitucional nº 45/04 em nosso ordenamento, tínhamos algumas posições jurídicas sobre a figura dos Tratados Internacionais. Ora, uma plêiade de internacionalistas, entendiam à luz do art. 5º, §2º da CR/88,[1] que determinados Tratados Internacionais, mormente (e especificamente) os relativos a direitos humanos, deveriam adentrar em nosso ordenamento como normas constitucionais. Já outros juristas e cientistas do direito, advogavam com base em pressupostos filiados ao princípio da soberania nacional (ou ao princípio da supremacia da Constituição, entre outros) que quaisquer Tratados Internacionais (mesmo os de direitos humanos) deveriam entrar em nosso ordenamento como lei ordinária (legislação ordinária). Pois bem, o STF se posicionou (mesmo sob calorosos protestos no que tange aos Tratados Internacionais

[1] Art. 5º, §2º da CR/88: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

rpgmjf.indd 25 04/11/2011 12:32:36

sobre direitos humanos)[2] de acordo com a corrente que propugnava o recebimento dos tratados, sejam eles sobre qualquer tema, como legislação ordinária (portanto: legislação infraconstitucional).[3]

Acontece que, uma das grandes novidades da reforma do Poder Judiciário, fruto da EC nº 45/2004, foi a positivação em nosso ordenamento constitucional de norma que determina que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) que seguissem o mesmo procedimento de aprovação das Emendas Constitucionais deveriam ser recebidos como normas constitucionais. Nesses termos, temos o art. 5º, §3º da CR/88, que afirma que: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

Pois bem, a partir daí restou consignado, que teríamos, a princípio, duas posições sobre os Tratados Internacionais: a) Tratados Internacionais que não são de direitos humanos continuariam a ser recepcionados como lei ordinária; b) já os TIDH que passassem pelo procedimento descrito no art. 5º, §3º da CR/88, seriam recepcionados como normas constitucionais. Como primeiro exemplo, temos em agosto de 2009 a promulgação pelo Poder Executivo do Decreto nº 6.949/2009 (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007).[4]

---

[2] Conforme a renomada doutrina de: Ingo Sarlet (2010), Flávia Piovesan (2011), entre outras.

[3] É importante salientar, nos termos da *ADI nº 1.480*, que para a incorporação de um Tratado Internacional em nosso ordenamento jurídico, são necessárias 3 (três) fases: *1ª fase*: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CR, art. 84, VIII); *2ª fase*: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CR, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado; *3ª fase*: Temos a edição de um Decreto do Presidente da República (Decreto do Executivo), promulgando o ato ou Tratado Internacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou Tratado Internacional, podendo, inclusive, conforme entendimento do próprio STF, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

[4] O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008; Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008; DECRETA: Art. 1º A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém. Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão dos referidos diplomas internacionais ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição. Art. 3º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 25 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.

rpgmjf.indd 26 04/11/2011 12:32:36

Acontece que uma nova discussão passou a permear o Pretório Excelso, bem como a doutrina pátria. Qual seja: e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não passaram pelo procedimento expresso no art. 5, §3º da CR/88? Como seriam recebidos (aplicados) em nosso ordenamento? Ou se já existentes, qual seria o *status* dos mesmos?

Seriam somente leis ordinárias, ou não mais caberiam em nosso ordenamento como tais, em virtude de serem de direitos humanos? Também seriam recepcionados como normas constitucionais, mesmo não sendo procedimentalizados, nos termos expressos no art. 5º, §3º, da CR/88?

A tese vencedora no STF, propugnada pelo Ministro Gilmar Mendes, foi a de que esses TIDHs que não passaram pelo procedimento do art. 5º, §3º, da CR/88, não poderiam adentrar como leis ordinárias por serem de direitos humanos (o que não mais caberia, frente a nova assertiva trazida pela EC nº 45/04), mas, também, não seriam normas constitucionais, por não terem sido aprovados nos mesmos moldes das Emendas Constitucionais (conforme o disposto no art. 5º, §3º, da CR/88). Segundo o Ministro, eles deveriam adentrar no ordenamento pátrio como normas supralegais, ou seja, um meio-termo (posição intermediária) entre as normas constitucionais e as leis ordinárias. Nesse sentido, estariam acima das leis ordinárias (com o condão de revogá-las) e abaixo da normas constitucionais. Portanto, passamos agora, em virtude desse posicionamento, exarado de forma majoritária no STF, a ter 3 hipóteses sobre a recepção de Tratados Internacionais em nosso ordenamento: a) TIDH (conforme o art. 5º, §3º, da CR/88): norma constitucional;[5] b) TIDH (não conforme o art. 5º, §3º, da CR/88):[6] norma supralegal; c) TI que não é de DH: norma ordinária (lei ordinária).

[5] No que tange a relação dessas novas normas constitucionais com as *cláusulas pétreas* temos que se as normas do TIDH constitucionalizadas acrescentarem (incrementarem) direitos às normas protegidas pelo art. 60, §4º, da CR/88 elas estarão em consonância com o sistema constitucional e não poderão ser suprimidas (temo aí uma modificação ampliativa). Já se as novas normas constitucionais, oriundas de TIDH abolirem (ou suprimirem) direitos individuais elas (ainda que normas constitucionais) não poderão prevalecer, devido a proteção referente ao art. 60, §4º, da CR/88. Portanto, deverão ser declaradas inconstitucionais. Uma outra questão interessante, diz respeito a se novos direitos advindos de um TIDH que adentrou como norma constitucional poderão ser posteriormente suprimidos por uma Emenda constitucional posterior. Conforme Gilmar Mendes (2008) essa hipótese seria possível, pois o poder reformador da Constituição (mesmo via TIDH) não poderia impor limites a ele mesmo (autolimitação). Portanto, as limitações seriam apenas obra do Poder Constituinte originário. Já outra corrente advoga que se o rol de direitos é ampliado, não poderíamos abolir (suprimir) novos direitos individuais (que estariam agora protegidos pelo art. 60, §4º, da CR/88) via emenda constitucional. Somos adeptos dessa última corrente.

[6] Essa assertiva envolve, obviamente, os TIDH aprovados anteriormente a EC nº 45/04 e os TIDH aprovados posteriormente a EC nº 45/04.

rpgmjf.indd 27 04/11/2011 12:32:36

Essa posição, assente no STF nos termos do *RE nº 466.343*, gerou uma série de consequências em nosso ordenamento. Algumas que poderíamos citar, foram o *cancelamento da Súmula nº 619 do STF* ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito"), bem como, a definição de que a modalidade de *prisão civil do depositário infiel* prevista no art. 5º, LXVII ("Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel") *não mais* seria cabível. Nesses termos, a ementa do *RE nº 466.343* julgado em 3.12.2008, deixa assente que: "PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§1º, 2º e 3º, da CR, à luz do art. 7º, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito" (Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ*, 05 jun. 2009).

Porém, a *principal* consequência, a nosso ver, e que por vezes é olvidada na doutrina, se refere a (aplaudida) *modificação hierárquica* do ordenamento jurídico, com a assunção de mais uma espécie normativa, que conforme visto, foi desenvolvida (*estranhamente*, por falta de titularidade para tal!) pelo STF.[7] Certo é que, se a previsão do intitulado *status* de normas *supralegais* está positivada constitucionalmente em outros ordenamentos como o da Alemanha (art. 25 da *Lei Fundamental de Bonn*) e o da França (art. 55 da *Constituição* de 1958), a mesma não encontra esteio constitucional em nosso sistema jurídico.

Entendemos, que, apesar de instigante, a *nova postura* assumida pelo Pretório Excelso, no que tange à estrutura do ordenamento jurídico, peca pelo *excesso*,[8] na medida em que o STF, com a adoção da tese da *norma*

[7] Na doutrina, a partir do RE nº 466.343-SP a conclusão foi a de que "o *edifício do Direito passou a ter três andares*: no patamar de baixo está a legalidade, no topo está a Constituição e no andar do meio encontram-se os Tratados de Direitos Humanos".

[8] Ainda que alguns doutrinadores entendam (por um outro viés) que a mesma foi tímida, por não considerar todos os TIDH como normas constitucionais. Para tal doutrina, escorada na posição minoritária do Ministro Celso de Mello, teríamos timidez e não excesso. Ora, pela ótica da não consideração de todos os TIDH (que passaram ou não pelo procedimento do art. 5º, §3º da CR/88) como normas constitucionais, esse posicionamento pode ter razão! Nesse sentido, coadunamos com a doutrina de Flávia Piovesan (2011). Mas não é isso que estamos a discutir neste ensaio! Sem dúvida, a questão que aventamos no presente texto, diz respeito à modificação da estrutura normativa do ordenamento por decisão judicial! E a crítica a mesma!

rpgmjf.indd 28 04/11/2011 12:32:36

supralegal, acaba por modificar, como dito, a estrutura do ordenamento jurídico pátrio (criando norma, ou pior: *espécie normativa*!) com o afã (aparentemente redentor, salvador e ativista) de pretensamente "sofisticar" o ordenamento, ou mesmo, de suprir omissões e solver mazelas do mesmo. Ou seja, uma espécie de arranjo (não escorado constitucionalmente!) institucional (para alguns mais céticos: jeitinho!) para os TIDH que não passaram pelo procedimento do art. 5º, §3º, da CR/88. Entendemos que entre duas posturas: (1) a inadequada da consideração do TIDH (que não passaram pelo procedimento do art. 5º, §3º, da CR/88) como normas ordinárias; e (2) a adequada da consideração dos TIDH como normas constitucionais, surge uma terceira (3) não alocada em nosso ordenamento pelo legislador constitucional.[9]

Assim sendo, o Pretório Excelso se coloca com um poder de produção normativa que, diga-se de passagem, não detém. Seria esse o papel do Supremo Tribunal Federal? Por mais bem-intencionado que esteja? Aliás, de boas intenções o ditado diz: "o inferno não estaria cheio"! Não estaríamos confundindo "discursos de justificação" (típicos do legislador) com discursos de aplicação (típicos do Poder Judiciário) conforme leciona Klaus Günther (1993)?

Em sua principal obra, *Der Sinn für Angemessenheit*, Günther, logo no capítulo inicial, afirma que as questões referentes à validade de uma norma devem ser separadas das questões referentes à sua aplicação adequada. *Se trabalharmos com Günther*, observaremos que o mesmo distingue, através de uma separação lógica, os discursos de justificação dos discursos de aplicação normativa. O primeiro teria como mote perquirir sobre a validade das normas que seriam, posteriormente, aplicáveis *prima facie*. Para tal empreitada, seria necessário um teste de universalização[10] à luz do

[9] Aqui, também é pertinente, a crítica de que: "(...) não cabe ao Poder Judiciário colmatar lacunas do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário crie uma Constituição paralela (uma verdadeira Constituição B), estabelecendo, a partir da subjetividade dos Juízes, aquilo que indevidamente — a critério do intérprete — não constou no pacto constituinte. O Constituinte não resolveu? Chame-se o Judiciário... Ou criemos um princípio que valerá mais que a Constituição!" (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA. *Ulisses e o canto das sereias*: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno constituinte, p. 11, 2009).

[10] O princípio de universalização na forma do princípio do discurso (D) afirma que são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. Nestes termos: "Todos devem colocar-se mutuamente na posição do outro e avaliar, de uma maneira conjunta, se a norma corresponde ao interesse universal" (GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. New York: State University of New York Press, 1993. p. 23-24). Mas, aqui, é mister afirmarmos que a racionalidade para tal empreitada (pós-giro linguístico) só pode ser comunicativa não enquadrada na lógica de uma racionalidade de adequação de meios a fins instrumentais. Nesse diapasão: "(...) tanto para Habermas (1998) quanto para Günther (1993), normas devem ser observadas a partir de uma racionalidade comunicativa, representando pretensões de validade ligadas à correção de uma ação. Tanto nos discursos de

rpgmjf.indd 29 04/11/2011 12:32:36

princípio do discurso. O segundo teria como objetivo encontrar a norma (dentre as normas "consideradas" válidas) que fosse adequada à situação sempre específica de um caso (tese da unicidade do caso concreto, na medida em que cada caso é um caso único, assim como cada evento reconstruído no interior do processo é singular). Definitivamente, o STF, não perpassou essa perspectiva na decisão do referido RE nº 466.343 que acaba por ampliar a estrutura do ordenamento jurídico pátrio.

Outra recente decisão do Pretório Excelso, que causou extremo debate e foi alvo de críticas da comunidade jurídica, envolveu a *ADPF nº 153* na questão atinente à "Lei da Anistia" e a sua recepção pelo ordenamento constitucional de 1988.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal decidiu (de forma contrária a OAB e a vários doutrinadores nacionais) em *29.4.2010* que a Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia) é compatível com a Constituição Federal de 1988 e a anistia por ela concedida foi ampla e geral, alcançando os crimes de qualquer natureza praticados (mesmo) pelos agentes da repressão no período compreendido entre *2.9.61* e *15.8.79*.

Com base, então, nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, *julgou improcedente* arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em que se pretendia fosse declarada a não recepção pela Constituição da República de 1988 da Lei nº 6.683/79 ou conferido ao §1º do seu art. 1º interpretação conforme a Constituição, "de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos *não* se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)".[11]

justificação quanto nos discursos de aplicação do Direito e da Moral o princípio discursivo de universalização, em suas respectivas variações — princípio da democracia e princípio moral — deve ser observado, preservando a exigência de intersubjetividade e afastando uma justificação/aplicação pautada em uma racionalidade instrumentalizante" (FERNANDES; PEDRON. *O poder judiciário e(m) crise*, 2008, p. 190).

[11] No mérito da decisão da *ADPF nº 153*: "afastou-se, primeiro, a alegação de que a *Lei nº 6.683/79* não teria sido recebida pela CF/88 porque a conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar ofenderia diversos preceitos fundamentais. Quanto à apontada afronta ao art. 5º, caput, da CF (isonomia em matéria de segurança) — em razão de ter sido estendida a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes —, afirmou-se, salientando a desigualdade entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles, que a lei poderia, sem violar a isonomia, que consiste também em tratar desigualmente os desiguais, anistiá-los, ou não, desigualmente. No que se refere à ofensa ao art. 5º, XXXIII, da CF — em virtude de ter sido concedida anistia a pessoas indeterminadas, o que não permitira o conhecimento da identidade dos responsáveis pelos crimes perpetrados contra as vítimas de torturas —, asseverou-se que a anistia teria como característica a objetividade, porque ligada a fatos, devendo ser mesmo concedida a pessoas indeterminadas. Ressaltou-se, no ponto, que a Lei da Anistia não impediria o acesso a informações relativas à atuação dos agentes da repressão no período

rpgmjf.indd 30 04/11/2011 12:32:36

No caso em comento, entendemos que o STF também peca, mas agora por timidez, deixando a nítida impressão, de que não seria de sua alçada se imiscuir na questão de fundo aventada pela OAB na ADPF. Uma passagem da ementa, que representa a posição da maioria dos ministros do Pretório Excelso, bem sintetiza essa postura *restritiva*, afirmando o Tribunal, que no: "(...) Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário *não estaria autorizado* a alterar, a dar outra redação, diversa da nele

compreendido entre 2.9.61 e 15.8.79, e que romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70 que pugnaram por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita implicaria prejudicar o acesso à verdade histórica. Acrescentou-se estar pendente de julgamento na Corte a ADI 4.077/DF, que questiona a constitucionalidade das Leis 8.159/91 e 11.111/2005, sensível para resolver a controvérsia político-jurídica sobre o acesso a documentos do regime anterior. No que respeita à citada agressão aos princípios democrático e republicano — ao fundamento de que para produzir o efeito de anistia de agentes públicos que cometeram crimes contra o povo, o diploma legal deveria ser legitimado, depois da entrada em vigor da CF/88, pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres ou diretamente pelo povo soberano, mediante referendo —, enfatizou-se que o argumento adotado levaria não só ao afastamento do fenômeno da recepção do direito anterior à Constituição, mas ao reconhecimento de que toda a legislação anterior à ela seria, exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional. No que tange à assertiva de desrespeito à dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro que não poderia ser negociada, e que, no suposto acordo político, a anistia aos responsáveis por delitos de opinião servira para encobrir a concessão de impunidade aos criminosos oficiais, tendo sido usada a dignidade das pessoas e do povo como moeda de troca para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito, reputou-se que se estaria a ignorar o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia. Frisou-se que toda gente que conhece a história do Brasil saberia da existência desse acordo político que resultara no texto da Lei 6.683/79. Concluiu-se que, não obstante a dignidade não tenha preço, a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não poderia ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia violaria a dignidade humana. (...) Em seguida, repeliu-se a pretensa interpretação conforme a Constituição. Salientou-se, de início, que o §1º do art. 1º da Lei da Anistia definiria os crimes conexos aos crimes políticos como os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política, ou seja, seriam crimes comuns, porém com essa relação. Após citar a alusão a crimes conexos a crimes políticos existente na concessão de anistia por vários decretos, observou-se que a expressão crimes conexos a crimes políticos conotaria sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. No ponto, aduziu-se que o legislador realmente teria procurado estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que só não fora irrestrita porque não abrangera os já condenados, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. Salientou-se que se estaria diante de lei-medida, que disciplina diretamente determinados interesses, mostrando-se imediata e concreta, e que configura ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesma o resultado específico pretendido, ao qual se dirige. Afirmou-se haver, portanto, necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual editada, e não a realidade atual. Assim, seria a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que haveria de ser ponderada para poder se discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei 6.683/79. Frisou-se que, nesse contexto, a Lei 6.683/79 teria veiculado uma decisão política assumida nesse momento de transição, sendo certo que o §1º do seu art. 1º, ao definir o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, teria o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos pelos agentes civis e militares da repressão. Mencionou-se a circunstância de a Lei da Anistia preceder a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Lei 9.455/97, que define o crime de tortura. Registrou-se, também, o fato de o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da CF, que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes, não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. Consignou-se que a Constituição não recebe leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, por outro lado, leis-medida que a tenham precedido. (...) Destacou-se que, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não estaria autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Não incumbiria ao Supremo modificar, portanto, textos normativos concessivos de anistias, mas tão-somente apurar a sua compatibilidade com a Constituição. A revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haveria, ou não, de ser feita pelo Poder Legislativo (...)" (Julg. em *29.4.2010*. Rel. Min. Eros Grau).

rpgmjf.indd 31 04/11/2011 12:32:36

contemplada, a texto normativo. Não *incumbiria* ao Supremo modificar, portanto, textos normativos concessivos de anistias, mas tão-somente apurar a sua compatibilidade com a Constituição. A revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haveria, ou não, de ser feita pelo Poder Legislativo (...)".[12]

2 Conclusão: reflexões à luz da "teoria do direito como integridade"

Certo é que, decisões *restritivas de* ***self restraint*** (em sua maioria de viés positivista ou formalista) ou decisões extremamente axiológicas (nos moldes de uma jurisprudência dos valores), de cunho *aditivo*, que criam normas ao alvedrio da função meramente judicial, fazendo com que normas sejam transformadas (aplicadas) em valores (ou seja: deixa-se de aplicar o devido, em virtude do preferível a partir de argumentos éticos, morais ou pragmáticos, transformando o direito em joguete de manipulação política) não coadunam com um direito dotado de integridade,[13] conforme preleciona Dworkin (1999).

Sem dúvida, perspectivas de *contenção* ou mesmo de *excesso* e "salvacionismo" pelo Judiciário, não coadunam com um direito que apresente *integridade,* e que, com isso, seja capaz de sinalizar e nortear a aplicação normativa (dotada de coerência) em face de cada caso concreto.

Entendemos, com Dworkin, que cada decisão judicial preenche um momento de nossa *história institucional*, tentando revelar a *melhor* leitura

[12] Aqui, é interessante, a crítica da psicanalista Maria Rita Kehl publicada em *maio de 2010*. Segundo a pensadora, há um profundo *déficit* na posição (assumida pelo *STF*) de *não* revisão da "lei da anistia" e de *não* julgamento dos torturadores. Assim sendo: "O argumento de que a nossa anistia foi "bilateral" omite a grotesca desproporção entre as forças que lutavam contra a ditadura (inclusive os que escolheram a via da luta armada) e o aparato repressivo dos governos militares. Os prisioneiros torturados não foram mortos em combate. O ministro (relator no STF), assim como a Advocacia Geral da União e os principais candidatos à Presidência da República sabem que a tortura é crime contra a humanidade, não anistiável pela nossa lei de 1979. Mas somos um povo tão bom. Não levamos as coisas a ferro e fogo como nossos vizinhos argentinos, chilenos, uruguaios. Fomos o único país, entre as ferozes ditaduras latino-americanas dos anos 60 e 70, que não julgou seus generais nem seus torturadores. Aqui morrem todos de pijamas em apartamentos de frente para o mar, com a consciência do dever cumprido" (*O Estado de S.Paulo*, 1º maio 2010).

[13] Nesse sentido: "O *direito* como *integridade*, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o *cinismo* do novo 'relativismo'. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma *afirmação ingênua* sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípios que a *integridade* requer" (DWORKIN. *O império do direito,* 1999, p. 274).

rpgmjf.indd 32 04/11/2011 12:32:36

que nossa sociedade faz de suas práticas sociais. Logo, o magistrado (que não é, e nem deve ser, uma figura *criadora do direito*) *se apresenta como um participante que argumenta com o restante da sociedade*, tentando convencê-la que, sua leitura, de fato atinge o objetivo de trazer o direito ao caso à sua melhor luz.[14] Assim sendo, resumidamente, as teses de Dworkin, nos apontam para: "(1) a negativa da discricionariedade judicial; (2) a negativa de que decisões judiciais possam se apoiar em diretrizes políticas; (3) a importância da noção de devido processo para a dimensão da integridade; e (4) a própria noção de integridade, que levanta a exigência de que cada caso seja compreendido como parte de uma história encadeada, não podendo, portanto, ser descartado sem uma razão baseada em uma coerência de princípios; (5) por meio de uma interpretação construtiva do direito, com base na teoria da integridade, há sim a possibilidade de uma *única resposta correta* a um caso concreto."[15]

Portanto, devemos buscar "levar o direito a sério", e isso requer levar os casos concretos a sério, para que a decisão seja dotada de legitimidade no Estado Democrático de Direito. Para tal, o Poder Judiciário[16] (por alguns constitucionalistas, alçado a "guardião" e "tradutor" de uma "pretensa" virtude cívica)[17] não deve atuar de forma restritiva, de tal modo a *não* aplicar o direito adequado ao caso, leia-se o direito adequado constitucionalmente (dotado de fundamentalidade constitucional)[18] e também, contra o *radicalismo* oposto, *não* estaria o Poder Judiciário, autorizado a criar normas, como um autêntico poder constituinte permanente,[19]

[14] FERNANDES; PEDRON. *O poder judiciário (e)m crise*, 2008, p. 226.

[15] Para um aprofundamento nas teses de Dworkin, ver: FERNANDES; PEDRON. *O poder judiciário e(m) crise*, p. 200-224. Também: STRECK. *Verdade e consenso*, 2009.

[16] Em suas pesquisas, Ingeborg Maus demonstra como, à luz do paradigma jurídico do Estado Social, este pode assumir a função de "tutor" de uma sociedade desprovida de orientação, de uma sociedade "órfã" e "incapaz". Caberia, então, ao Judiciário a tarefa de materialização de direitos fundamentais — principalmente dos chamados direitos sociais — como forma de emancipar e conduzir seus clientes à condição de cidadãos. Todavia, tal empreendimento está fadado ao fracasso. Isso porque, à luz de uma compreensão procedimentalista do paradigma do Estado Democrático de Direito, pode-se perceber que tal quadro conduz a uma espécie de círculo vicioso, de modo que a posição privilegiada de autoridade conferida pela teoria processual ao Judiciário apenas fez com que esse assumisse o papel do "superego" da sociedade, passando a ditar para aquela — sempre com base em uma racionalidade solipsista — os padrões de comportamento desejáveis (MAUS. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã, 2000, p. 15-40).

[17] CRUZ. *Jurisdição constitucional democrática*, 2004, p. 193-210.

[18] STRECK. *O que é isto*: decido conforme minha consciência?, 2010, p. 101. Conforme o autor: "a resposta correta (adequada à Constituição) e não a consciência do intérprete tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados para os casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição."

[19] Nesse sentido: "Acredito, portanto, não somente ser possível, mas imperativo, recuperar criticamente a intuição normativa, já presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à distinção "Direito-Política", e que a tese axiologizante vem agora obscurecer. Qual intuição normativa? A do reconhecimento de que,

rpgmjf.indd 33 04/11/2011 12:32:36

modificando, assim, a estrutura do ordenamento jurídico, e deslegitimando o sistema constitucional e a força normativa da Constituição.

Abstract: Brief critical approach to the issue of international treaties against the Constitution and the receipt of the Amnesty Law in our land: a reflective analysis on decisions of the Supreme Court marked by the *self restraint* or activism.

Key words: International treaties. Amnesty Law. Supreme Court. *Self restraint*. Activism.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *Poder judiciário (e)m crise*: reflexões de teoria da Constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à Justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Trad. John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993.

embora a Constituição articule, de forma complexa, questões políticas — éticas, morais e pragmáticas — a questões jurídicas, deve-se corretamente compreender tal articulação de um ponto de vista normativo, constitucionalmente adequado ao Estado Democrático de Direito, de tal modo que a proteção de direitos não fique prejudicada por razões de Estado. Contudo, o Judiciário, para isso, não deve ou necessita, por um lado, assumir erroneamente o papel de poder constituinte permanente ou, ao menos, de um legislativo concorrente de segundo grau, ao confundir argumentos de princípio com argumentos de política (Dworkin), normas com valores (Habermas); nem deve ou necessita, por outro lado, abdicar do seu lugar de autoridade democraticamente legitimada, quer cedendo à vontade política dos demais poderes, quer rendendo-se, de modo não mediatizado institucionalmente, a uma formação da opinião pública informal" (OLIVEIRA. *Direito, política e filosofia*, 2007, p. 125).

rpgmjf.indd 34 04/11/2011 12:32:36

GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídic*a. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, n. 17/18, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Trad. George Speiber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno constituinte. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 25-35, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 35 04/11/2011 12:32:36

Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal*

Marcos Vinícius Ferreira de Godoy

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Gestão Pública Municipal Integrada pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Fiscal de Posturas Municipal da Prefeitura de Juiz de Fora.

Resumo: Dentro da nova perspectiva do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 88, está em fase de implantação uma nova proposta de Política Urbana, instrumentalizada pelo Estatuto da Cidade, que visa superar a vulnerabilidade jurídica intrínseca às atividades de gestão e ordenamento urbano das cidades brasileiras. Desde então, a positivação, no texto constitucional, do princípio da função social da propriedade urbana tem sido o grande trunfo dos movimentos sociais urbanos. Tais movimentos clamam pelo norteamento das ações estatais de intervenção no domínio particular com base neste princípio, a fim de promover justiça social urbana, através da redistribuição dos ônus e bônus decorrentes do processo de urbanização. O objetivo deste estudo é investigar como ocorre o processo de apropriação deste princípio pelos atores sociais envolvidos, entre os quais juristas, urbanistas, ativistas políticos, doutrinadores e magistrados, bem como mapear a evolução do conceito de propriedade privada dentro do arcabouço jurídico brasileiro contemporâneo. A metodologia utilizada envolveu revisão bibliográfica, análise de legislação e pesquisa jurisprudencial. O estudo permite concluir que o princípio da função social da propriedade, embora conclame a adoção de uma sistemática jurídica que viabilize a garantia de uma propriedade privada dotada de função social, não logrou êxito em superar a concepção civilista de propriedade individual, nem mesmo a gama de controvérsias doutrinárias acerca do tema e o conservadorismo do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Propriedade. Função social da propriedade. Direito urbanístico. Direito municipal. Planejamento urbano.

Sumário: **1** Introdução – **2** O Estatuto da Cidade, a CF/88 e o MNRU – **3** Função social da propriedade – **3.1** Abordagens ao tema – **3.2** Competência legislativa municipal – **3.3** A função social da propriedade no PDDU de Juiz de Fora – **4** Conclusão – Referências

Lista de abreviaturas: CF/88 – Constituição Federal de 1988; CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; CNPJ – Cadastro Nacional de

* Monografia vencedora, na categoria Profissional, do Concurso de Monografias do 1º Simpósio de Direito Municipal da Procuradoria do Município de Juiz de Fora, Concurso nº 01/2010, com Regulamento publicado em 5.8.2010, no Diário Oficial Eletrônico do Município de Juiz de Fora.

rpgmjf.indd 37 04/11/2011 12:32:36

Pessoa Jurídica; CPF – Cadastro de Pessoa Física; FNRU – Fórum Nacional da Reforma Urbana; IPTU – Imposto predial e territorial urbano; LICC – Lei de Introdução ao Código Civil; MNRU – Movimento Nacional pela Reforma Urbana; ONG – Organização não governamental; PAEP – Processo de aplicação e execução de penalidades; PD – Plano Diretor; PDDU – Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano; PJF – Prefeitura de Juiz de Fora; SAU – Secretaria de Atividades Urbanas; STF – Supremo Tribunal Federal; ZEIS – Zona especial de interesse social

> *Das questões da propriedade da terra aos problemas da segregação, cada projeto de reforma urbana põe em questão as estruturas, as da sociedade existente, as das relações imediatas (individuais) e cotidianas, mas também as que se pretende impor, através da via coatora e institucional, àquilo que resta da realidade urbana*.
>
> (LEFEBVRE, 1969, p. 104)

1 Introdução

Para elaboração do presente trabalho, elegeu-se a análise do princípio da função social da propriedade, mais precisamente da propriedade imóvel urbana, consubstanciado em nosso sistema jurídico nos artigos 5º, inciso XXIII, e 182, §2º, da Constituição Federal de 1988. Pretende-se aqui investigar o tratamento dado ao princípio da função social da propriedade, tanto pela legislação nacional (normas e jurisprudência) quanto pela doutrina, esboçando um mapeamento da referida concepção. Mais amplamente, objetiva-se prover a sociedade, especificamente os operadores do Direito, de uma concepção de função social da propriedade atrelada ao direito à cidade, bem como unir esforços àqueles que defendem a instituição do ramo do Direito Urbanístico e Municipal como disciplina acadêmica obrigatória na grade do curso de Direito.

Objetiva-se adentrar a questão do princípio da função social da propriedade, perpassando-se pelas generalidades do tema, bem como pela questão referente à competência municipal no estabelecimento de seus critérios informadores.

É trazido à colação o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Juiz de Fora, no tocante ao tratamento da função social da propriedade em seu bojo. Tal iniciativa tem o condão de, superficialmente, corporificar algumas das críticas tecidas no decorrer do trabalho. A retrospectiva histórica concernente ao Movimento Nacional pela Reforma Urbana também é objeto de estudo.

rpgmjf.indd 38 04/11/2011 12:32:37

O presente trabalho justifica-se pelo fato notório de que tanto o discurso jurídico quanto político se apropria, de forma recorrente, do princípio da função social da propriedade. Entretanto, o referido princípio é invocado sem a real dimensão das implicações que o mesmo assume quando dessa invocação, inclusive para os fins de aplicação dos instrumentos de intervenção da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).[1]

Ademais, em virtude do surgimento de novas demandas sociais, o direito de propriedade sofreu (e ainda sofre) os efeitos de um processo de relativização — consequência natural do surgimento das referidas demandas de cunho social.

A relevância do presente trabalho se assenta tanto na vertente teórica quanto prática: aquela se refere à possibilidade de revisão literária sobre tema tão importante e inovador; esta se liga ao fato de que inúmeras decisões judiciais são proferidas e várias ações processuais são postuladas com fulcro neste que é princípio inconteste no sistema jurídico pátrio. Nesse mesmo sentido, várias ações estatais recorrem ao citado princípio a fim de justificar intervenções sobre o domínio particular.

No tocante à metodologia do presente trabalho, elegeram-se a revisão bibliográfica, a análise de legislação, bem como, alguma pesquisa jurisprudencial.

Quanto às limitações e profundidade do trabalho, tem-se que o mesmo se dispõe a mapear o tratamento dispensado ao princípio da função social da propriedade, sem aspirações maiores quanto à obtenção de uma verdade absoluta e incontestável com referência aos critérios e fontes informadoras da consecução e realização do citado princípio.

Os posicionamentos doutrinários majoritários sobre o tema são aqui expostos, bem como é feita referência aos instrumentos legais concebidos — tanto no âmbito constitucional, quanto infraconstitucional — no intuito de assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Sendo assim, ao longo do presente, aspectos controversos relativos à propriedade privada e à função social são abordados.

À guisa de elucidação, é proveitoso trazer à colação as palavras de Ferreira (2003), quando o autor parafraseia os ensinamentos de Ermínia

[1] Villaça (2000) nos fala da ideologia por detrás do Plano Diretor. Numa abordagem ortodoxa, histórico-materialista, a ideologia seria os óculos de lentes semiopacas que nos impediriam de ver a realidade como ela é, distorcendo nossa interpretação dos fatos, mascarando as relações de domínio entre as classes. Segundo o autor, não correspondendo às ações reais dos governantes sobre nossas cidades, mas ao discurso dominante, o planejamento urbano no Brasil, encarnado na figura do plano diretor, não pode e não deve ser encarado ou estudado na esfera da política (esfera, aliás, com a qual nunca se identificou), mas na esfera da ideologia.

rpgmjf.indd 39 04/11/2011 12:32:37

Maricato para nos ensinar que a urbanização brasileira se deu num contexto de conchavo entre as elites nacionais e internacionais num processo de barateamento da mão de obra, sendo possível falar

> de uma "urbanização com baixos salários" (Maricato, 2000), que gerou cidades estruturalmente desiguais com periferias superpopulosas e pobres, quase totalmente desprovidas da presença do Estado — exceto, evidentemente, do poder de polícia, cuja função de resguardo da segurança pública se confunde, (...), com a de manutenção da população pobre nos guetos em que as periferias e as favelas se transformaram. (FERREIRA, 2003, p. 3)

Sendo assim, pretende-se, aqui, encarar a função social da propriedade como genuíno princípio jurídico, catalisador de um sistema que,

> muito mais do que simplesmente legitimar novas formas de intervenção do Estado na propriedade privada, irradia seus efeitos sobre toda e qualquer atividade estatal que tenha por objeto a propriedade privada. (PETRUCCI, 2004)

de modo a propiciar a inclusão desta parcela da população desprovida de acesso à terra urbana infraestruturada na dinâmica imobiliária da cidade legal.

Espera-se que o Planejamento Urbano, aqui entendido como instrumento de ação estatal de caráter participativo, dinâmico, sobretudo includente, possa ser incluído no rol de ações do poder público. Espera-se também um Direito Municipal *pari passu* ao vanguardismo e ultrarreformismo do Estatuto da Cidade.

Entretanto, estamos afinados com o posicionamento de Villaça (2000) ao afirmar que planejamento não é a solução cabal de todos os problemas da realidade urbana brasileira. Muito antes, urge que sejam feitos investimentos (infraestrutura e equipamentos sociais) direcionados para as necessidades da população de baixa renda. Tais investimentos, em sendo planejados, têm a potencialidade de perfazerem soluções mais rentáveis e melhor racionalizadas. Sábias são as palavras de Villaça (2000, p. 6) ao afirmar que o planejamento urbano tem sido usado mais para esconder do que para resolver nossos chamados 'problemas urbanos', posicionamento com o qual nos alinhamos.

Como obra panorâmica que é, o presente trabalho resta lacunar. Esta característica decorre do simples fato de que, muito antes de buscar respostas para a resolução da problemática urbana de nosso país, o mesmo

rpgmjf.indd 40 04/11/2011 12:32:37

se presta a fazer parte de um coro de vozes que clama pela participação de todos os segmentos da sociedade (academia, camadas populares, elites, governo, iniciativa privada, movimentos sociais, terceiro setor) nesta tarefa.

2 O Estatuto da Cidade, a CF/88 e o MNRU

Em 1963, na cidade de Petrópolis (RJ), foi realizado o Seminário Nacional de habitação e Reforma Urbana, no Hotel Quitandinha.

> O contexto histórico então vivido era de profunda mobilização da sociedade civil e de debates das grandes reformas sociais nacionais: agrária, da saúde, da educação, da cultura entre outras. (...) Apenas 50% da sociedade era urbana e a vida nas cidades era agradável, mas as capitais já forneciam amostras, por meio das favelas e periferias existentes então, do que viria a ser o futuro, caso não houvesse uma mudança na rota do crescimento com desigualdade. (MARICATO, 2001, p. 97)

Segundo a mesma autora, cabe ao Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU)[2] o mérito de nunca ter deixado de exercer pressão sobre a aprovação do projeto de lei concernente ao Estatuto da Cidade (regulamentação dos artigos 182 e 183 da CF/88).

A Constituição Federal de 88 tem papel central para o Movimento de Reforma Urbana no Brasil, tendo em vista o fato de ter sido nesta que o movimento encontrou espaço para expor e incluir sua agenda. Para Fernandes (2003, p. 145) "foi somente por meio da Constituição de 1988 que os preceitos jurídicos gerais sobre política urbana e direitos de propriedade foram alterados e consideravelmente aprimorados".

O autor (2003, p. 143) ainda ensina que o Poder Público (em todas as esferas), antes da CF/88, não era dotado de condições jurídico-políticas satisfatórias para garantir o controle dos processos gerais de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano. Não era capaz de assim proceder nem no sentido de impor restrições aos direitos de propriedade ou, menos ainda, no sentido de materializar a noção da função social da propriedade introduzida pela Constituição Federal de 1934. Nesse sentido, Fernandes (2003) acredita que a ideologia individualista do Código Civil influenciou decisivamente todas as Constituições anteriores à de 1988, ao estabelecer que somente uma legislação federal tivesse o condão de regular as

[2] Criado em 1987 durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte e formado pelo Instituto Polis, FASE, Movimento Nacional de Luta pela Moradia, entre outras entidades.

rpgmjf.indd 41 04/11/2011 12:32:37

relações de propriedade, sendo estas encaradas como relações de caráter estritamente civil, nunca urbano ou social. Por este motivo, a falta dessa lei federal desencadeou sempre controvérsias jurídicas, embaraçando, de forma decisiva, a intervenção do Poder Público municipal no controle do processo de desenvolvimento urbano.

A emergência de uma emenda popular reformista foi o subterfúgio utilizado pelo movimento com o intuito de, na oportunidade de promulgação de uma nova Constituição, garantir a presença em seu texto dos apelos da agenda de reformas.

O movimento reformista tinha um caráter fragmentário — incluía movimentos populares, acadêmicos, arquitetos, engenheiros, geógrafos, estudantes e ONGs — sendo que a Reforma Urbana sempre se relacionou com o movimento de Reforma Social. A agenda de ambas incluía (i) a ampliação da proteção social, (ii) a formulação e implementação de programas de habitação popular e (iii) a universalização dos direitos sociais, com base na crença de que reformar a *cidade* e a *sociedade* é o caminho para a criação de uma nova ordem social fundada na integração. Em suma: intervir na cidade é intervir na dinâmica da sociedade.

A consolidação da agenda reformista na CF/88 ocorreu tendo em vista o novo viés adotado pela Carta Constitucional, assentado no (i) *universalismo* (extensão e ampliação dos direitos sociais ao conjunto da população brasileira); (ii) *redistributivismo* (redistribuição de renda, erradicação da miséria, diminuição das desigualdades sociais, aumento da responsabilidade do Estado na regulação da economia), e (iii) *democratização do Estado* (incorporação da participação da sociedade/controle social e instituição da gestão democrática da cidade).

O MNRU consegue, através da Emenda da Reforma Urbana no processo constituinte, estatuir na CF/88 os seguintes postulados: (i) instituição da gestão democrática da cidade; (ii) reforma nas relações intergovernamentais (municipalização)[3] e nas relações governo-cidadania (adoção de mecanismo de participação direta da população); (iii) fortalecimento da regulação pública do solo urbano — função social da propriedade; (iv) inversão de prioridades — universalização de acesso ao solo (a existência das classes sociais por si só não é explicação para as desigualdades sociais; também o espaço urbano subsidia o entendimento e reprodução dessa

[3] CF/88, art. 30: Compete aos Municípios: (...) VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

rpgmjf.indd 42 04/11/2011 12:32:37

realidade). Com relação a esse último postulado Villaça é muito enfático ao declarar que

> o crescimento dos problemas urbanos é devido à injustiça na distribuição de renda, é devido à exclusão social e portanto ao desnível de poder político entre as classes sociais. (...) tais desequilíbrios trazem uma desigual distribuição setorial e espacial dos investimentos públicos. (VILLAÇA, 2000, p. 8)

Com base nesses postulados, o MNRU visava à garantia do direito à cidade e de sua função social.

Entretanto, o Movimento, no momento da promulgação da nova Constituição, perde e ganha ao mesmo tempo — vitória num contexto de derrota. Só para se ter uma noção da medida do insucesso, o capítulo referente à Política Urbana (arts. 182 e 183, CF/88) se localiza dentro do título referente à Ordem Econômica e Financeira. Mais adequado seria se tivesse sido posicionado no título concernente à Ordem Social, haja vista os três conceitos-chave no tocante à Política Urbana, quais sejam: (i) inclusão social e combate à segregação urbana, (ii) gestão democrática e (iii) função social da propriedade. Sem falar que, segundo a dicção constitucional, a função social da propriedade é princípio geral da atividade econômica (art. 170, inciso III). Não se pretende inferir que a mera realocação topográfica do capítulo em título diverso teria o condão de conferir maior probabilidade de realização do mesmo no plano fático.

Contudo, tal conduta do legislador constituinte demonstra e muito sua concepção referente ao tema. Esta perfaz uma primeira derrota do movimento — o mesmo não logrou êxito na alocação de recursos técnico-jurídicos que conferissem imperatividade à implementação de seus postulados, dentro da seara do Direito Municipal. Tanto é verdade que, o direito à moradia só foi alçado à categoria de direito social em 2000, pela Emenda Constitucional nº 26. Sem falar na batalha jurídica de recursos e mais agravos travada nos tribunais brasileiros em virtude da falta de regulamentação dos artigos referentes à Política Urbana, mormente sobre o tópico referente à função social da propriedade.

Interessante notar que, desde 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) prescrevia, em seu artigo 5º, que na aplicação da lei, o juiz atenderia aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Não foi o que ocorreu: os juízes se esqueceram deste mandamento, justificando-se, sempre, com o argumento de que a propriedade merece

rpgmjf.indd 43 04/11/2011 12:32:37

proteção. Todavia, a propriedade útil e dotada de função social é que resta merecedora de tal proteção.

Não bastasse toda a polêmica jurídica concernente à falta de regulamentação do dispositivo constitucional, outro obstáculo se observa quando da promulgação da referida regulamentação — o Estatuto da Cidade. A tarefa de definição dos critérios informadores do atendimento da função social da propriedade é deixada a cargo dos municípios, por meio de seus respectivos planos diretores, segundo a dicção constitucional. Ou seja, mais um obstáculo aos desígnios dos defensores da Reforma Urbana.

Sobre este fato, Nelson Saule Júnior se posiciona, prescrevendo que

> a proposta vencedora do bloco conservador de parlamentares denominado "Centrão", na Assembléia Nacional Constituinte, de condicionar, nos termos do §4º do artigo 182 da Constituição Brasileira, a aplicação dos instrumentos destinados a conferir uma função social à propriedade urbana à existência de uma lei federal e do plano diretor, continua produzindo efeitos favoráveis para os interesses dos agentes responsáveis pela especulação imobiliária e efeitos negativos para a promoção de uma reforma urbana nas cidades. (SAULE JUNIOR, s.d. *apud* MARICATO, 2001, p. 101)

Na outra mão, as vitórias do movimento se assentam principalmente, e de forma mais recente, no fato de ter sido o mesmo capaz de: (i) viabilizar a criação de instâncias de debate no âmbito da sociedade civil (Fórum Nacional da Reforma Urbana); (ii) de delinear o tema com contornos institucionais (Estatuto da Cidade, Plano Diretor e Ministério das Cidades), além de (iii) ter, obviamente, catapultado o tema à esfera constitucional, ocupando este a pauta do dia.

O Estatuto da Cidade, enquanto norma regulamentadora dos artigos 182 e 183 da CF/88, tem o mérito de ter avançado sobre a definição do que vem a ser direito à cidade, bem como por ter estabelecido instrumentos — agora sim positivados na legislação nacional — de gestão democrática urbana, tais como o IPTU (imposto predial e territorial urbano) progressivo, a usucapião especial urbana, as ZEIS (zonas especiais de interesse social), o parcelamento e edificação compulsórios, o pagamento de desapropriações com títulos da dívida pública e o Plano Diretor, devendo este último ser entendido como um pacto socioterritorial. Para Villaça, 2000, p. 15, "o plano diretor do milênio que se inicia ou será uma conquista das massas populares ou não existirá".

rpgmjf.indd 44 04/11/2011 12:32:37

3 Função social da propriedade

3.1 Abordagens ao tema

Um dos requisitos para aquisição da propriedade imóvel, por decurso de tempo, independente de título (a usucapião) é a pacificidade durante a vigência da posse, o que implica seu exercício sem resistências de qualquer ordem. Quanto a este requisito, Fernandes (2003, 143) é enfático ao dizer que "a caracterização do direito de usucapião tradicional é extremamente difícil, porque os Códigos dão aos proprietários de terras um leque de instrumentos legais que permitem questionar, em juízo, a ocupação da terra, e as invasões assim deixam de ser pacíficas".

O instituto da usucapião, previsto já no Código Civil de 1916 em seus artigos 550 e seguintes, com redação conferida pela Lei Federal nº 2.437/55, tem sua inspiração naquela que pode ser considerada a gênese embrionária da noção de que a propriedade deve, em primeiro lugar, assumir o papel de satisfação das necessidades humanas, antes de se tratar de mero plexo de direitos conferidos, *ad infinitum*, a um dado indivíduo.

Nessa perspectiva, expressivas são as palavras de Duguit (s.d. *apud* PESSOA, 1981, p. 54), ao deixar claro que "a propriedade cessa hoje de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a servir à função social do detentor de capitais móveis e imóveis".

No ordenamento jurídico brasileiro, tanto material quanto processual, há um verdadeiro arsenal técnico-jurídico para garantir a posse e a propriedade tidas como legítimas, sempre no intuito de resguardar as mesmas da ação de indivíduos ou grupos, geralmente, desprovidos de tal direito.

Como anteriormente explicitado, não datam de hoje as controvérsias e polêmicas que gravitam o direito de propriedade imóvel urbana, seja na seara jurídica ou no campo do planejamento urbano. Não raro, ecoam vozes no sentido de garantir a proteção suprema desse direito, por tais considerado intangível e absoluto, a despeito dos defensores da propriedade social, postuladores de uma distribuição socioterritorial equitativa e justa do espaço urbano.

Nesse sentido, tem-se que o Direito Municipal, a fim de abarcar um sentido mais amplo do conceito de função social da propriedade, deve encarar o espaço urbano, cujo caráter é plural e diversificado, como o cenário de uma disputa entre os detentores de uma pseudo legitimidade calcada na propriedade civilista e os demandadores de uma propriedade embasada no conceito de justiça social.

rpgmjf.indd 45 04/11/2011 12:32:37

As diversas controvérsias concernentes à aplicação do conceito de função social da propriedade tem sido o pano de fundo para uma grande celeuma jurídica no tocante à sua aplicabilidade. No intuito de regulamentar o dispositivo constitucional referente à função social da propriedade, é promulgado, em 2001, após muitos anos de tramitação no Congresso, o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.254/01).

Entretanto, muito em virtude da complexidade do tema da redistribuição de ônus e bônus no território municipal, bem como em razão da gama de interesses envolvidos, o Estatuto, não obstante seu vanguardismo, não logrou rechaçar as demandas judiciais que intencionam neutralizar seus propósitos reordenadores do espaço urbano. Tendo em vista o fato de o direito de propriedade ainda ser encarado, na prática, como absoluto — até mesmo por aqueles que não são titulares de propriedade alguma — qualquer interferência do Poder Público (Executivo e/ou Legislativo) municipal tendente a relativizá-lo cria uma comoção de tal ordem que, inexoravelmente, tem desembocado no Poder Judiciário.

Fernandes, quando do tratamento da questão relativa à regularização fundiária de favelas no Brasil, fornece uma noção do panorama referente ao posicionamento do Poder Judiciário na matéria.

> Tal limitação se fez sentir ainda mais no caso das favelas, em que qualquer iniciativa estatal mais ousada tinha de enfrentar a resistência do Poder Judiciário, essencialmente conservador. (...) Entretanto, embora (...) decisões judiciais progressistas tenham reconhecido e ampliado os direitos de inquilinos e posseiros em situação irregular, antes da promulgação do capítulo constitucional elas não incluíam os favelados, já que, na perspectiva legalista, constituíam meros invasores que não tinham quaisquer títulos ou contratos formais. (FERNANDES, 2003, p. 143)

Ainda sobre o tema da regularização fundiária, Fernandes (2003, p. 145) expõe o posicionamento do Judiciário ao relatar que, quando da promulgação da legislação atinente ao zoneamento, bem como daquela específica das favelas, as mesmas sofreram críticas jurídicas contundentes, traduzidas em múltiplas decisões judiciais conservadoras. Estas tinham como argumento a legislação civil e constitucional então em vigor, as quais não admitiam uma intervenção estatal de tamanha ousadia no campo dos direitos de propriedade, ainda mais por meio de legislação municipal. Como bem salienta Villaça (2000, p. 15), o conservadorismo do Poder Judiciário "parece ser um trunfo que o setor imobiliário guarda na manga do paletó".

rpgmjf.indd 46 04/11/2011 12:32:37

Contudo, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto à matéria, concorrendo, de certo modo, para a sedimentação do princípio da função social da propriedade nos provimentos jurisdicionais, a despeito das investidas protelatórias dos defensores da proteção à propriedade inútil e desprovida de função social.

Nesse diapasão, o entendimento sumulado da Corte postula que "é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana".[4]

Tal pronunciamento desta Corte tem importância fulcral na promoção de uma reestruturação jurídica tendente a abarcar uma concepção de propriedade imóvel urbana informada pelas diretrizes do planejamento urbano, cujo grande desafio, nas palavras de Maricato (2001, p. 118) é ser includente e encarar a gigantesca escala do problema da moradia, do transporte público e da sustentabilidade ambiental.

Maior desafio ainda é fazer com que o projeto de planejamento urbano, consubstanciado no plano diretor municipal, encontre eco nas preocupações dos políticos e governantes, bem como respaldo nas aspirações das camadas populares. E, assim, o Plano Diretor ser capaz de assumir seu papel de pacto firmado pela sociedade: um pacto de democratização e universalização do acesso aos investimentos públicos. Aliás, Villaça, ao criticar o tecnicismo dos vários instrumentos de planejamento urbano, postula que

> enquanto os planos urbanos permanecerem como peças técnicas, vindas de cima para baixo, sejam planos diretores, sejam planos estratégicos, sem despertar o interesse da maioria da população, dos excluídos e dos políticos, enquanto permanecerem como manifestação da tecnocracia, não há esperança para o planejamento urbano no Brasil. (VILLAÇA, 2000, p. 12)

3.2 Competência legislativa municipal

Com relação ao já referido embate existente entre os defensores e opositores da relativização do direito de propriedade imóvel urbana, tem-se que o próprio legislador constituinte, influenciado por esta disputa de interesses, hesita quanto a uma definição mais precisa do conceito de função social da propriedade, e remete ao legislador municipal, quando

[4] Súmula nº 668 do STF (Supremo Tribunal Federal).

rpgmjf.indd 47 04/11/2011 12:32:37

da propositura do Plano Diretor, a tarefa de definir suas bases conceituais e aplicações (artigo 182, §2º, da CF).

Interessante notar que, na contramão, com relação ao atendimento da função social da propriedade imóvel rural, a própria Constituição de 88, no artigo 186 e incisos, já definiu os critérios para o atendimento de sua função social, sendo proveitoso transcrevê-los:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> I – aproveitamento racional e adequado;
> II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Inocente seria deduzir que a irrefutável diferenciação de tratamento legal-normativo dispensado pela vigente Carta Constitucional à função social da propriedade imóvel urbana e à rural seja um fato contingencial e meramente acidental.

Na verdade, e não por outro motivo, acreditamos tratar-se da confirmação de um fato: a redefinição do conceito de propriedade urbana atrelada à sua respectiva função social, a despeito de sua invocação desde os anos 60 pelos integrantes do MNRU e afins, ainda perfaz objeto de ação de um grupo de atores sociais inseridos numa arena acirrada de disputas (ideológicas, econômicas e políticas), num contexto recente de reformas e de forte apelo ideológico-revolucionário.

A promulgação do Estatuto da Cidade somente em 2001 (governo FHC) — após mais de 10 anos de tramitação no Congresso Nacional — e a criação do Ministério das Cidades somente no primeiro governo Lula (2003-2006) são expoentes da morosidade dos governos passados para com o enfrentamento da problemática municipal urbana no Brasil. Villaça (2000, p. 8) é contundente ao afirmar que "o planejamento urbano vai mudando de forma, conteúdo e rótulo, porém nunca enfrentando e muito menos resolvendo os grandes problemas de nossas maiorias urbanas".

Certamente contribuíram para esta morosidade: (i) a existência de um embate de forças antagônicas, cujo foco é a propriedade privada (base do sistema capitalista de produção), bem como o acesso aos direitos decorrentes da mesma; (ii) a existência de uma fonte constante de tensões

rpgmjf.indd 48 04/11/2011 12:32:37

sociais e econômicas protagonizadas pela propriedade da terra urbana, bem como pelo usufruto de todos os direitos que o acesso à terra urbana,[5] ainda que ilegal, proporciona.

Tal panorama de disputas tem fortes repercussões em todas as esferas sociais, causando instabilização das relações jurídicas. Por esse motivo, esquivar-se do enfrentamento da problemática municipal urbana, resultante da apropriação social do espaço urbano pelas elites — em última análise — vinha sendo uma conduta política adotada pelos governos e pelas próprias constituições passados, dada a dificuldade de concatenação de interesses tão diametralmente opostos (interesses das elites *versus* interesses das classes socialmente desfavorecidas).

Aliás, a introdução do princípio da função social da propriedade urbana no ordenamento jurídico-constitucional é dotada de um viés ultrarreformista, rompendo com muitas das amarras advindas de uma concepção de propriedade imóvel individual e socialmente excludente. Não é de se surpreender que a simples menção da expressão "função social" justaposta ao termo propriedade é tida, por parcela relevante da sociedade, como lema panfletário de viés comunista. Infelizmente, essas e algumas outras amarras, principalmente as técnico-jurídicas, precisam ser rompidas a fim de que a efetivação deste princípio se realize de forma plena e eficaz, como postulado pela Carta Magna.

Nesse mesmo tópico, Fernandes (2003, p. 140) vai ainda mais longe ao propor que os processos de produção da ilegalidade urbana e de segregação espacial ocorrem em "função da natureza da ordem jurídica em vigor, sobretudo no tocante à visão individualista e excludente dos direitos de propriedade imobiliária que ainda vigora no país".

Todo o panorama aqui proposto se presta a fazer crítica à escolha, feita pelo legislador constituinte, de remeter ao município a tarefa de definir os critérios informadores da função social da propriedade urbana. Entende-se que tal escolha decorre da então já referenciada tentativa do legislador constituinte de esquivar-se da responsabilidade de estabelecer parâmetros um pouco mais rígidos de definição da função social da propriedade urbana, dentro de um contexto tão acirrado de disputas políticas.

[5] Terra urbana entendida como a terra servida por infraestrutura e serviços tais como rede de água, rede de esgotamento sanitário, drenagem, transportes, coleta de lixo, iluminação pública e equipamentos de saúde e educação, entre outros.

rpgmjf.indd 49 04/11/2011 12:32:37

Muito embora, caiba à Constituição Federal tão somente a proposição de diretrizes, pretende-se que seja tão mais eficaz o atendimento a estas diretrizes quanto mais explícitos forem seus postulados. Por que a CF/88 foi tão precisa quanto ao atendimento da função social pela propriedade rural e não o foi quanto à propriedade urbana? Acaso o meio rural não pertence aos municípios? Ademais, o PD não deveria concatenar e integrar a dimensão rural e urbana dentro do território do município?

Ocorre é que a sociedade capitalista da contemporaneidade é urbana por excelência e o palco de disputas é a cidade. Assim, não fica nem um pouco difícil prever "a dimensão dos obstáculos que surgirão para aprovar, em qualquer Câmara Municipal, a submissão de propriedades pertencentes a importantes figuras da política local, à função social da propriedade no PD" (MARICATO, 2001, p. 107).

Além do mais, o argumento de que o legislador municipal tem melhores condições de realizar tal tarefa, dado o conhecimento por parte do mesmo das peculiaridades de seu município, perfaz justificativa que só reforça o seguinte convencimento: manobra político-legal com o propósito evidente de evitar, ou no mínimo obstaculizar, o enfrentamento das questões afeitas à problemática social urbana — polêmicas e demandantes de pronta solução. Afinal, como diz Maricato (2001, p. 124), "o conceito está correto, o instrumento urbanístico existe, é lei, mas sua implementação contraria sua finalidade".

A discriminação no Plano Diretor de imóveis ociosos, por exemplo, poderia ser uma atitude política do legislativo municipal com grande impacto nos preços do mercado imobiliário local, perfazendo este grande objetivo da função social da propriedade — diminuição da importância dos imóveis como reserva patrimonial (MARICATO, 2001, p. 107).

Entretanto, os obstáculos já descritos emperram o desenvolvimento das potencialidades que o princípio poderia assumir quando de sua completa realização no plano fático, a despeito de seu prestígio no plano jurídico-legal.

Sendo assim, a fixação de parâmetros, ainda que gerais (rol elucidativo, ao invés de taxativo), sobre a definição dos critérios de atendimento da função social da propriedade urbana, da forma como foi feito para a propriedade rural, em nível constitucional, poderia ser de suma importância no processo de legitimação do princípio na legislação urbanística municipal.

rpgmjf.indd 50 04/11/2011 12:32:37

3.3 A função social da propriedade no PDDU de Juiz de Fora

A título de simples elucidação da questão, sem maiores aspirações técnico-científicas, apresenta-se o tratamento que a temática da função social da propriedade recebeu na cidade mineira de Juiz de Fora, por intermédio de seu Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU), instituído pela Lei Municipal nº 9.811 de 27 de junho de 2000, muito embora não tenha sido o mesmo promulgado sob a égide do Estatuto da Cidade (2001). Vejamos:

> Da Função Social da Propriedade
> Art. 5º. A propriedade imobiliária em particular e, especialmente o direito de construir, se subordinam aos interesses da coletividade e devem atender, no mínimo e simultaneamente, às seguintes exigências:
> I) permitir seu aproveitamento e uso em intensidade compatível com a capacidade dos equipamentos e serviços públicos para atividades inerentes ao cumprimento das *funções sociais da cidade*;
> II) permitir seu aproveitamento e uso de acordo com as *estratégias e diretrizes municipais* relativas à preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural;
> III) permitir seu aproveitamento e uso de forma *compatível* com a segurança e a saúde dos usuários e vizinhos. (grifos nossos)

A Prefeitura de Juiz de Fora, em sua justificativa para o PDDU, ainda informa que

> Uma exigência fundamental do Plano Diretor é a de explicitar a função social da propriedade imobiliária em Juiz de Fora. É que essa definição é essencial para encaminhar os setores público e privado a uma atuação convergente no que respeita ao objetivo último do Plano Diretor — o atendimento pleno pela cidade das suas funções sociais. Na verdade, não é preciso mais que esta simples colocação para indicar que o exercício do direito de propriedade dos bens imóveis deva ser condicionado exatamente por essas funções sociais, e, em conseqüência, pelas exigências do Plano Diretor e legislação que o complemente. Em outras palavras, os direitos decorrentes da propriedade imobiliária, em particular e especialmente o direito de construir, se subordinam aos interesses da coletividade. (JUIZ DE FORA, 2004, p. 79)

Note-se que o dispositivo em comento não logrou êxito na definição de parâmetros objetivos informadores do atendimento da função social da propriedade imobiliária. Faz, em seus incisos, alusões dispersas e inconclusivas quanto à compatibilidade de usos conforme diretrizes adotadas e ao cumprimento das funções da cidade — estas diretrizes não são especificadas e as funções sociais da cidade não são declaradas, o que

rpgmjf.indd 51 04/11/2011 12:32:37

preserva a indefinição terminológica do princípio, não viabilizando o processo de instrumentalização do mesmo. Entretanto, fica ressaltada a obrigatoriedade da prevalência do interesse coletivo sobre o individual, o que, desde já, indica uma direção a ser seguida pela sociedade.

No âmbito do Plano Diretor essa indefinição já deveria ter sido vencida. A Constituição Federal estatui, sem maiores pormenorizações, como princípio fundamental de Política Urbana o da função social da propriedade urbana, remetendo a tarefa de definição do mesmo ao Plano Diretor; o Estatuto da Cidade, no capítulo referente ao Plano Diretor, em seu artigo 39 define que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º daquela lei, cujo teor institui as diretrizes gerais a serem seguidas no tocante à Política Urbana. Logo, do exposto, é cabível inferir que o Plano Diretor Municipal deve abarcar essa que é sua responsabilidade na tarefa de pormenorizar os requisitos de atendimento da função social da propriedade imobiliária urbana, bem como instrumentalizar sua aplicação na vida prática da *urbes*.

Verdade é que o PDDU de Juiz de Fora, de acordo com o §3º do artigo 40 da Lei Federal nº 10.257/01, deveria ter sido revisado no ano de 2010, por expressa determinação legal, o que poderia ter suscitado um novo fôlego para o tratamento da questão da função social da propriedade na cidade. Entretanto, como a experiência já demonstrou, tal expectativa restou frustrada, não tendo sido tomada nenhuma iniciativa do poder público neste sentido, até o presente momento.

O atual Código de Posturas de Juiz de Fora[6] já nasceu sob a égide do Estatuto da Cidade e, sendo assim, privilegiou alguns dos postulados sobre a função social da propriedade, muito embora estejamos longe de consubstanciar no plano fático a adoção de medidas mais concretas neste sentido.

De forma bem limitada, em seu capítulo sobre as condições técnico-posturais das edificações, a função social da propriedade é evocada quando do tratamento dispensado tão somente à questão da manutenção

[6] Lei Municipal nº 11.197/06 regulamentada pelo Decreto Municipal nº 9.117/07.

rpgmjf.indd 52 04/11/2011 12:32:37

de imóveis. Para melhor entendimento, cabe transcrever o dispositivo legal em comento:

> Art. 53. Os imóveis urbanos, sem edificações de qualquer tipo, deverão ser mantidos limpos, capinados e drenados, sob pena de serem considerados subutilizados, aptos a serem enquadrados nos critérios constitucionais no tocante ao atendimento de finalidades sociais.
> (...)
> §3º Os imóveis, em vista dos quais os proprietários ou possuidores tenham sido notificados na forma dos parágrafos anteriores sem, contudo, cumprir a obrigação prevista no caput, serão considerados subutilizados e, consequentemente, enquadrados nos critérios definidos pela legislação própria no tocante ao atendimento de finalidades sociais.

Podemos afirmar que, atualmente, existe um descompasso entre a legislação urbanística postural municipal e o PDDU. O Código de Posturas prevê a sucessividade das medidas de intervenção no domínio particular, conforme a boa dicção do Estatuto da Cidade: (i) parcelamento, edificação e utilização compulsórios, (ii) IPTU progressivo no tempo, (iii) desapropriação com pagamento em títulos. Entretanto, o PDDU — conforme seu artigo 49 — subverteu tal ordem, condicionando o parcelamento e edificação compulsórios à aplicação do IPTU progressivo, em explícita desconformidade com a norma federal.

Muito embora o Código de Posturas esteja em cotejo com a norma federal, resta que os ditames programáticos do citado artigo 53 não são observados pela administração pública local, tendo em vista a gama de controvérsias sobre a questão, bem como a desestruturação do arcabouço técnico-jurídico-institucional para a efetiva realização da norma.

Os fiscais de Posturas Municipais, responsáveis pela fiscalização das normas derivadas do poder de polícia administrativa municipal, enfrentam dificuldades de toda ordem para fazer a correta identificação do imóvel em desconformidade com a legislação, para então proceder à realização de sua atribuição legal. Dentre as muitas dificuldades, podemos citar a falta ou deficiência no acesso ao banco de dados da PJF (Prefeitura de Juiz de Fora), insuficiência de dados do cadastro (inexistência do endereço para notificação, falta do registro de CPF/CNPJ do proprietário,[7] etc.),

[7] Os registros de CPF e CNPJ do sujeito passivo da obrigação de fazer são imprescindíveis para a instauração do Procedimento de aplicação e execução de penalidades (PAEP) da Secretaria de Atividades Urbanas (SAU), após lavratura do respectivo Auto de Infração, para fins de lançamento do débito tributário (multa) e posterior inscrição em dívida ativa.

rpgmjf.indd 53 04/11/2011 12:32:37

deficiências de articulação com os setores responsáveis pelo cadastro imobiliário e dificuldade no acesso ao mapeamento territorial. Essas são apenas algumas das dificuldades enfrentadas pelos fiscais.

Sem falar que, desde a promulgação do Código de Posturas, podemos afirmar que nenhum processo de notificação para edificação compulsória foi iniciado por parte da PJF. Muito embora o PDDU conclame o atendimento pleno da cidade de suas funções sociais, na prática se caminhou muito pouco.

Aliás, vigorou por muito tempo em Juiz de Fora,[8] até recentemente, uma legislação de regularização de edificações amplamente permissiva, de forma a privilegiar o setor da construção civil com a atribuição de valores pífios (conforme a área da cidade e os valores praticados pelo mercado imobiliário), a título de taxa de regularização. Tal legislação simplesmente nulifica o Código de Obras[9] teoricamente vigente. E por que não dizer que a função social da propriedade foi descartada, aviltada, em função de interesses privados?

Em virtude de todas as razões apresentadas, a questão referente à relativização do direito decorrente da titularização de propriedade imobiliária urbana deve ser prontamente enfrentada. Com base nesse fundamento, propõe-se a persecução da garantia de atuação dos gestores urbanos pautada nos ditames da Constituição Federal, do Estatuto da Cidade e do Plano Diretor. Este último (PD) informado por critérios objetivos de definição da função social da propriedade, delineados pela primeira (CF); aliado a isso, o PD deve estar devidamente guarnecido pelos instrumentos adequados de intervenção urbanística, propostos pelo Estatuto. Isto antes que o PD se transforme em "lei que não pega" — evento tão recorrente no direito positivo brasileiro.

Nesse tocante, Maricato postula a seguinte opinião:

> para que os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade não se tornem "letra morta" ou, até mesmo, para que eles não venham alimentar ainda mais a dinâmica do mercado excludente (...), há muito para se fazer. Não resta dúvida, que a nova lei dá condições para a mudança histórica do direito da propriedade urbana e, portanto, para mudar o rumo do crescimento das cidades marcado pela desigualdade social (...). Mas essa condição prevê a aprovação, pelas Câmaras Municipais de um PD que vá contra os interesses dos proprietários fundiários e

[8] Lei Municipal nº 10.786/04 prorrogada pela Lei Municipal nº 11.517/08 as quais dispõem sobre a regularização de construções, reformas ou ampliações de imóveis realizadas sem prévia licença da Prefeitura de Juiz de Fora.

[9] Lei Municipal nº 6.909/86 que dispõe sobre as edificações no Município de Juiz de Fora.

rpgmjf.indd 54 04/11/2011 12:32:37

> daqueles que lucram com a atividade especulativa imobiliária, que são, em geral, integrantes dos grupos que controlam o poder local. (MARICATO, 2001, p. 113)

Sendo assim, o PD deve encarar aquela que perfaz sua grande tarefa no campo da efetivação do princípio da função social da propriedade urbana: definição objetiva, de alcance *erga omnes*, dos parâmetros de classificação referentes à subutilização ou não utilização da propriedade imobiliária urbana, bem como a identificação de quais propriedades, nessas condições, estarão sujeitas ao parcelamento, edificação e utilização compulsórios, além dos demais instrumentos que sucedem a este, quando o proprietário não atende às exigências da lei.

A aprovação de um PD com esses atributos, por si só, é tarefa árdua, sendo a sua implementação tarefa ainda mais desafiadora. Desta forma, o PD, que é legitimado a ser o grande protagonista na tarefa de definir os critérios objetivos informadores do atendimento do princípio da função social da propriedade urbana, pode ficar muito aquém do que permitem os instrumentos fixados no Estatuto da Cidade.

"A lei dá instrumentos para o avanço da luta contra a apropriação desigual do espaço urbano mas não a substitui como pensam alguns. Certamente haverá interpretações diversas (e até opostas) para a implementação dos instrumentos urbanísticos nela previstos" (MARICATO, 2001, p. 113).

Ademais, brilhantes são as palavras de Villaça ao declarar que

> como manifestação da tecnocracia, os planos são encarados como coisa de técnico. Aliás a maioria dos próprios prefeitos, vereadores e políticos assim os encaram. Por isso evitam se envolver em planos, coisa que, dizem, não entendem... Assim, quando muito, toleram a elaboração de planos, desde que estes não os atrapalhem. Se os tais "planos" começam a mexer muito nas feridas urbanas, de difícil solução, ou não são elaborados ou são engavetados. (VILLAÇA, 2000, p. 10-11)

4 Conclusão

A função social da propriedade urbana, princípio consubstanciado na Constituição de 88, embora conclame a adoção de uma sistemática jurídica que garanta à propriedade privada uma função social (e não só de deleite individual e particular), não opera rechaçar, de forma contundente, a noção de propriedade individual-civilista. Não obstante a ação de atores políticos defensores da justa redistribuição dos ônus e bônus advindos do processo de urbanização brasileiro (MNRU – década de 60), a promulgação

rpgmjf.indd 55 04/11/2011 12:32:37

da CF (1988), do Estatuto da Cidade (2001) e do Novo Código Civil (2002), o tema ainda enfrenta grandes controvérsias na doutrina pátria, bem como o conservadorismo do Poder Judiciário. É bem verdade que o STF, em seus julgados, já se posicionou no sentido de garantir a efetivação do citado princípio, mas ainda falta grande percurso a percorrer até que o mesmo seja assimilado como de obediência irrestrita. Em assim sendo, será possível que toda ação estatal, tendente a intervir no domínio particular (inclusive o Planejamento Urbano e o Direito Municipal), não encontre entraves intransponíveis quando da tentativa de promoção da justiça social.

No atual período, o principal desafio a ser enfrentado pelos defensores da efetivação do princípio da função social na práxis — "conexão necessária entre a teoria e a prática" (MAGALHÃES, 2003, p. 101) — parece ser o de incluir nos Planos Diretores dos municípios brasileiros critérios objetivos concernentes ao atendimento da função social pela propriedade urbana, dado que a CF/88 não se presta a estabelecê-los (ao contrário do que faz em relação à propriedade rural), remetendo esta tarefa legislativa à Câmara Municipal. O exemplo de indefinição terminológica do princípio e ausência de critérios objetivos de seu atendimento no PDDU da cidade mineira de Juiz de Fora — cidade de porte médio — é de grande relevância na demonstração de que essa tarefa é de difícil êxito, ficando ao alvedrio das forças políticas locais, que nem sempre estarão comprometidas com a realização do princípio, quiçá até por motivos de ordem pessoal envolvidos na questão.

No enfrentamento deste desafio, fica evidente a necessidade de se perseguir a "inovação nas políticas de gestão do uso do solo urbano, disciplinando o parcelamento, o uso e a ocupação das propriedades imobiliárias em um sentido de efetivação do princípio da função social da propriedade" (ALFONSIN, 2005).

Internacionalmente reconhecido como lei que confere proteção ao direito à moradia e ao próprio direito à cidade, o Estatuto da Cidade, muito embora seja extremamente inovador na ordem jurídica pátria, não tem eficácia garantida. É "necessário observar e fortalecer os processos concretos pelos quais os poderes locais tentam garantir, na prática, o cumprimento da função social da propriedade por meio da criação de novos instrumentos jurídicos e urbanísticos" (ALFONSIN, 2005).

É notório que os atores — há muito privilegiados pela velha ordem centrada no direito de propriedade — não irão poupar forças para

rpgmjf.indd 56 04/11/2011 12:32:37

impedir a eficácia do Estatuto da Cidade; maiores esforços empreenderão na tentativa de sobrestar o processo de relativização do direito de propriedade.

Por outro lado, a participação efetiva de toda a sociedade neste processo de reforma da agenda pública é condição *sine qua non* para o sucesso do mesmo, enquanto exercício democrático e engajamento cidadão. A participação popular nos planos, nos dizeres de Villaça (2000), tem sido um problema de difícil solução na elaboração de planos diretores democráticos. Muito provavelmente, a falta de interesse da população pelo PD municipal se dê pelo fato de esta não ver nele possibilidade de benefícios, ainda que indiretos.

Aliás, a objetivação do princípio da função social da propriedade é outra condição *sine qua non* para o sucesso da Política Urbana. Ao analisarmos as diretrizes da política urbana expressas no artigo 2º da Lei nº 10.257/01 concluímos que, sem a noção de uma propriedade condicionada por restrições concernentes ao atendimento de funções sociais, as mesmas restariam letra morta.

A função social da propriedade é sem sombra de dúvida uma restrição, um *restraint*, *vis-à-vis* a postulação de uma condicionante ao exercício deste direito. Entretanto, tal restrição não tem fulcro em um mandamento tirânico e despótico advindo de uma questionável vontade individual. Ao contrário, surge sim da necessidade de concatenação de vontades múltiplas dentro de um território finito, com vistas a promover e garantir o bem (con)viver de todos, conforme lei maior. Em suma, a questão não se assenta sobre como (*modus operandi*) a objetivação deste princípio pode contribuir para o sucesso da Política Urbana, mas, antes, não há de se falar deste sem aquela (*essentia*).

Por fim, deve-se ficar registrado que a grande questão é antes de tudo política e não técnica.

Juiz de Fora, 2011.

rpgmjf.indd 57 04/11/2011 12:32:37

Social Function of Property in the Light of Federal Constitution and Municipal Law

Abstract: Within the new perspective of property right in the Brazilian legal system, mainly since the promulgation of the Federal Constitution in 88, it is in progress a new proposal of Urban Policy, enabled by the Statute of the City, seeking to overcome the legal vulnerability intrinsic to the activities of management and urban development in the Brazilian cities. Since then, the inclusion, in the constitutional text, of the principle of social function of urban property has been the trump card of urban social movements. These movements claim for guidance of State actions, regarding intervention on private domain, based on this principle, in order to promote urban social justice through redistribution of burden and bonuses resulting from the process of urbanization. The purpose of this study is to investigate how occurs the appropriation process involving this principle by social actors, among lawyers, urban planners, political activists, doctrine reviewers and magistrates as well as map the evolution of the concept of private property within the contemporary Brazilian legal skeleton. The methodology involved literature review, law analysis and jurisprudence research. The study indicates that the principle of social function of property, although demands the adoption of a legal system that provides the guarantee of private property endowed with social function, it has not reached the goal concerning the overcome past the civil conception of individual property, neither the range of doctrinal disputes about the issue nor the conservatism of Judiciary System.

Key words: Property. Social function of property. Urban law. Municipal law. Urban planning.

Referências

ABRAMO, Pedro. *Mercado e ordem urbana*: do caos à teoria da localização residencial. [S.l.]: Bertrand Brasil, [200-?].

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Depois do Estatuto da Cidade: ordem jurídica e política urbana em disputa: Porto Alegre e o urbanizador social. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, v. 7, n. 2, p. 47-59, nov. 2005.

ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto. *A função social e ambiental da propriedade e o ordenamento territorial do município*. 2005. 128 f. Tese (Mestrado em Ciências da Engenharia Ambiental) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2005. Disponível em: <http://dominiopublico.gov.br/download/texto/cp012548.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2008.

BENTO, Mauro Luiz. *O direito de superfície no Código Civil e no estatuto da cidade e a sua função social*. 2006. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Cidadania) – Coordenação de Pós-Graduação e atividades complementares, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp025982.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

rpgmjf.indd 58 04/11/2011 12:32:37

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Revogada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L3071.htm>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). *Estatuto da Cidade*: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Pólis; CAIXA; Câmara dos Deputados, 2001.

FERNANDES, Edésio. Perspectivas para a renovação das políticas de legalização de favelas no Brasil. *In*: ABRAMO, Pedro (Org.). A cidade da informalidade: o desafio das cidades latino-americanas. Rio de Janeiro: Sette Letras; FAPERJ, 2003.

FERNANDES, Edésio. *Questões anteriores ao direito urbanístico*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2002.

FERREIRA, João Sette Whitaker. Gestão democrática e participativa: um caminho para cidades socialmente justas?. *Democracia Viva – Ibase*, n. 18, p. 1-10, set./out. 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>.

JUIZ DE FORA. Lei nº 9.811, de 27 de junho de 2000. Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Juiz de Fora. Disponível em: <http://www.pjf.mg.gov.br/>.

JUIZ DE FORA. Prefeitura Municipal. *Juiz de fora sempre*: plano diretor de desenvolvimento urbano de Juiz de Fora. Juiz de Fora (MG): FUNALFA Edições, 2004. 391 p.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. São Paulo: Ed. Urupês, 1969.

MAGALHÃES, José Antônio Fernandes de. *Ciência política*. 3. ed. Brasília: Vestcon, 2005.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades*: alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Vozes, 2001.

PESSOA, Alvaro. Equacionando a nova propriedade urbana. *In*: PESSOA, Alvaro (Org.). Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981. 227 p.

PETRUCCI, Jivago. A função social da propriedade como princípio jurídico. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 229, fev. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4868>.

RIBEIRO, Luiz C. Q.; CARDOSO, Adauto L. Da cidade à nação: gênese e evolução do urbanismo no Brasil. *In*: PECHMAN, Robert Moses; RIBEIRO, Luiz C. Q. (Org.). *Cidade, povo e nação*: gênese do urbanismo moderno. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei*: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. São Paulo: Stúdio Nobel; FAPESP, 1997.

rpgmjf.indd 59 04/11/2011 12:32:37

VILLAÇA, Flávio. Perspectivas do Planejamento urbano no Brasil hoje. *In*: Seminário CIDADES BRASILEIRAS: DESEJOS E POSSIBILIDADES, 2. Organizado pela Prefeitura Municipal de Campo Grande, MS 31 jul a 2 ago. 2000. Texto apresentado. Disponível em: <http://www.flaviovillaca.arq.br/pdf/campo_gde.pdf2000>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GODOY, Marcos Vinícius Ferreira de. Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 37-60, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 60 04/11/2011 12:32:37

"É sempre a mesma cantiga" – O contencioso da responsabilidade civil pública[1]

Vasco Pereira da Silva

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

«Era uma vez...

Era uma vez, há muitos, muitos anos — séculos até —, num remoto país — a longínqua França —, uma menina de cinco anos, chamada Agnès Blanco, que foi atropelada por um vagão de uma empresa pública de tabaco de Bordéus.

Os pais da menina dirigiram-se ao Tribunal de Bordéus a pedir uma indemnização, mas este não conheceu do seu pedido, alegando ser incompetente, por estar em causa uma autoridade administrativa, e por não haver lei aplicável, já que as normas do Código Civil somente se referiam às relações entre particulares. Os pais da criança dirigiram-se, então, ao Conselho de Estado e obtiveram a mesma resposta, o tribunal era incompetente, pois não se tratava do recurso de um acto administrativo, além de que não havia lei para aplicar, uma vez que não se tratava de uma relação entre particulares. Perante este conflito negativo de jurisdições, o Tribunal de Conflitos foi chamado a pronunciar-se, tendo considerado que o caso era da competência da Justiça Administrativa, e que, na ausência de lei, era necessário criar normas jurídicas especialmente destinadas a proteger a Administração, também em matéria de responsabilidade civil, desta forma afirmando a necessária autonomia do Direito Administrativo».

A história que venho de contar, acerca do problema da responsabilidade civil da Administração Pública, relata um "episódio traumático" da "infância difícil" do Contencioso Administrativo. O Acórdão Blanco, do Tribunal de Conflitos francês, de 8 de Janeiro de 1873,[2] representou uma espécie de "certidão de nascimento" do Direito Administrativo, ao proclamar a sua autonomia como ramo do direito. Só que essa autonomia foi afirmada pelas piores razões: a necessidade de excluir ou, pelo menos,

[1] Artigo aprovado para publicação em categoria especial: "Obra Literário-Jurídica".
O presente texto, cujo título evoca um conhecido filme de Alain Resnais, assume-se como uma homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Corrreia, retomando, com as devidas adaptações, aquilo que antes se escreveu em VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo», 2ª. edição, Almedina, Coimbra, p. 318 e seguintes.

[2] Vide M. LONG / P. WEIL / G. BRAIBANT / P. DELVOLVÉ / B. GENEVOIS, «Les Grands Arrêts de la Justice Administrative», 9.ª edição, Sirey, 1990, p. 15 e seguintes.

rpgmjf.indd 61 04/11/2011 12:32:37

de limitar a responsabilidade da Administração perante uma menina de cinco anos. O que não foi «uma "boa estreia" para o nosso ramo de direito. Criado mais com o objectivo de proteger a primazia da Administração do que preocupado com a protecção dos particulares, o Direito Administrativo só paulatinamente é que se vai libertando dos traumas provocados por uma "infância difícil"».[3] Forçoso é, pois, reconhecer que era quase impossível ter "inventado" um começo mais "traumático" para o Processo e para o Direito Administrativo...

«Era uma vez...

Era uma vez, há alguns anos atrás — antes da entrada em vigor da reforma do Contencioso Administrativo —, aqui mesmo ao lado, neste nosso país, uma menina chamada Maria... Inês... Rita... um menino chamado João... Pedro... Manuel...

Os pais da criança dirigiram-se aos tribunais judiciais a pedir uma indemnização pela actuação administrativa danosa, mas estes não conheceram do seu pedido, alegando ser incompetentes, por estar em causa um acto de gestão pública, não sendo por isso aplicáveis as normas do Código Civil. Os pais da criança dirigiram-se, então, aos tribunais administrativos e obtiveram uma resposta (simétrica, mas) conducente ao mesmo resultado, o tribunal era incompetente, pois se tratava de uma actuação de gestão privada, pelo que era de aplicar o disposto no Código Civil para as relações entre particulares. Ante o conflito negativo de jurisdições, foi necessária a intervenção do Tribunal de Conflitos, a fim de resolver o problema de saber qual o tribunal competente e qual o direito aplicável».

Esta segunda versão, que acabo de contar, não é tão somente uma "história", nem algo ocorrido em lugares remotos, ou num longínquo passado, mas uma realidade quotidianamente repetida, no Portugal de até há pouco tempo atrás (até 2004, para ser mais exacto). O que é bem revelador da circunstância dos "traumas da infância difícil" do Contencioso Administrativo só agora começarem a ser devidamente superados, entre nós. A sucessiva repetição, quase até aos nossos dias, da "história" em que tanto os tribunais judiciais como os tribunais administrativos se consideravam incompetentes para decidir e mostravam dúvidas quanto ao direito aplicável, é a prova de que o Contencioso Administrativo português tem demorado muito tempo para retirar dela alguma "moral". Ou — se me permitem o trocadilho —, de como o nosso Contencioso Administrativo tem sido (e continua ainda parcialmente a ser), sob muitos aspectos, uma "história sem moral"...

[3] VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 26.

rpgmjf.indd 62 04/11/2011 12:32:37

Tal era a situação — vigente até a entrada em vigor da reforma do Contencioso Administrativo —, em que «pelos danos causados no desempenho de actividades de gestão privada, a Administração responde segundo o Direito Civil perante os tribunais judiciais, e pelos danos causados no exercício de actividades de gestão pública, a Administração responde segundo o Direito Administrativo perante os tribunais administrativos» (FREITAS DO AMARAL).[4] Daqui resultando que o direito da responsabilidade administrativa, com a respectiva dualidade de regimes jurídicos e de tribunais competentes, podia ser caracterizado «pela ideia de fragmentação», constituindo uma «verdadeira "manta de retalhos" de soluções jurídicas, (...) uma espécie de "labirinto jurídico", que teria feito as delícias do escritor JORGE LUIS BORGES», mas que, do ponto de vista das garantias dos cidadãos, deixava muito a desejar.[5]

São conhecidas as minhas críticas a este sistema.[6] Ele era, em primeiro lugar, um sistema ilógico, pois assentava na distinção entre gestão pública e gestão privada, que há muito tinha perdido a sua originária razão de ser (se é que alguma vez a teve). Isto porque:

a) tinha como pressuposto uma ideia autoritária de Administração que, ou exercia poderes de autoridade, actuando através de acto administrativo (ou de regulamento), ou era remetida para o "limbo" do Direito Privado. O que correspondia a uma concepção do Direito Administrativo como um conjunto de normas "excepcionais", "exorbitantes" do Direito Civil, que se fazia acompanhar de uma visão actocêntrica das formas de actuação administrativa;

b) não é possível distinguir as actuações informais e técnicas, assim como as operações materiais da Administração pública (que são os factos geradores da maior parte das situações de responsabilidade civil), com base na ideia de gestão pública ou de gestão privada (v.g. as actuações de médicos, engenheiros, motoristas, do ponto de vista da respectiva natureza, não são distintas quando realizadas no âmbito do serviço público ou do sector privado). Em vez disso, nos nossos dias, todas as actuações administrativas tendem a surgir unificadas em razão da ideia (material) de função administrativa,

[4] FREITAS DO AMARAL, «Direito Administrativo», v. III, lições policopiadas, Lisboa, p. 485.

[5] VASCO PEREIRA DA SILVA, «Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente», in VASCO PEREIRA DA SILVA, «Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo», Almedina, Coimbra, 2000, p. 24.

[6] Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Responsabilidade A. em M. de A.», cit., in VASCO PEREIRA DA SILVA, «Ventos de M. no C. A.», Almedina, cit., mx. p. 26 e ss.

rpgmjf.indd 63 04/11/2011 12:32:37

> e não da regra (formal) do exercício do poder. O problema não é, portanto, o de estabelecer falsas distinções dentro das actuações realizadas no âmbito da função administrativa, mas sim o de uniformizar o respectivo regime jurídico. Aquilo que é comum a todas as actuações administrativas (sejam elas regulamentos, contratos, actuações informais e técnicas, operações materiais), e que justifica um tratamento legislativo e jurisdicional unitário, nomeadamente para efeito de responsabilidade extracontratual, é a dimensão (material e teleológica) da satisfação de necessidades colectivas através de formas públicas e privadas, sem que faça sentido introduzir aqui distinções artificiosas.

A prova mais acabada da irracionalidade do sistema, era o facto da jurisprudência — que foi obrigada a encontrar orientações para resolver os casos concretos, malgrado os imbróglios legislativos — ter renunciado a um critério lógico de distinção entre gestão pública e gestão privada, substituindo-o pelo recurso à sensação "impressionista" do "ambiente de Direito Público".[7] O que significa desistir de procurar características diferenciadoras entre actos de gestão pública e de gestão privada, substituindo o rigor da lógica pela sensação da arte, e passando a contentar-se com uma qualquer vaga referência ao "ambiente", ou — permitam-me a ironia — com um qualquer "cheirinho a direito público".

Veja-se o caso do exercício privado da medicina num hospital público, pelos médicos ao seu serviço, para testar os limites do "não-critério" do "ambiente de direito público". O médico de um hospital público, que é autorizado a exercer clínica privada, realiza ambas as actividades no mesmo hospital, ou seja, no mesmo "ambiente". Será que, neste caso (mas poderia ser outro qualquer), fará sentido distinguir os comportamentos do médico com referência ao "ambiente" em que é exercida a actividade?

É certo que o jurista — que, como é sabido, é capaz de tudo — poderia ainda tentar distinguir entre "ambiente físico" e "ambiente jurídico", para concluir que a mesma actividade, realizada pela mesma pessoa, no mesmo local e enquadramento, nas mesmas condições e subordinada às mesmas "regras técnicas e de prudência comum", era, afinal, completamente "outra" à luz das regras da responsabilidade civil. Mas, será minimamente aceitável proceder a essa dissociação entre realidade física e jurídica, ou

[7] Para uma crítica ao critério do "ambiente de direito público" no domínio dos contratos, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Critério da Ambiência de Direito Público: Esforço Inglório para Salvar o Contrato Administrativo», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 2, 1997, p. 9 e seguintes.

rpgmjf.indd 64 04/11/2011 12:32:37

não representará, antes, ela a manifestação de um discurso jurídico "à beira da esquizofrenia", por ter perdido a referência à realidade? Tanto mais quando está em causa a colaboração dos privados no exercício de tarefas públicas, realizada nas instalações e no âmbito do serviço público da saúde, por agentes administrativos, o que aponta claramente — não apenas no que diz respeito ao exercício da actividade, como, sobretudo, no que concerne à tutela dos direitos dos particulares — no sentido da necessidade de harmonização e de uniformização da globalidade do regime da responsabilidade extra-contratual, sempre que esteja em causa o exercício da função administrativa. Pois, característico da Administração de Infra-estruturas é, precisamente, o alargamento do âmbito da função administrativa, que decorre de variadas e distintas formas de colaboração de entidades públicas e privadas, assim como da combinação de instrumentos jurídicos com actuações técnicas, como é o caso do exemplo referido.[8]

Mas o sistema, que vigorou entre nós até 2004, era, em segundo lugar, um sistema injusto, uma vez que a ausência de critérios lógicos seguros de distinção entre gestão pública e gestão privada, gerava frequentes dúvidas quanto ao direito aplicável e quanto ao tribunal competente. Provocando conflitos (negativos) de jurisdição, com os consequentes problemas de morosidade e, mesmo, de denegação de justiça, em termos susceptíveis de ser configurados como casos de lesão grave e inadmissível do direito fundamental à protecção plena e efectiva dos particulares.

«Era uma vez...

Era uma vez, uma menina chamada Maria... Inês... Rita... um menino chamado João... Pedro... Manuel...

Os pais da criança dirigiram-se aos tribunais judiciais a pedir uma indemnização pela actuação administrativa danosa, mas estes não conheceram do seu pedido, alegando ser incompetentes, por estar em causa a Administração Pública. Os pais da criança dirigiram-se, então, ao tribunal administrativo, que agora se declarou competente para conhecer do litígio, não sem que antes tivessem sido colocadas algumas dúvidas — felizmente dissipadas — quanto ao modo de interpretação correcta da repartição jurisdicional de competências efectuada pelo legislador da reforma.

[8] A noção de Administração Infra-estrutural remonta a HEIKO FABER, «Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft», in «Auf einer Dritten Weg – Festschrift für Helmut Ridder zum siebzigsten Geburtstag», Luchterland, 1989, p. 291 e seguintes; e «Verwaltungsrecht», 4ª edição, Mohr, Tübingen, 1995, maxime p. 350 e seguintes e 420 e seguintes. Vide também VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do Acto Administrativo Perdido», Almedina, Coimbra, 1996, p. 99 e seguintes.

rpgmjf.indd 65 04/11/2011 12:32:37

Mas, a partir daí, voltou a incerteza... Não se sabia ao certo qual o direito aplicável aquele caso, já que a resposta a tal questão dependia de saber se se tratava de um acto de gestão pública ou de gestão privada — coisa que ninguém sabia bem o que era. Além de que, depois de resolvida — de uma forma ou de outra — tão misteriosa questão, nenhum dos diplomas legais aplicável era actualizado, nem regulava de forma adequada o problema...

E a fada-madrinha, que nunca mais aparecia!...»

A reforma do Contencioso Administrativo veio criar as condições para o surgimento de uma "outra história" do contencioso da responsabilidade civil pública, ao consagrar a unidade jurisdicional neste domínio, o que, para além do seu significado próprio, não devia deixar de ter consequências também no direito substantivo aplicável. Mas ela ainda "é sempre a mesma cantiga" ou, dito de outra forma, apenas "mais uma" versão da "mesma história" (como os referidos "remakes" à "moda de Hollywood"), visto que, por um lado, a unidade jurisdicional consagrada não está isenta de "equívocos", alguns deles (infelizmente) logo tornados realidade por certa doutrina e jurisprudência nascentes, por outro lado, porque se mantém a dualidade legislativa (apesar da unidade jurisdicional), a que acrescia ainda a "indiferença" do legislador que, só em 2008, com o surgimento do D.L. nº 67/ 2007, de 31 de Dezembro, vai estabelecer um novo regime da responsabilidade civil pública.

Recapitulando o que antes se disse acerca do âmbito da jurisdição administrativa (nomeadamente a propósito dos contratos da função administrativa), o nosso ordenamento jurídico delimita a competência dos tribunais administrativos e fiscais em razão da natureza das relações jurídicas em causa (vide o artigo 212º, nº 3, da Constituição e o artigo 1º, nº 1, do ETAF), completando depois essa cláusula geral e aberta com uma enumeração exemplificativa, que concretiza os tipos de situações jurídicas susceptíveis de ser enquadradas no Contencioso Administrativo. Daí resultando que o "todo é maior do que a soma das partes" e que a análise de cada uma das situações identificadas como pertencentes ao Contencioso Administrativo não é taxativa, mas apenas indicativa dos elementos a ponderar para a determinação do âmbito da jurisdição administrativa.

É tendo em vista este enquadramento geral que devem ser interpretadas as disposições relativas à responsabilidade civil pública, constantes das alíneas g), h), i), do nº1, do artigo 4º do ETAF. Ora, da análise conjugada destes preceitos, resulta a inequívoca consagração de um

rpgmjf.indd 66 04/11/2011 12:32:37

regime de unidade jurisdicional, tanto no que respeita ao contencioso da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, em virtude do abandono da "falsa distinção" entre gestão pública e gestão privada como critério de determinação da competência do tribunal (como antes ocorria), como também, mais amplamente, no que se refere ao contencioso de toda a responsabilidade civil pública, que agora passa a ser da competência dos tribunais administrativos.[9] [10] Diga-se, ainda, que esta unificação do regime jurídico da responsabilidade civil pública ao nível da jurisdição administrativa é, em minha opinião, uma orientação correcta, sobretudo, tendo em conta as opções do artigo 212º, nº 3, da Constituição (ainda que, em abstracto, e se não existisse a referida norma constitucional, se pudesse discutir se não teria sido mais vantajosa a unificação de todo o contencioso da responsabilidade civil "à alemã", ao nível dos tribunais comuns), mas que necessita agora de ser completada através de legislação substantiva "conforme".

Passando agora a análise mais detalhada de cada um dos preceitos, em primeiro lugar, comete-se à jurisdição administrativa o julgamento das «questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo a resultante do exercício da função jurisdicional e da função legislativa» (artigo 4º, nº 1, alínea g, do ETAF). Trata-se de uma norma inovadora, que consagra a uniformização jurisdicional de todo o contencioso da responsabilidade civil pública, que passa a ser da competência dos tribunais administrativos.[11] Enquanto, antes, se distinguia o contencioso da responsabilidade civil administrativa, que era da competência da justiça administrativa, do contencioso da responsabilidade civil dos demais poderes do

[9] Idêntica é a posição sustentada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / DIOGO PREITAS DO AMARAL, quando escrevem que «os tribunais administrativos passam a ser competentes para dirimir todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, não só por danos resultantes do exercício da função administrativa, mas também por danos resultantes do exercício das funções política e legislativa ou do funcionamento da administração da justiça» (M. AROSO DE ALMEIDA / D. FREITAS DO AMARAL, «Grandes Linhas da R. do C. A.», cit., p. 36).

[10] No mesmo sentido da unificação jurisdicional do contencioso da responsabilidade civil administrativa, também a mais recente reforma espanhola da justiça administrativa, atribui competência aos tribunais administrativos para o julgamento de questões de «responsabilidade patrimonial das Administrações Públicas seja qual for a natureza da sua actividade, ou o tipo de relação de que derive» (artigo 2º, c) LJCA). Isto, com o objectivo «de terminar, de uma vez por todas, com a tão prejudicial peregrinação judicial ou, o que é pior, com denegações injustificáveis de justiça. Sempre que se possa "levantar o véu" e descobrir que ele cobre uma Administração pública, qualquer que seja o regime jurídico a que se encontre submetida, a jurisdição do contencioso administrativo deve exercer a sua "força atractiva"» (MEILÁN GIL, «La Reforma de la Justicia Administrativa en Espana», cit., in «Cadernos de J. A.», nº 13, cit., p. 6).

[11] De acordo com as propostas de RUI MEDEIROS, «Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Acto Legislativo», Almedina, Coimbra, 1992; «Acções de Responsabilidade – Elementos do Regime Jurídico e Contribuições para uma Reforma», Principia, Cascais, 1999.

rpgmjf.indd 67 04/11/2011 12:32:37

Estado, que era da competência dos tribunais judiciais, agora, é sempre competente a justiça administrativa para todo o contencioso da responsabilidade civil pública.

Em rigor, isto significa qualificar como administrativa, para efeitos processuais, qualquer relação de responsabilidade civil pública, independentemente da natureza do órgão e do poder em que ele se encontra inserido. O que, por um lado, representa um alargamento da cláusula geral da natureza administrativa da relação jurídica que, no domínio da responsabilidade civil pública (e só nele), se amplia a qualquer relação jurídica pública (dando assim, implicitamente, origem a uma espécie de "segunda cláusula geral", de conteúdo mais amplo do que a primeira, ainda que de âmbito limitado a esta matéria), por outro lado, significa também que o legislador considerou as relações jurídicas administrativas como o paradigma das relações jurídicas públicas. Mas, este alargamento da competência jurisdicional dos tribunais administrativos necessitava também de uma adequada resposta substantiva — por realizar até à Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro —, pois pressupõe a criação de um regime jurídico comum da responsabilidade civil extracontratual pública, aplicável ao Estado e a qualquer entidade pública não apenas no exercício da função administrativa, mas também da legislativa e da judicial, tal como decorre da Constituição (vide o artigo 22º da Constituição) e que, na falta de lei, a doutrina[12] e a jurisprudência se iam esforçando por concretizar.[13]

Curioso que, nesta disposição, se faça referência à responsabilidade civil emergente das funções legislativa, administrativa e judicial, mas não se refira expressamente a função política. O que poderia conduzir a certas interpretações, mais "literalistas", a considerar que ela foi excluída deste

[12] Sobre a problemática da responsabilidade civil ao nível das funções política, legislativa e judicial, entre nós, vide GOMES CANOTILHO, «O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos», Almedina, Coimbra, 1974; RUI MEDEIROS, «Ensaio sobre a R. C. do E. por A. L.», cit.,(mx. p. 235 e ss.); «Acções de R. – E. do R. J. e C. para uma R.», cit.; «A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Legislativo no Quadro da Reforma do Decreto-Lei nº 48 051», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado», Coimbra Editora, 2002, p. 193 e seguintes; MARIA LÚCIA AMARAL, «Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador», Coimbra Editora, Coimbra, 1998; «A Responsabilidade do Estado-legislador: Reflexões sobre uma Reforma», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit., p. 217 e ss.; «Responsabilidade por Danos Decorrentes do Exercício da Função Política e Legislativa», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 40, Julho / Agosto, 2003, p. 39 e seguintes; JORGE MIRANDA, «Responsabilidade do Estado pelo Exercício da Função Legislativa – Breve Síntese», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit., p. 185 e ss.; JOÃO CAUPERS, «Responsabilidade do Estado por Actos Legislativos e Judiciais», in J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ / A. CALONGE VELÁZQUEZ, «La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos», (III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de Octubre de 1997), p. 77 e seguintes; «Responsabilidade pelo Exercício da Função Jurisdicional», in «Cadernos de J. A.», cit., nº 40, p. 46 e ss.; JOÃO AVEIRO PEREIRA, «A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais», Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

[13] Vide neste sentido RUI MEDEIROS, «Apreciação geral dos Projectos», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 40, Julho / Agosto, 2003, p. 18 e seguintes.

rpgmjf.indd 68 04/11/2011 12:32:38

regime,[14] tanto mais que se poderia ainda acrescentar um argumento "historicista", pois essa referência à função política constava da anterior versão da norma em apreço.

Da minha perspectiva, como antes se explicou, não só não faz qualquer sentido interpretar literalmente uma norma que concretiza uma cláusula geral que aponta para um critério "aberto", como é o da natureza das relações litigadas, para além de, por sua vez, ir mesmo para além dela, alargando esse critério das relações administrativas para as públicas, como também não é correcto apelar a um elemento histórico (se é que de "história" se pode falar a propósito de um procedimento legislativo tão recente), perante um procedimento legislativo tão atribulado e tão "heterogéneo" do ponto de vista da determinação da "vontade" legislativa, sobretudo, tendo em conta que os trabalhos preparatórios não fornecem quaisquer razões para a escolha da primeira versão, nem da segunda. Pelo que, mais do que argumentos de ordem formal, devem valer razões de ordem material e de espírito do sistema, as quais apontam claramente no sentido da inclusão da responsabilidade da função política no Contencioso Administrativo, tanto pela similitude de características materiais das funções política e legislativa (ao ponto de se poder mesmo questionar se vale a pena separar uma da outra), a reclamar identidade de tratamento jurídico, como pela lógica do sistema apontar para a unificação do regime da responsabilidade civil pública, mediante uma (segunda) cláusula geral (de responsabilidade das pessoas colectivas de direito público), específica desta matéria (e que vai mesmo para além da primeira, que é de natureza genérica), pelo que a referência às funções legislativa e jurisdicional deve ser considerada como meramente exemplificativa.

Mas, a norma em apreço (artigo 4º, nº 1, alínea g, do ETAF) — para além de estabelecer, em termos mais amplos, a unidade do contencioso da responsabilidade civil pública — consagra também (tanto isoladamente considerada, como em conjugação com as demais disposições), de forma inequívoca, a competência da jurisdição administrativa para «apreciar todas as questões de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, independentemente da questão de saber se essa responsabilidade emerge de uma *actuação de gestão pública* ou de uma *actuação de gestão privada*: a distinção deixa de ser relevante, para o efeito de

[14] Neste sentido, vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Código de P. nos T. A. e E. dos T. A. e F. A.», cit., v. I, p. 60.

rpgmjf.indd 69 04/11/2011 12:32:38

determinar a jurisdição competente, que passa a ser, em qualquer caso, a jurisdição administrativa» (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / DIOGO FREITAS DO AMARAL).[15] [16]

Assim se pondo termo a um dos "traumas" mais antigos e profundos do Contencioso Administrativo, ao superar a indesejável dualidade de jurisdições mediante a unificação do regime contencioso da responsabilidade administrativa, que passa agora a ser sempre da competência dos tribunais administrativos. Apesar de, mesmo abandonada a dualidade de jurisdições, não desaparecer, no entanto, a dualidade de regimes jurídicos, uma vez que a ausência de um "outro" diploma regulador da responsabilidade civil pública (até à Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro), faz com que continue a ser necessário, para a determinação do regime jurídico (substantivo) aplicável, saber se se está perante uma actuação de gestão pública ou de gestão privada (seja lá o que isso for!...).

Os "velhos traumas", contudo, mesmo quando superados, deixam muitas vezes as suas "marcas" em "actos falhados", ou outros comportamentos inconscientes. Pelo que não surpreende o surgimento de problemas de interpretação, como o de saber se a unificação contenciosa estabelecida na norma em apreço (artigo 4º, nº 1, alínea g, do ETAF) não deve ser interpretada restritivamente, quando está em causa a responsabilidade civil no âmbito da função administrativa (e se tratar de um acto dito de "gestão privada"). Sucede que a previsão da norma se refere às «questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público», enquanto que a versão anterior da mesma disposição fazia referência, sem mais, à «responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público».[17] E logo houve quem — na jurisprudência ou na doutrina — quisesse ver na "letra da

[15] M. AROSO DE ALMEIDA / D. FREITAS DO AMARAL, «Grandes Linhas da R. do C. A.», cit., p. 36.

[16] Menos afirmativa, a posição de VIEIRA DE ANDRADE que, sem pôr em causa que, «à primeira vista, não haverá qualquer razão para duvidar de que os tribunais administrativos passaram a ser competentes para conhecer da responsabilidade das pessoas colectivas públicas por actos de gestão privada», contudo, depois de enunciar alguns argumentos pró e contra essa solução, acaba por entender «que há-de ser a jurisprudência a determinar em que medida houve ou não alargamento, designadamente enquanto se mantiver a diferença de regimes substantivos de responsabilidade civil em função do carácter público ou privado da actuação administrativa danosa» (VIEIRA DE ANDRADE, «A Justiça A.», cit., p. 124, 125 e 126).

[17] O texto completo da versão originária do artigo 4º, nº 1, alínea g, do ETAF) determinava a competência da jurisdição administrativa para a «responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo por danos resultantes do exercício da função política e legislativa, nos termos da lei, bem como a resultante do funcionamento da administração da justiça». Enquanto que, agora, a nova versão (completa) da mesma disposição se refere às «questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo a resultante do exercício da função jurisdicional e da função legislativa».

rpgmjf.indd 70 04/11/2011 12:32:38

lei", ou no argumento "histórico", "habilitação bastante" para fazer uma leitura restritiva da referida unidade jurisdicional e para reintroduzir — ainda que de forma limitada — a relevância da distinção gestão pública / gestão privada — pouco se preocupando com o facto de outra ter sido a intenção do legislador expressa na exposição de motivos (da proposta de lei),[18] ou de outro ser o espírito do sistema, ou ainda de outro ser o resultado da interpretação sistemática...

A questão surgiu, uma vez mais, a propósito dos acidentes — pobre Agnès Blanco, que nunca mais ganhas o merecido sossego! — (mas) de viação — os mesmos que, antes da reforma, constituíam um "exemplo de escola" da ilogicidade dos critérios de distinção entre gestão publica e gestão privada, e da injustiça da respectiva utilização como critério de determinação da competência do juiz.[19] E a interpretação literalista de certa jurisprudência (buscando uma justificação "nova" para uma solução "velha") veio colocar a questão de saber se a expressão "haja lugar a responsabilidade das pessoas colectivas públicas" (em vez da referência, sem mais, à "responsabilidade" daquelas) não quereria dizer que a competência da jurisdição administrativa apenas existiria nos casos em que as entidades públicas ocupassem a posição de rés, mas não quando tivessem assumido o papel de autoras (tanto originária como supervenientemente). O que significava, nos referidos casos dos acidentes de viação, que só quando os lesados exigissem uma indemnização da Administração, configurando a entidade em causa como ré, é que seriam competentes os tribunais administrativos, mas não assim quando fosse a Administração a demandar os particulares ou uma entidade seguradora, ou até mesmo quando, numa acção iniciada contra uma entidade administrativa, esta contestasse mediante a apresentação de um pedido reconvencional, casos em que a competência seria (continuaria a ser) dos tribunais judiciais.

Ora, uma tal solução parece-me manifestamente contrária ao regime consagrado pelo Código, e isto por três ordens de razões principais:

1. se a cláusula, ou o critério geral de determinação da jurisdição competente é o da natureza da relação (como resulta do artigo 212º, nº 3, da Constituição e do artigo 1º, nº 1, do ETAF), sendo as situações identificadas no artigo 4º meramente exemplificativas,

[18] Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei do ETAF, «a jurisdição administrativa passa, assim, a ser competente para a apreciação de todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, independentemente da questão de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou de direito privado» (vide MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Reforma do C. A.», cit., v. III, p. 14 e 15)

[19] Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Responsabilidade A. em M. de A.», cit., in «Ventos de M. no C. A.», cit., p. 19 e ss. (mx. p. 26 e 27).

rpgmjf.indd 71 04/11/2011 12:32:38

> então como é que uma só — e a mesma — relação jurídica pode ser simultaneamente qualificada como administrativa e não administrativa, para efeitos contenciosos, consoante a posição ocupada pela entidade pública seja a de ré ou a de autora? Ou — pior ainda — como é que um litígio administrativo, em que o particular intentou uma acção administrativa contra uma autoridade pública, perante um tribunal administrativo, perde tal qualificação, passando para a órbita dos tribunais judiciais, se a Administração vier a deduzir posteriormente um pedido reconvencional? Uma tal solução seria não só manifestamente ilógica — pois, quer o pedido seja dirigido contra a Administração, quer contra os privados, quer ainda venha a surgir reciprocidade de pedidos, a natureza da relação jurídica é sempre a mesma —, como ilegal, por contrariar os critérios de determinação da jurisdição competente, introduzidos pela reforma do Contencioso Administrativo — que consagram a natureza da relação jurídica como critério geral (e aberto) de determinação da jurisdição competente, bem como a unidade jurisdicional no domínio da responsabilidade civil administrativa. O que afasta liminarmente a possibilidade do mesmo litígio, referente à mesma relação jurídica, poder ser da competência tanto dos tribunais administrativos como dos judiciais.

Nem se diga que o acto danoso, mesmo que integrado na função administrativa, por ser de gestão privada, ou de direito privado, não seria suficiente para qualificar a relação jurídica em que se integra como administrativa.[20] Pois, tratando-se de uma actuação de natureza técnica, como é a actividade do condutor, não faz sentido qualificá-la como de gestão pública ou privada, pois não está em causa o exercício de qualquer pretenso poder, da mesma maneira como não pode ser qualificada como

[20] Neste sentido, ainda que dubitativamente, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, escrevem que «a nossa única dúvida é se, não estando esse preceito legal limitado aos danos provocados por um acto de direito privado praticado no quadro de actividades funcionalmente administrativas, não deveria estabelecer-se aqui outros limites, parecendo exagerado que os tribunais administrativos passem agora a conhecer da responsabilidade, por exemplo, por acidentes de viação» (MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Código de P. nos T. A. e E. dos T. A. e F. A.», cit., v. I, p. 59).

rpgmjf.indd 72 04/11/2011 12:32:38

de direito público ou privado, por não possuir natureza jurídica.[21] [22] Do ponto de vista da actuação administrativa, do que se trata é, pois, de uma actuação técnica ou informal, que se integra no exercício da função administrativa, pelo que, administrativa é também a relação jurídica em que se insere — e administrativa deve, por isso, ser a jurisdição competente para o julgamento do litígio que venha a ter lugar, independentemente da posição processual ocupada, na acção em causa, pela autoridade pública.

Mas, mesmo admitindo sem conceder, que a actuação em si mesma não era administrativa, nomeadamente por ser de gestão privada, ainda se deveria entender que a respectiva ligação ao exercício da função administrativa "transformaria" — qual "toque de Midas" — a relação jurídica em causa, tornando-a administrativa, em virtude da existência de outros "elementos de conexão" (como estar em causa a actuação de um sujeito público, no caso do acidente de viação, provocado pelo motorista, no desempenho da sua tarefa ao serviço da Administração, mas poderia tratar-se, em casos diferentes, de qualquer outro "índice de qualificação", designadamente a prossecução de fins de interesse público) que conduziriam a esse resultado. Já que a noção de relação jurídica administrativa, consagrada no nosso ordenamento jurídico, em razão dos múltiplos "índices de qualificação" utilizados, é suficientemente aberta e flexível para admitir vários níveis ou graus quanto às suas próprias natureza e características.

Assim, de acordo com o critério consagrado pelo nosso ordenamento jurídico, todo o contencioso da responsabilidade civil administrativa (e não apenas o que corresponderia ao desempenho de tarefas essenciais, mas incluíndo também as tarefas complementares ou auxiliares de realização da função administrativa), sem fazer qualquer distinção entre uma suposta actuação de gestão pública ou de gestão privada, seria sempre da competência da jurisdição administrativa. O que poderia até ser representado graficamente através de círculos concêntricos, uns mais próximos, outros mais distantes (como seria o caso dos nossos acidentes de viação) do "núcleo" central dos litígios em matéria de responsabilidade civil

[21] Muito sugestivo, a este título, é o exemplo referido por FABER da actuação "técnica" de um controlador aéreo, instalado numa torre de controlo, o qual, ao indicar a um avião qual a altitude aconselhada, «bem pode estar a praticar um acto administrativo, mas o comandante do avião não seria de todo capaz de entender essa linguagem». Pois o que releva, nesse caso, é antes «a comunicação de uma informação e uma garantia de segurança (a segurança de voo garantida pela ausência de perigo se ele seguir a altitude de voo indicada)» (FABER, «Vorbemerkungen zu einer T. des V. in der N. G.», in «Auf einem Dritten W.— F. fuer H. R. zum s. G.», cit., p. 291).

[22] Para um maior desenvolvimento da questão, vide VASCO PEREIRA DA SILVA «Responsabilidade A. em M. de A.», cit., in «Ventos de M. no C. A.», cit., p. 19 e ss. (mx. p. 26 e ss.).

rpgmjf.indd 73 04/11/2011 12:32:38

administrativa, mas todos correspondentes a relações jurídicas objecto da jurisdição administrativa;

2. o suposto argumento, segundo o qual resultaria da letra da lei que só seriam de qualificar como administrativos os litígios dirigidos contra a Administração, pois só esses é que corresponderiam à expressão "haja lugar a responsabilidade das pessoas colectivas públicas", não faz qualquer sentido. Desde logo, é equívoco, mesmo da perspectiva da simples análise literal, pois não só a expressão "haja lugar" é pouco rigorosa (não tendo necessariamente o sentido exacto pretendido, de implicar que se trata apenas de litígios em que a Administração seja ré), como também a globalidade da fórmula empregue ("questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil das pessoas colectivas públicas") se presta a várias interpretações, designadamente a de se poder considerar, antes, que o legislador se refere às "questões" em que "ocorre", ou a que seja aplicável, o regime ("nos termos da lei") da responsabilidade civil pública (já que a referência às "pessoas colectivas públicas" se destina também a identificar o regime jurídico da responsabilidade civil administrativa, em razão da matéria e não em função do "estatuto" da pessoa pública, uma vez que ele é aplicável, como se refere na alínea i, tanto a sujeitos públicos como privados).

Mais importante ainda. Mesmo admitindo sem conceder que, da análise literal de expressões desgarradas do preceito, resultava o sentido unívoco pretendido — o que, como se demonstrou, não é o caso —, qual poderia ser, então, a sua relevância, quando a interpretação global da norma (assim como das demais que regulam o contencioso da responsabilidade civil) aponta de forma inequívoca para a consagração de um regime de unidade jurisdicional do contencioso da função administrativa, afastando a velha dicotomia gestão pública / gestão privada? Ainda mais quando, de acordo com as boas regras de interpretação, deverá presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e se exprimiu da forma mais adequada... Pelo que, considerando que o legislador instaurou um sistema de unidade jurisdicional em matéria de responsabilidade civil administrativa, que afasta a relevância processual da anterior distinção entre gestão pública e gestão privada — que é um resultado interpretativo pacifica e unanimemente aceite —, forçoso é, então, concluir — tanto

rpgmjf.indd 74 04/11/2011 12:32:38

em virtude da análise literal como da sistemática — pela aplicação desse regime a todo o universo da responsabilidade civil no âmbito da função administrativa e, designadamente, a relações como a dos referidos acidentes de viação, e não o contrário.

Por último, falar de um argumento "histórico", baseado apenas numa variação "equívoca" da letra do preceito, pretendendo atribuir-lhe um sentido que não encontra qualquer fundamento nos trabalhos preparatórios e que, pelo contrário, até os contradiz (vide a já referida declaração de motivos da proposta de lei), pois o que se conhece desses documentos é, precisamente, a intenção expressa de instauração de um regime de unidade jurisdicional para o contencioso da responsabilidade civil administrativa, é um absurdo. Ironizando, quase que se poderia dizer que a referida interpretação não só não encontra qualquer apoio no elemento histórico, como aquilo que procura fazer é "reconstruir a história", procurando uma "nova" justificação para continuar a seguir a solução do direito anterior, mesmo apesar de manifestamente desconforme com o novo regime instituído pela reforma;

3. o facto de se qualificar como administrativa uma relação jurídica, em que é a Administração que apresenta um pedido dirigido contra um particular, e não o contrário, não só não é algo tão extraordinário, que possa pôr em causa a natureza da relação controvertida, como também corresponde mesmo a uma solução que o legislador entendeu consagrar, tanto para o domínio da responsabilidade civil administrativa, como para outras situações similares.

Na verdade, na nossa ordem jurídica, no que respeita à responsabilidade civil pública, para além do caso (que originou estes considerandos) dos referidos acidentes de viação, existe uma outra situação em que a lei tanto estabelece a aplicabilidade do direito da responsabilidade civil administrativa também à actuação de sujeitos privados, como prevê a possibilidade de as relações administrativas, daí decorrentes, virem a dar origem a litígios, originando processos em que sejam esses mesmo particulares (e já não as entidades administrativas) a ocupar a posição de réus (como decorre da alínea i, do nº 1, do artigo 4º do ETAF). Por outro lado, fora do domínio da responsabilidade civil pública, o Código de Processo prevê, a vários títulos, a possibilidade de existirem processos em que sejam os particulares a ser demandados através de uma acção administrativa, que tanto pode ser intentada por uma autoridade

rpgmjf.indd 75 04/11/2011 12:32:38

administrativa, como por outro particular — tal é, nomeadamente, o caso da modalidade de acção comum prevista no nº 3, do artigo 37º do CPTA (e de que anteriormente se tratou).

Daí, que não faça qualquer sentido pretender colocar fora do âmbito da jurisdição administrativa, aqueles litígios, como o dos acidentes de viação, que devem ser considerados administrativos para o efeito da determinação do tribunal competente (nos termos dos artigos 1º e 4º do ETAF), só porque, naquele processo, o pedido foi dirigido contra o particular e não contra uma autoridade administrativa, ou — pior ainda — porque, tendo sido o pedido apresentado contra uma entidade administrativa, esta ripostou mediante um pedido reconvencional. Antes, a posição ocupada pelos sujeitos processuais, independentemente de se tratar de um particular ou de uma autoridade administrativa, em nada afecta a natureza da relação jurídica controvertida, nomeadamente para o efeito da determinação do tribunal competente.

Voltando à interpretação das disposições relativas à responsabilidade civil pública, a alínea h, do nº 1, do artigo 4º, do ETAF, atribui à jurisdição administrativa a competência de julgamento dos litígios em matéria de «responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos». Trata-se de uma norma que completa a previsão da alínea g, do nº 1, do mesmo artigo, referente à responsabilidade civil por comportamentos imputáveis ao Estado e a outras pessoas colectivas públicas, também relativamente às actuações de titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos. Daí resultando a competência da jurisdição administrativa relativamente à globalidade do contencioso da responsabilidade civil pública, pondo termo à indesejável dualidade de jurisdições antes existente.

Por último, atribui-se à jurisdição administrativa o julgamento dos litígios no domínio da «responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados, aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público» (artigo 4º, nº 1, alínea i). Tal significa alargar o regime da responsabilidade civil pública não só aos casos de Administração pública sob forma privada, resultantes da "fuga para o direito privado"[23] (até porque esses, em última análise, poderiam mesmo ser considerados como integrando a Administração

[23] MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A Fuga para o D. P. – C. para o E. da A. de D. P. da A. P.», cit.

rpgmjf.indd 76 04/11/2011 12:32:38

pública, tanto em sentido material como orgânico),[24] como sobretudo àqueles em que entidades privadas colaboram com a Administração pública no exercício da função administrativa. Verificando-se, aqui, um alargamento do âmbito da jurisdição administrativa — o qual, diga-se de passagem, é vivamente de saudar, até por ir ao encontro das mais recentes transformações da moderna Administração Infra-estrutural —, que decorre da substituição de critérios de "poder" por critérios "teleológicos", passando agora a haver um regime jurídico unificado da responsabilidade civil pública, aplicável sempre que esteja em causa o exercício da função administrativa (independentemente da natureza jurídica dos sujeitos causadores do dano).

Relativamente a esta disposição legislativa, tem-se discutido o problema de saber se ela é ou não imediatamente aplicável. Por um lado, Mário Aroso de Almeida e Diogo Freitas do Amaral entendem que, «na ausência de disposições de direito substantivo que prevejam a aplicação do regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público a entidades privadas, parece que a previsão do artigo 4º, nº 1, do ETAF, permanecerá sem alcance prático: os tribunais administrativos não serão competentes para apreciar a responsabilidade de entidades privadas por não haver norma que submeta essas entidades ao regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas».[25] Por outro lado, Vieira de Andrade admite que, «em coerência com a alínea d), talvez se deva presumir a aplicabilidade do regime substantivo de direito público, pelo menos relativamente à responsabilidade por exercício de poderes públicos por concessionários (por exemplo, concessões translativas, de serviços públicos ou de obras públicas) e por entes privados de mão pública (por exemplo, as administrações portuárias)».[26]

Pela minha parte, concordo com esta última posição, tanto em razão do critério geral e "aberto" das relações jurídicas administrativas (artigo 1º, nº 1, do ETAF), como em função das normas que o concretizam, a título meramente exemplificativo, quer no que respeita ao alargamento da jurisdição administrativa aos litígios decorrentes da actuação dos

[24] Vide neste sentido MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A Fuga para o D. P. – C. para o E. da A. de D. P. da A. P.», Almedina, Coimbra, 1999; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. A.», cit., p. 118 e 119; JOÃO CAUPERS, «Introdução ao D. A.», cit., p. 91 e ss.

[25] M. AROSO DE ALMEIDA / D. FREITAS DO AMARAL, «Grandes Linhas da R. do C. A.», cit., p. 38 e 39.

[26] VIEIRA DE ANDRADE, «A Justiça A. (L.)», cit., p. 125, nota 189. Esta posição parece merecer também a concordância (ainda que expressa de forma muito dubitativa) de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Código de P. nos T. A. e E. dos T. A. e F. A.», cit., v. I, p. 61.

rpgmjf.indd 77 04/11/2011 12:32:38

particulares que colaboram no exercício da função administrativa (artigo 4º, nº 1, alínea d)), quer no que se refere ao contencioso da responsabilidade civil administrativa (artigo 4º, nº 1, alíneas g), h), i)). Pois, os "sujeitos privados, aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade" civil administrativa (como se refere na alínea i, do referido artigo), são precisamente aqueles que auxiliam a Administração na prossecução da função administrativa (como é típico do actual modelo de Estado Regulador e Infra-estrutural) — seja a título transitório, nomeadamente em razão de um contrato de concessão, seja a título definitivo, quando esteja em causa uma instituição particular de interesse público —, no quadro de relações jurídicas qualificadas como administrativas para efeitos contenciosos (nos termos da alínea d), do mesmo artigo). Daí que, a meu ver, para a aplicação imediata do regime contencioso da responsabilidade civil administrativa aos particulares, que colaboram no exercício da função administrativa, não sejam necessárias quaisquer outras disposições legislativas, que não as já referidas (artigos 1º, nº 1, e 4º, nº 1, alíneas g), h), i) do ETAF). Ainda que se subscrevessem, em parte, as preocupações e os anseios daqueles que defendiam a necessidade de uma boa lei (substantiva) da responsabilidade civil pública (mesmo se não depende dela a imediata aplicação do regime contencioso), de modo a compatibilizar o direito material da responsabilidade civil extracontratual da função administrativa com as novas opções processuais tomadas pelo legislador da reforma (e que são, desde logo, aplicáveis).

Já no que respeita à delimitação negativa do âmbito da jurisdição, a unificação do contencioso da responsabilidade civil pública parece não ter sido realizada da maneira mais adequada. Pois, ao não ter levado essa unificação até às últimas consequências, o legislador acabou por admitir certas situações em que se continua a verificar a dualidade de jurisdições, mesmo que de carácter muito limitado. Isso resulta, desde logo, do afastamento da jurisdição administrativa da «apreciação das acções de responsabilidade por erro judiciário cometido por tribunais pertencentes a outras ordens de jurisdição, bem como das correspondentes acções de regresso» (artigo 4º, nº 3, alínea a), do ETAF).

De facto, se bem se compreende que o julgamento das questões da existência ou não de erro judiciário caiba à jurisdição no âmbito da qual a sentença foi emitida (em razão da especialidade de matérias, que constitui o principal fundamento da instituição de jurisdições separadas), já o

rpgmjf.indd 78 04/11/2011 12:32:38

mesmo não procede quanto à questão do julgamento da responsabilidade civil por erro judiciário, que é diferente da anterior (ainda que dela dependente). Pois, uma coisa é apurar se houve ou não erro judiciário — o que deveria ser matéria da jurisdição de onde provém a sentença contestada —, outra coisa diferente é saber se, tendo este ocorrido, deve ou não haver lugar à responsabilidade civil extracontratual do tribunal (ou, melhor, do Estado em que este se integra), ou do(s) juiz(es), pela decisão que foi tomada — e isso deveria ser sempre da competência dos tribunais administrativos, a quem se quis atribuir a globalidade dos litígios em matéria de responsabilidade civil pública. Tal como está, a norma em apreço remete tanto a decisão acerca do erro judiciário, como a da responsabilidade, para a jurisdição de onde provém a sentença contestada, o que cria uma indesejável — mesmo se limitada — dualidade de jurisdições no contencioso da responsabilidade civil pública.[27]

Em síntese, de todas as inovações referidas resulta, muito claramente, a intenção do legislador da reforma do Contencioso Administrativo no sentido do alargamento do âmbito da jurisdição administrativa e da uniformização do regime jurídico da responsabilidade civil pública. Mas (pelo menos até à nova lei de responsabilidade civil Pública — v. infra), apesar de abandonada a dualidade de jurisdições, não desaparecera, no entanto, a dualidade de regimes jurídicos, dada a ausência de um diploma regulador da responsabilidade civil pública "conforme ao processo". O que conduzia ao resultado paradoxal de continuar a ser necessário, para a determinação do regime jurídico (substantivo) aplicável, saber se se estava perante uma actuação de gestão pública ou de gestão privada (seja lá o que isso for!...).

Assim, no que se refere à responsabilidade civil administrativa, por um lado, o afastamento da dualidade de jurisdições vai obviar a muitos dos inconvenientes, decorrentes das dúvidas e dos conflitos relativos à competência dos tribunais, que anteriormente se verificavam — os quais,

[27] Mas, iguais críticas poderiam ser dirigidas — ainda que não se trate de matéria que diga, exclusivamente, respeito à responsabilidade civil pública — a outras disposições de delimitação negativa do âmbito da jurisdição administrativa, nomeadamente, que afastam do contencioso administrativo o julgamento de actos materialmente administrativos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ou do Conselho Superior da Magistratura e do respectivo Presidente (vide as alíneas b), c), do nº 3, do referido artigo 4º do ETAF); ou que fazem "ressurgir" algumas situações (sempre) injustificáveis (numa democracia e num Estado de Direito) de "privilégio de foro" (vide o artigo 24º, nº 1, alínea f, do E.T.A.F., que reserva para a Secção de Contencioso do Supremo Tribunal Administrativo, certas acções do contencioso da responsabilidade civil pública propostas contra magistrados do Ministério Público e juízes do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Central Administrativo).

rpgmjf.indd 79 04/11/2011 12:32:38

diga-se em abono da verdade, constituíam a consequência mais gravosa, do ponto de vista da tutela dos direitos dos particulares, do sistema antes vigente. Mas, por outro lado, a subsistência da dualidade de regimes jurídicos (substantivos) no domínio da responsabilidade administrativa — que já antes era ilógica — deixava de fazer qualquer sentido, não apenas pela (antes) referida ausência de critério de distinção entre gestão pública e gestão privada, como também pela inadequação material do regime aplicável. Já que tanto o regime jurídico da responsabilidade civil da Administração Pública, relativo aos denominados actos de gestão pública (constante do D.L. nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967, vigente até ao surgimento da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro), como o aplicável aos denominados actos de gestão privada (constante do Código Civil, aprovado pelo D.L. nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966), que datavam da década de 60, eram anteriores às mudanças jurídicas introduzidas pela Constituição e pela União Europeia, pelo que não eram mais adequados (mesmo admitindo que o possam ter sido anteriormente, e não obstante a sua indiscutível qualidade técnica) às actuais realidades do universo da responsabilidade civil pública (ou privada).

Na verdade, de há muito que os administrativistas vinham chamando a atenção, quer para a necessidade de compatibilizar o diploma regulador da responsabilidade civil extracontratual por actos de gestão pública (D.L. 48 051, de 21 de Novembro de 1967)[28] com as disposições constitucionais

[28] Muito discutida era, nomeadamente, a questão de saber se a responsabilidade solidária do Estado e das demais entidades públicas com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, estabelecida no artigo 22º da Constituição, determinava ou não a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º, nos. 1 e 2, do D.L. Nº 48 051, de 21/11/1967. Dando prevalência às opções da lei fundamental sobre as soluções legislativas, pronunciavam-se no sentido da inconstitucionalidade: GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, «Constituição da República Portuguesa Anotada», 3.ª edição, Coimbra Editora, 1993, p. 122 e seguintes; RUI MEDEIROS, «Ensaio sobre a R. C. do E. por A. L.», cit., p. 92 e ss.; «Acções de R. – E. do R. J. e C. para uma R.», cit., p. 37 e ss.; RUI MEDEIROS, «Anotação ao artigo 22º da Constituição», in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, «Constituição Portuguesa Anotada», tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 209 e seguintes (maxime p. 214 e 215); PAULO OTERO, «Responsabilidade Civil Pessoal dos Titulares dos Órgãos, Funcionários e Agentes da Administração do Estado», in in J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ / A. CALONGE VELÁZQUEZ, «La Responsabilidad P. de los P. P.», cit., p. 489 e ss. (mx. p. 494 e ss.); JORGE MIRANDA, «A Constituição e a Responsabilidade Civil do Estado», in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares», Coimbra Editora, 2001, Coimbra, p. 927 e ss.; FREITAS DO AMARAL, «Intervenção (no "Colóquio sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado")», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit., p. 43 e ss. (mx. p. 46); FAUSTO DE QUADROS, «Intervenção (no "Colóquio sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado")», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 53 e ss.; CARLOS CADILHA, «Responsabilidade da Administração Pública», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 235 e ss.

Em sentido contrário, dando prevalência às soluções do legislador ordinário sobre as opções constitucionais, consideravam não existir inconstitucionalidade: VIEIRA DE ANDRADE, «Panorama Geral do Direito da "Responsabilidade Civil" da Administração Pública em Portugal», in J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ / A. CALONGE VELÁZQUEZ, «La Responsabilidad P. de los P. P.», cit., p. 39 e ss. (maxime p. 52 e ss.); SINDE MONTEIRO, «Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica», in «Direito da Saúde e Bioética», Lex, Lisboa, 1991, p. 133 e seguintes; MARGARIDA CORTEZ, «Contributo para uma Reforma da Lei de Responsabilidade Civil

rpgmjf.indd 80 04/11/2011 12:32:38

(artigos 22º e 271º da Constituição), quer para a necessidade de colmatar os défices de regulação material das respectivas normas, designadamente no que respeita ao tratamento de questões como a culpa de serviço, a responsabilidade solidária e o direito de regresso, o concurso de culpas, a compatibilização da acção de responsabilidade civil com outros meios processuais declarativos e executivos do contencioso administrativo, entre tantos outros.[29]

Mas o mesmo vale para o regime da responsabilidade civil por actos de gestão privada. Em primeiro lugar, mesmo no que respeita às próprias relações jurídico-privadas, o regime da responsabilidade civil extracontratual parece necessitar de ser repensado e "reconstruído" em função das novas realidades sociais e jurídicas. Basta observar que a maior parte das regras jurídicas relativas à responsabilidade civil não se encontra mais contida no Código Civil, mas fora dele, em numerosos diplomas avulsos — tal é, designadamente e sem qualquer pretensão de exaustividade, o caso de matérias como a dos seguros, da circulação automóvel, do ambiente, da qualidade dos produtos e da certificação de empresas, das viagens e do turismo, da construção civil, dos elevadores,

---

da Administração», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 257 e ss. (mx. p. 259); JOÃO CAUPERS, «Os Malefícios do Tabaco», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 46, Julho / Agosto, 2004, p. 3 e seguintes. Esta última orientação no sentido da não inconstitucionalidade dos referidos preceitos da Lei da Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Públicas que, de resto, tendia já a ser maioritária na jurisprudência administrativa, foi depois sufragada pelo Tribunal Constitucional (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 236 / 2004, de 13 / 4 / 2004).

Ora, independentemente da minha posição ser favorável à tese da inconstitucionalidade (vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente», Principia, Lisboa, 1997; «"Era uma vez..." O C. da R. C. P.», cit., in «Cadernos de J. A.», cit., nº 40, p. 60 e ss.) — e na impossibilidade de fazer aqui uma discussão mais aprofundada da questão, por ser do foro substantivo —, creio, no entanto, que era indiscutível a necessidade de conjugação articulada das normas constitucionais com as normas ordinárias da responsabilidade civil pública. E isto tanto da perspectiva daqueles que, defendendo a inconstitucionalidade das normas em questão, desejavam que o legislador procedesse à sua substituição, como do ponto de vista daqueles que, considerando não se verificar tal inconstitucionalidade, não obstante, se confrontavam com delicados problemas de interpretação, que gostariam de ver resolvidos pela via legislativa. Tanto mais que a necessidade de harmonização das disposições constitucionais com as da legislação ordinária não se colocava apenas em face das referidas disposições, mas se poderia equacionar também em face de outros preceitos do D.L. nº 48 051, nomeadamente do artigo 3º (o problema da solidariedade, em caso de acto que excede os limites das funções), ou em face do artigo 7º (em razão da subalternização da responsabilidade à impugnação, quando se trata de direitos fundamentais autónomos).

[29] Neste sentido, vide por todos RUI MEDEIROS, «Ensaio sobre a R. C. do E. por A. L.», cit., p. 92 e ss.; «Acções de R. – E. do R. J. e C. para uma R.», cit., p. 37 e ss; «Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Ensinar e Investigar», Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas», Conselho Económico e Social, Lisboa, 1997; FREITAS DO AMARAL, «Intervenção (no "C. sobre a R. C. E. do E.")»,cit., in «Responsabilidade C. E. do E.», cit., p. 43 e ss.; FAUSTO DE QUADROS (coorden.), «Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública», 2:ª edição, Almedina, Coimbra, 2004; «Intervenção (no "C. sobre a R. C. E. do E.")», cit., in «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 53 e ss.; CARLOS CADILHA, «Responsabilidade da A. P.», cit., in «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 235 e ss; MARGARIDA CORTEZ, «Contributo para uma R. da L. de R. C. da A.», cit., in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 257 e ss. (mx. p. 259)

rpgmjf.indd 81 04/11/2011 12:32:38

do gás, das embarcações de recreio, dos explosivos, da mediação imobiliária, da actividade médica, dos produtos defeituosos, das empresas de segurança, dos transportes... É tal a quantidade de matérias novas, mas também (e, sobretudo) de novos princípios e de regras jurídicas, que se encontram reguladas "fora" do Código Civil, que se torna legítimo questionar se este ainda regula o regime geral da responsabilidade civil, constando os regimes especiais de diplomas avulsos, ou se, pelo contrário, não se tornou ele próprio em "mais um" regime "especial"?

Não é, por isso, de admirar que, em resultado de todas as transformações que se têm verificado ao nível do direito da responsabilidade civil extracontratual, seja cada vez mais sentida a necessidade de reconstruir a parte geral e de reorganizar as partes especiais deste domínio jurídico, da mesma forma como se verifica uma tendência para o surgimento de iniciativas de reforma do direito privado nesta matéria (integradas ou não em projectos de reforma legislativa, mais amplos), tanto à escala nacional como europeia (vide, designadamente, as recentes tentativas de criação de um direito europeu da responsabilidade civil, ou dos contratos,[30] ou o anunciado projecto de reforma do Código Civil português). Daí a minha estranheza perante as resistências que certos sectores da doutrina civilística portuguesa têm vindo a manifestar quanto à necessidade de reforma do regime da responsabilidade civil ou, mais amplamente, do Código Civil, que são dificilmente compreensíveis — pelo menos, da perspectiva da doutrina administrativista que, de há muito, clama pela necessidade de mudança do regime da responsabilidade civil da Administração. Como se fosse possível, perdoe-se-me a ironia, fazer "parar (a aplicação de) as leis no tempo", e se pretendesse resolver, sem mais, os actuais problemas de responsabilidade civil automóvel, aérea, ou mesmo espacial, com base nas disposições aplicáveis às "quadrigas", no Direito Romano...

Em segundo lugar, as regras do direito privado da responsabilidade civil são totalmente inadequadas para o domínio das relações jurídicas administrativas, já que delas muitas vezes não consta, ou só consta de forma muito deficiente, o tratamento de questões que são essenciais do ponto de vista jurídico-público, como é, designadamente, o caso das especificidades da responsabilidade das pessoas colectivas públicas, ou da

[30] Sobre as mais recentes evoluções no Direito Europeu dos Contratos vide a «Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho — Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos — Plano de Acção» (2003 / C 63 / 01), in «Jornal Oficial da União Europeia», de 15.3.2003.

rpgmjf.indd 82 04/11/2011 12:32:38

chamada "culpa de serviço", ou da lógica tendencialmente mais objectiva da responsabilidade civil pública, seja pelo risco, seja (sobretudo) pelo sacrifício ou por actos lícitos. Daqui resultando que não apenas não é justificável a distinção entre gestão pública e gestão privada, como também a própria remissão para o direito privado significa a aplicação de um regime jurídico de responsabilidade civil que não tem em conta a realidade das relações jurídico-administrativas (como o são, indiscutivelmente, as respeitantes à responsabilidade ocasionada por actos ditos de gestão privada, que ocorrem no exercício da função administrativa) e que só muito dificilmente é compatibilizável com a natureza e função daquelas.

Por tudo isto, em minha opinião, pelo menos até 2008 (mas veremos, já de seguida, como as coisas se colocam, hoje em dia), ainda era "tempo de reforma" legislativa neste domínio. E o caminho a seguir, entre nós, *de iure condendo*, não deveria passar somente pela elaboração de uma lei da responsabilidade civil pública, aplicável a todo o universo das relações jurídico-públicas — ou seja, reguladora da responsabilidade civil relativa a todas as funções estaduais (política, legislativa, administrativa e judicial) e, nomeadamente, no que respeita à administração, criadora de um regime de responsabilidade de todos os comportamentos de sujeitos públicos e particulares no exercício da função administrativa —, como também pelo aproveitamento da "oportunidade" (criada pela necessidade de "completar" a reforma do Contencioso Administrativo) para repensar todo o regime geral da responsabilidade civil, mediante a reformulação das regras de Direito Civil a aplicar à globalidade das relações jurídico-privadas.

«É uma vez...

É uma vez, uma menina chamada Maria... Inês... Rita... um menino chamado João... Pedro.... Manuel...

Os pais da criança começaram por se dirigir aos tribunais judiciais, pedindo uma indemnização pela actuação administrativa danosa, mas estes não conheceram do seu pedido, alegando falta de competência, por se tratar da Administração. Os pais da criança dirigiram-se, então, ao tribunal administrativo, que se declarou competente para conhecer do litígio, embora tenha considerado existirem dúvidas quanto ao modo de interpretação correcta da repartição jurisdicional de competências efectuada pela reforma do Contencioso Administrativo.

Mas, logo de seguida, voltou a confusão. O tribunal não sabia muito bem como resolver o "imbróglio legislativo" de saber se devia aplicar o novo regime da

rpgmjf.indd 83 04/11/2011 12:32:38

responsabilidade civil administrativa, qualificando a situação como correspondente ao exercício de prerrogativas de poder público ou regulada por disposições ou princípios de poder público; ou, pelo contrário, se ainda poderia ser aplicado o regime de direito privado. Ao mesmo tempo, o juiz estava preocupado com a decisão a tomar, pois nunca se sabe quando é que ela poderia vir a, eventualmente, dar lugar a responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional. Pois, ele conhece as histórias que se contam acerca da possível responsabilização dos juízes, e até ouviu o sindicato falar na necessidade de seguro, pelo que, à cautela — ainda para mais, tratando-se de uma indemnização a pagar pelo Estado, ou seja por "todos nós", em contexto de crise económica —, talvez seja melhor não arriscar...

Coitadinha da Agnès, cuja história, para além dos profundos "traumas de infância" causados ao Direito Administrativo, não pára de encontrar mil e uma formas, de há séculos a esta parte, para se repetir!...

Ao fim de tantos anos e de várias tentativas goradas, surge finalmente o novo regime da responsabilidade civil pública (Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro). Não cabendo, aqui e agora, fazer uma análise detalhada do novo regime substantivo estabelecido, importa antes analisá-lo na perspectiva do Contencioso Administrativo.[31] E aquilo que, desde logo, se oferece dizer, é que ficou bastante aquém das expectativas...

Em primeiro lugar, o regime da responsabilidade civil pública aplica-se aos «danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa» (artigo 1º, nº 1), harmonizando-se assim o regime substantivo da responsabilidade civil de acordo com a prévia uniformização jurisdicional. Ora, uma tal solução — teoricamente correcta e conforme à reforma do contencioso administrativo — veio a revelar-se, na prática, dotada de "efeitos secundários" consideráveis, já que não só ela é responsável por todos os atrasos no surgimento do diploma como de quase todas as críticas que ele tem sofrido, como também pelo facto dela ter vindo a "desviar a discussão" da responsabilidade civil pública, que deixou de se ocupar com a função administrativa para passar a preocupar-se com a função jurisdicional.

Em segundo lugar, onde se pretendia um regime que acabasse de forma clara com a dualidade legislativa esquizofrénica, pondo termo

[31] Sobre a nova lei de responsabilidade civil administrativa, vide MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral», tomo III, D. Quixote, Lisboa, 2008; PEDRO MACHETE «A Responsabilidade da Administração por Facto Ilícito e as Novas Regras de Repartição do Ónus da Prova», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 69 (Maio/ Junho 2008), p. 30 e seguintes.

rpgmjf.indd 84 04/11/2011 12:32:38

à ilógica distinção entre gestão pública e gestão privada, que deixou de ter justificação em face da reforma do Contencioso Administrativo, o legislador trouxe a ambiguidade linguística. Pois, de acordo com o artigo 1º, nº 2, da Lei nº 67/ 2007, de 31 de Dezembro, «correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou regulado por disposições ou princípios de direito administrativo».

Isto, porque se é certo que se pode interpretar *cum grano salis* a expressão "actuação regulada por disposições ou princípios de direito administrativo", em termos amplos, fazendo-a corresponder a todo o universo da função administrativa, não é menos certo que a outra expressão utilizada, "prerrogativas de poder público" parece apontar para a necessidade de se proceder a distinções de regime dentro da função administrativa, permitindo à doutrina e jurisprudência fazer "ressuscitar" a antiga distinção entre "gestão pública" e "gestão privada", que se julgava definitivamente extinta.[32]

Em minha opinião, a forma correcta de interpretar a referida norma é a de considerar que ela põe termo a dicotomias legislativas, unificando todo o regime jurídico da função administrativa em matéria de responsabilidade civil. E isto, pelos seguintes argumentos:

a) a expressão, mais restrita, "prerrogativas de poder público" aparece em alternativa ("ou", é o termo utilizado pelo legislador) à outra, mais ampla, de "regulação por normas ou princípios de direito administrativo". O que significa que o regime da responsabilidade civil administrativa é aplicável tanto às actuações e omissões em que existam "poderes de autoridade" ou de "gestão pública" (seja lá o que for, que tais expressões signifiquem), como às demais, enquadráveis na função administrativa por serem reguladas por "normas ou princípios de direito administrativo", que devem incluir a, antes denominada, actuação de gestão privada;
b) a referência à regulação por "normas ou princípios de direito administrativo", apesar de equívoca, deve abranger as actuações (antes) ditas de gestão privada. Pois, o legislador não fala somente em normas mas também em princípios, e porque na nossa ordem jurídica «os princípios gerais da actividade administrativa

[32] Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «Direito Administrativo Geral – Responsabilidade Civil Administrativa», tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008.

rpgmjf.indd 85 04/11/2011 12:32:38

(...) e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada» (artigo 2º, nº 5, do Código de Procedimento Administrativo). O que significa que, por mais privado que seja qualificado o regime jurídico aplicável a uma actividade administrativa, ele não pode nunca corresponder a uma "fuga para o direito privado", pois àquela continuam a ser também sempre aplicáveis os princípios de Direito Administrativo;

c) o legislador pretendeu unificar todo o regime da responsabilidade civil correspondente ao exercício da função administrativa, independentemente da natureza da actividade ou do sujeito que a exerce. Isto mesmo resulta, quer dos nos. 3 e 4, do referido artigo 1º, da lei da responsabilidade civil pública (Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro), que considera serem as respectivas regras aplicáveis tanto aos «titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes do exercício» da função administrativa como «aos demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas»; quer do nº 5, do mesmo artigo que se aplica ainda à «responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares». Ou seja, o legislador adoptou um sentido amplo de função administrativa para efeitos de responsabilidade civil administrativa, que abrange actuações públicas e privadas, assim como entidades públicas e privadas.

Em suma, se teria sido preferível que o legislador da responsabilidade civil administrativa tivesse tido um pouco mais a "psicanálise em dia", usando expressões menos equívocas, nem por isso se pode deixar de considerar que ele consagrou a unidade legislativa neste domínio, alargando o respectivo âmbito de aplicação e superando definitivamente a dualidade "esquizofrénica" da gestão pública e da gestão privada. O que, de resto, está de acordo com as mudanças introduzidas pela reforma do Contencioso Administrativo, conduzindo também ao afastamento da dualidade de regimes jurídicos substantivos, cuja distinção não só carecia de lógica, como também levava à aplicação de regimes jurídicos inadequados à realidade social e jurídica dos nossos dias.

rpgmjf.indd 86 04/11/2011 12:32:38

Mas, em termos psicanalíticos, não apenas o legislador deveria ter sido mais categórico na afirmação de um regime jurídico comum da responsabilidade civil administrativa, como a dúvida ou a discussão acerca da globalidade do regime jurídico da responsabilidade civil pública pode pôr em causa a efectividade da regulação estabelecida. Além disso, perante a "tibieza" do legislador, mais necessária se torna ainda a intervenção da doutrina e da jurisprudência, assumindo "sem complexos" a necessidade de efectivação da responsabilidade administrativa como pilar basilar do Estado de Direito. Pois, só o estabelecimento de um regime de responsabilidade civil comum a todo o universo da função administrativa, elaborado de modo "conforme ao processo", significaria a capacidade do Direito Administrativo português de "interiorizar" a "moral da história" de Agnès Blanco, de forma a estar em condições de lidar com os "episódios traumáticos" da sua própria "infância difícil" e de os superar.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Vasco Pereira da. "É sempre a mesma cantiga": o contencioso da responsabilidade civil pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 61-87, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 87 04/11/2011 12:32:38

Estado mínimo x Estado máximo: o dilema

José dos Santos Carvalho Filho

Mestre em Direito (UFRJ). Professor da UFF (Univ. Federal Fluminense – Curso de Pós-Graduação). Professor da UCAM (Univ. Candido Mendes – Pós-Graduação). Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IBDA (Instituto Brasileiro de Direito Administrativo). Membro do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros).

Resumo: A definição do papel do Estado na sociedade não é questão que cuidadosa meditação possa identificar como fácil, sensível que é a fatores políticos, ideológicos, sociais, econômicos, geográficos, ambientais, costumeiros, históricos... A relação de convivência entre o Estado e a sociedade deve refletir na organização jurídica de cada Estado, como a soma contextual desses fatores. Sob aspecto histórico-sociológico, tal relação apresenta momentos de nenhuma ingerência daquele no âmbito dos interesses individuais — *Estado mínimo* —, assim como momentos de envolvimento interventivo e imperioso estatal na economia — *Estado máximo*. O Estado contemporâneo, com movimentos pendulares, busca o equilíbrio entre essas duas linhas extremadas, no afã de permitir a prevalência dos aspectos positivos de cada uma. A Constituição de um Estado torna-o capaz de perseguir os fins para os quais foi instituído. A Constituição brasileira, como várias constituições modernas, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, busca posição intermediária, preceituando a liberdade da economia com controle estatal, ficando, assim, a meio caminho entre o Estado Liberal e o Estado Social. A organização jurídico-administrativa brasileira, à luz constitucional e em função de causas gerais e concretas (fatores motivadores), migrou do regime da *hipertrofia estatal* para regime normativo regulador do setor econômico, merecendo destaque a desestatização — com criação de agências reguladoras — e a pretensão de reforma administrativa formalizada com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98. De fato, já são detectados efeitos positivos e efeitos negativos das alterações implementadas, contexto que mantém fértil o terreno dos questionamentos e da pluralidade de posicionamentos acerca do papel do Estado Brasileiro na sociedade. Permanece, então, o dilema: devemos retornar ao sistema anterior? Devemos manter o sistema atual? Que Estado desejamos? A tendência parece ser a busca por um *Estado médio*, que se limite a intervenções *necessárias* e *adequadas* para cumprir papel de representante dos interesses da sociedade e dos indivíduos que a compõem.

Palavras-chave: Estado mínimo. Estado máximo. Estado médio. Sociedade. Estado. Dilema.

Sumário: **1** Introdução – **2** O Estado e a sociedade – **3** Estado interventivo – **4** Organização administrativa – **5** Fins institucionais – **6** A reforma administrativa – **7** A desestatização – **8** Causas gerais e concretas da transformação – **9** Problemas atuais: o dilema – **10** Conclusões – Referências

rpgmjf.indd 89 04/11/2011 12:32:38

1 Introdução

Por certo, é frequente, entre os estudiosos, indagar-se a si próprios nos momentos de reflexão: "Qual o papel do Estado na sociedade, afinal?" Ou então: "A sociedade moderna comporta mudanças estratégicas no papel que cabe ao Estado desempenhar?"

À primeira vista, tais questionamentos são de fácil resolução. Nada que uma cuidadosa meditação não possa desmentir. Não basta que o pensador se atenha a axiomas filosóficos ou à evolução do processo histórico da sociedade e do direito. Axiomas nem sempre condizem com o dinamismo social, nem acompanham o evolver da comunidade humana — ambos dotados, usualmente, de marcante celeridade, bem maior do que aquela em cuja trilha se desenvolvem os postulados.

Pensar o papel do Estado na era contemporânea espelha a necessidade de constatar e reconhecer a existência de fatores políticos, sociais, econômicos, geográficos, ambientais, costumeiros, históricos — todos, enfim, que, de alguma forma, conspiram para uma funda reflexão acerca do papel que deve o Estado protagonizar. A diversidade global é tão intensa que a reflexão não pode ter por alvo o papel *do* Estado, visando a conclusões genéricas e abrangentes, mas sim o papel de *determinado* Estado ante o cenário que ocupa e em face dos inúmeros fatores que acabam por dar-lhe a configuração de unidade específica dentro da comunidade internacional.

Semelhante configuração tem-se revelado claramente à luz do noticiário internacional diuturno. Não é difícil constatar que algumas teclas sempre batidas em relação a alguns Estados nenhuma aproximação ou interesse têm no que concerne a outros. O leitor, como regra, não costuma prender-se à análise da configuração: limita-se apenas a apreender o sentido da notícia. Mas esta não chega a tocar-lhe a sensibilidade, e é natural que assim seja, porquanto os elementos daquela configuração estão distanciados dos que traduzem interesse direto para o cenário em que se situa seu próprio Estado. Todos temos acompanhado as graves consequências advindas, por exemplo, do conflito árabe-israelense; tal cenário, contudo, não tem qualquer ponto de contato com o ambiente político, social e econômico das comunidades da América. O mesmo se diga em relação a conflitos surgidos no continente africano ou asiático.

Diante de tal premissa, fica realmente difícil, quiçá impossível, definir qual é o verdadeiro papel do Estado. As ideologias também não servem para tal objetivo e isso porque retratam o sentimento intelectual e

rpgmjf.indd 90 04/11/2011 12:32:38

o desejo pessoal do ideólogo — os quais, diga-se *en passant* — nem sempre guardam perfeita adequação com o que determinado Estado representa na comunidade global. Assim, a generalização se torna praticamente inviável e inconsistente.

Evidentemente não se pretende aqui passar em revista o processo evolutivo do Estado desde os seus primórdios. O intuito deste breve trabalho consiste apenas no exame de algumas causas e efeitos decorrentes da maior ou menor ingerência estatal na sociedade. Relembre-se neste ponto o que diziam os romanos: *causa cognoscitur ab effectu* ("conhece-se a causa pelo efeito"). Dizemos nós: se é possível conhecer a causa pelo efeito, da mesma forma se revela viável identificar o efeito pelo conhecimento da causa.

De outro lado, não parece escusado destacar que a noção de Estado, para os fins deste trabalho, reside na clássica ideia de sociedade política organizada, com singularidades específicas e formada sob o impacto dos vários fatores acima apontados. É, enfim, o Estado (do latim *status*), com o significado de "vivência permanente e constante" — expressão empregada pela primeira vez por Maquiavel em sua festejada obra *O Príncipe*, escrita em 1513, para indicar as cidades independentes ou cidades-Estado da época.

2 O Estado e a sociedade

Estado e sociedade têm sempre coexistido no processo histórico, algumas vezes mais harmoniosamente, outras de forma menos amistosa. A verdade é que ambos são faces da mesma moeda: um não subsiste sem a outra. A convivência de ambos, sob o aspecto histórico-sociológico, tem alternado períodos em que o Estado se distancia de seu poder de ingerir na sociedade, de um lado, e em que se revela imperioso e interventivo, de outro.

A primeira fase do Estado Moderno foi marcada pelo antagonismo que o poder público representava junto à sociedade; esta o confundia com o regime absolutista findo no século XVIII. Qualquer ingerência do Estado no âmbito dos interesses individuais era tida como ilegítima, ainda que direcionada para os interesses coletivos. Era o Estado Liberal, jusnaturalista e individualista. Era, enfim, o Estado não intervencionista, ou seja, o *Estado mínimo*.

No setor econômico, a ideia central residia na liberdade individual, sem interferência do poder estatal. O postulado iluminista era o *laissez faire, laissez passer*, pois que *le monde va lui même*. Aos indivíduos caberia

rpgmjf.indd 91 04/11/2011 12:32:38

determinar seus próprios interesses; dever-se-ia conferir-lhe a total liberdade de promover sua própria riqueza; cada um seria juiz de suas próprias conveniências. Essas ideias foram consagradas por Adam Smith em seu clássico *A riqueza das nações* (1776).

A consolidação do liberalismo, sobretudo dentro da perspectiva da economia, veio mais tarde com Stuart Mill, amparada na doutrina de Rousseau, o maior pregador das virtudes humanas e da confiança nas liberdades individuais.[1] Em sua visão, havia mais de uma razão para a não interferência do Estado na liberdade dos indivíduos. Uma delas era a de que, para qualquer tipo de negócio, o indivíduo teria maior aptidão para um desfecho desejável do que o poder público. Outra era a da grande inconveniência de acrescer mais poder àquele que o Estado já detinha: o efeito de eventual acréscimo provocaria maior difusão de sua influência sobre esperanças e temores.

O distanciamento do Estado da vida social e do setor econômico produziu pontos positivos e negativos. Entre os primeiros, conta-se o notável progresso econômico e a revolução industrial, além da inegável valorização do indivíduo, tão esquecido na época do absolutismo. Em compensação, o homem tornou-se egoísta e esquecido de seus pares; tornou-se também menos escrupuloso. O regime permitiu, ainda, a crescente injustiça social e a criação do proletariado, esmagado pelo poder. Além disso, a burguesia agora enriquecida tratava de lutar para a preservação do *status* de vantagem e riqueza, ainda que à custa dos excluídos sociais.[2]

Impotente o Estado liberal para solucionar os graves problemas sociais, não custou para que se desenvolvesse a reação antiliberal. Nova doutrina, agora acentuando a necessidade de o Estado envolver-se diretamente com a sociedade, veio à tona com as ideias de Marx e Engels, Santo Tomás de Aquino e até mesmo Leão XIII, por sua encíclica *Rerum Novarum*. Funda-se a nova doutrina na necessidade de intervenção do Estado na economia para o fim de manter-se a harmonia necessária ao grupo social.[3] Começava, assim, a desenvolver-se o Estado Social, interventivo e imperioso, abandonando-se o extremado individualismo em ordem a proteger o bem comum. Era, enfim, o *Estado máximo*.

[1] "Da Liberdade", publicada em 1859.
[2] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 235-6.
[3] PAUPÉRIO, A. Machado. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 104.

rpgmjf.indd 92 04/11/2011 12:32:38

O Estado contemporâneo procura buscar o ponto intermédio entre a indiferença e a excessiva ingerência do Estado na sociedade, incluindo-se principalmente o campo da economia. Não se coíbe o direito de os indivíduos promoverem os meios de sua riqueza, mas não se lhes garante a liberdade irrestrita, sem as necessárias amarras do poder público. A despeito das controvérsias que a noção ainda suscita, tendem as ideias modernas a reconhecer alguns direitos básicos, qualificados como *direitos naturais*. Não é dispensável relembrar a clássica advertência de Biscaretti Di Ruffia, de que a experiência histórica ensina que nenhuma ordenação jurídica pode durar muito tempo quando contrariar, de forma irredutível, os princípios essenciais de direito natural, podendo este figurar como verdadeiro limite contra eventuais desvios do direito positivo.[4]

3 Estado interventivo

A questão relativa à função que o Estado desempenha junto à sociedade, bem como os limites em que pode fazê-lo, tem conotação política e administrativa. Política, porquanto sua forma de atuar encontra ressonância nos preceitos estabelecidos na Constituição, e administrativa, porque a forma de administrar as coisas e os interesses públicos depende dos parâmetros de natureza política estatuídos na ordem jurídica fundamental.

Essa foi a inolvidável lição de Fleiner ao tratar do capítulo destinado à Administração: todo o sistema estatal se submete a uma ordem fundamental, escrita ou não, denominada Constituição do Estado — esta o instrumento pelo qual o Estado se torna capaz de querer e agir.[5] Torna-o, ainda, capaz de perseguir os fins para os quais foi instituído e, para tanto, não pode prescindir da criação de um sistema apropriado para o exercício da Administração Pública.

A vigente Constituição destina um Título inteiro à ordem econômica e financeira (arts. 170 a 192) e dele emanam as regras básicas que procuram delinear a relação juspolítica entre o Estado e a sociedade, esta vista do ângulo econômico. No geral, percebe-se que o Constituinte buscou uma posição intermediária na dita relação, nem deixando livre o setor econômico para a iniciativa privada, nem permitindo a apropriação dos

[4] DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 63.

[5] FLEINER, Fritz. *Droit Administratif Allemand*. Trad. de Eisenmann. Paris: Libr. Delagrave, 1933. p. 9 ("Toute vie étatique est soumise à un ordre fondamental, écrit ou non écrit, que nous appelons la Constitution de l'Etat. C'est cette Constitution que donne à l'Etat des organes et le rend capable de vouloir et d'agir").

rpgmjf.indd 93 04/11/2011 12:32:38

meios de produção pelo Estado. Fica, como várias Constituições modernas, a meio caminho entre o Estado Liberal e o Estado Social. Não obstante, a existência de meios de controle estatal sobre a economia, em determinadas circunstâncias, não desnatura o regime capitalista adotado na Carta em vigor, sobretudo em face do art. 170, *caput*, que consagra o princípio da livre iniciativa, e do art. 170, parágrafo único, que assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem que, para tanto, se faça necessária autorização estatal, com a ressalva, é claro, de situações especiais.

O intervencionismo estatal encontra nítida limitação e evidente condicionamento no âmbito da Constituição. Sua função mais importante é a de normatização e regulação da atividade econômica (art. 174, CF). Quanto à exploração direta dessa atividade, a regra é que ao Estado é vedada tal atuação, abrindo-se, no entanto, três exceções: a) segurança nacional; b) relevante interesse coletivo; c) os casos previstos na própria Constituição (art. 173, CF).

A intervenção estatal no segmento econômico resultou da pressão para devolver a economia à normalidade, sobretudo com a existência efetiva do princípio da livre concorrência. A fim de alcançar tal objetivo, foram previstos os mecanismos de enfrentamento e repressão ao abuso do poder econômico, em nítida demonstração de que, em certas ocasiões, a iniciativa privada se afasta de qualquer defesa social.[6]

A análise do quadro constitucional demonstra que o Constituinte conferiu ao Estado um *intervencionismo mitigado* no campo econômico. De um lado, adotou o regime do capital e trabalho e, de outro, não se divorciou inteiramente das relações econômicas, como o fizera, com efeitos catastróficos, o Estado Liberal do início do século XIX.

4 Organização administrativa

O sistema adotado no Brasil para a organização de sua Administração Pública guarda intrínseca relação com a questão relacionada ao intervencionismo estatal. Nesse aspecto, é preciso destacar, desde logo, que referido sistema tem seu suporte básico na Constituição. Vale a pena, pois, relembrar as linhas básicas da organização administrativa.

A classificação fundamental da estrutura administrativa divide a Administração em *direta* e *indireta*. A Administração direta se compõe dos

[6] SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 783.

rpgmjf.indd 94 04/11/2011 12:32:38

órgãos internos das pessoas federativas, ao passo que a Administração indireta é composta das pessoas administrativas vinculadas ao respectivo ente federativo. Consideram-se centralizadas as funções executadas pelos órgãos da Administração direta e descentralizadas as que são desempenhadas pelas pessoas vinculadas. Quando órgãos internos se descentralizam, dá-se o fenômeno da desconcentração.[7]

Essa organização é mencionada algumas vezes na Constituição, a começar pelo art. 37, *caput*, no qual estão enunciados os princípios administrativos expressos. No mesmo art. 37, XIX e XX, a Constituição se refere às pessoas da Administração indireta para o fim de indicar o procedimento de sua instituição. Também o inciso XVII, que coíbe a acumulação de cargos, empregos e funções nos entes descentralizados.

A Administração indireta, por sua vez, é constituída de quatro categorias de pessoas jurídicas: a) as autarquias; b) as fundações públicas; c) as empresas públicas; d) as sociedades de economia mista.[8] As primeiras são dotadas de personalidade jurídica de direito público e as duas últimas têm personalidade jurídica de direito privado.[9] Quanto às fundações públicas, há infindável polêmica doutrinária sobre sua qualificação jurídica. Sem a profundidade que o tema merece, mas que refoge ao âmbito deste trabalho, pode afirmar-se que domina o entendimento de que haverá fundações de direito público (como espécie do gênero "autarquias") e de direito privado, esta moldada nos parâmetros mais aproximados ao direito privado.[10]

Não cabe aqui esmiuçar o tema relacionado à Administração direta e indireta dos misteres estatais. Dentro do presente estudo, o ponto relevante é aquele que indica a duplicidade no exercício das atividades públicas, ora desempenhadas pelo próprio Estado e, por isso, *centralizadamente*, ora exercidas por pessoas vinculadas através de delegação legal e, por tal motivo, *descentralizadamente*.

5 Fins institucionais

É evidente que a existência de quatro categorias de pessoas jurídicas na Administração indireta não teria fundamento se não houvesse diferença entre elas, máxime no que tange a seus fins institucionais.

[7] MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 85.

[8] Art. 4º, II, "a" a "d", Dec.-Lei nº 200, de 25.02.67.

[9] Há controvérsias quanto à categorização dessas entidades. Alguns as denominam de entidades paraestatais, ao passo que outros as chamam de "entidades estatais" ou "governamentais", denominação adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 443).

[10] Sobre a controvérsia, veja-se nosso *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 563-567

rpgmjf.indd 95 04/11/2011 12:32:38

O vetusto Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67, embora sem a precisão adequada, procurou apontar tais objetivos. Em relação às autarquias, definiu-as como apropriadas à execução de *atividades típicas* do Estado (art. 5º, I). Na falta de maiores elementos definidores, a doutrina se tem esforçado para qualificar tais atividades, entendendo-se, por exemplo, cuidar-se de serviços "que requeiram maior especialização ou imposição estatal",[11] ou daquelas atividades que "tradicionalmente, eram consideradas típicas do Estado, revestindo-se, sobretudo, da condição de serviços públicos, como, por exemplo: educação, previdência, assistência médica gratuita".[12] Realmente, não é fácil definir o objetivo autárquico, mas não parece errôneo entender-se que a ideia do legislador foi a de afastar das autarquias finalidades econômicas empresariais, próprias do setor privado, delegando-lhes o exercício de atividades de *caráter preponderantemente social*, inclusive administrativas.[13]

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, de acordo com o já citado Dec.-Lei nº 200/67, foram instituídas com o objetivo de *exploração de atividade econômica*, como figura nos incisos II e III do art. 5º. Semelhante fim institucional se compatibiliza perfeitamente com o art. 173, §1º, da CF, que contempla a hipótese em que o Estado atua como agente indireto do setor econômico de natureza empresarial.

Sucede que se tem reconhecido a possibilidade de tais entidades serem preordenadas à prestação de serviços públicos, muito embora sua natureza só comporte a execução desses serviços quando têm caráter econômico, ensejando, no mais das vezes, a aquisição de lucro.[14] De nossa parte, entendemos que essa dicotomia tem suscitado algumas situações polêmicas quanto ao regime jurídico que se lhes deve aplicar. Todavia, na busca de solução dotada de um mínimo de lógica, já tivemos a oportunidade de averbar que nem todo serviço público cabe na atribuição de tais entidades, "mas somente aqueles que, mesmo sendo prestados por empresa estatal, poderiam sê-lo pela iniciativa privada".[15]

As fundações públicas não constavam primitivamente do elenco do art. 5º do Dec.-Lei nº 200/67, mas foram introduzidas *a posteriori* pela Lei

[11] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 336.
[12] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 80. Registre-se que a autora consigna, de forma expressa, a dificuldade de, em tempos modernos, identificar esse tipo de atividade *típica*.
[13] CARVALHO FILHO. *Manual*..., *op. cit.*, p. 511.
[14] GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 376, 387.
[15] Nosso *Manual*..., *op. cit.*, p. 543.

rpgmjf.indd 96 04/11/2011 12:32:38

nº 7.596/87. Para caracterizar seu fim institucional, disse o legislador que a criação dessas entidades teria por fim "o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público" (art. 5º, IV).

A situação das fundações públicas (ou governamentais) beira ao caos jurídico, a começar pela sua classificação em fundações públicas de direito público (espécie do gênero "autarquias") e fundações públicas de direito privado, constituídas em modelo mais aproximado ao das fundações criadas pela iniciativa privada. É bem verdade que autorizada doutrina advoga o entendimento de que tais fundações somente podem qualificar-se como pessoas de direito público.[16] Não é esse, porém, o entendimento dominante, inclusive o do Supremo Tribunal Federal, que já teve a oportunidade de deixar clara a existência de ambas as categorias.[17] Em nosso entendimento, existem realmente as duas categorias, mas apenas deveria admitir-se a fundação governamental de direito privado, evitando-se a incongruência de considerar-se uma fundação (de direito público) como subcategoria de autarquia, o que gera flagrante confusão.[18]

De qualquer modo, o que importa realçar neste ponto é que, seja qual for a categoria em se inclua a fundação governamental, os fins institucionais são os mesmos, dedicando-se tais entidades às atividades próprias das fundações em geral, como ensino, assistência social, educação, pesquisa, meio ambiente, desenvolvimento tecnológico, assistência médica e hospitalar etc. Trata-se, como bem se pode observar, de fins tipicamente assistenciais, inteiramente distanciados de qualquer atividade de natureza econômica.

6 A reforma administrativa

Durante algumas décadas, o Brasil viveu sob o regime da *hipertrofia estatal*, fazendo-se ingerir diretamente na atividade econômica e dominando alguns setores de serviços públicos econômicos por meio de entidades de sua Administração indireta, basicamente empresas públicas e sociedades de economia mista.

[16] É a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 168-9).

[17] RE nº 101.126-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, publ. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, n. 113, 314.

[18] CARVALHO FILHO. *Manual...*, *op. cit.*, p. 565. No mesmo sentido, a clássica lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, *op. cit.*, p. 346).

rpgmjf.indd 97 04/11/2011 12:32:39

Semelhante modelo, no entanto, resultou notoriamente frustrado, conduzindo a Administração Pública a um estado de lamentável decadência, com efeitos gravosos para toda a sociedade. A crise originou-se de várias políticas inadequadas, como, por exemplo, a política fiscal, a indevida intervenção estatal no setor econômico e a própria deterioração da estrutura administrativa do Estado.

Tornou-se, desse modo, necessário repensar o papel do Estado na economia e proceder a uma reforma administrativa que produzisse efeitos no âmbito da sociedade, sobretudo instituindo-se medidas de revigoramento da capacidade de gestão e implementação de políticas públicas no sistema estatal.

O instrumento inicial dessa reforma materializou-se através da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, por intermédio da qual se procurou alinhavar os elementos alteradores com a modificação de vários dispositivos da Constituição. Na verdade, eram esperados resultados de diversa ordem, como o realce da eficiência na máquina estatal para a melhor prestação de serviços à sociedade, a implantação do verdadeiro federalismo cooperativo, o equilíbrio das contas públicas, a criação de nova estrutura na Administração e a ruptura de formatos jurídicos rígidos e uniformizadores.[19]

As linhas da reforma, porém, tiveram maior coloração política do que jurídica. Para os que não se deixaram levar pelos acenos das novidades, a reforma serviu para reluzir o esbanjamento e a malversação de recursos públicos e a total falta de efetiva vontade de mudar. Nenhuma reforma administrativa jamais será implantada enquanto não forem recompostos os padrões éticos na sociedade. Urge, isto sim, uma mudança de mentalidade, sobretudo para a gestão dos recursos públicos com planejamento, austeridade e economicidade.[20]

O lado positivo da EC nº 19/98 residiu no efetivo reconhecimento de que o sistema anterior era deficiente e inócuo e que, por isso mesmo, seria necessário tomar providências para que, ao menos, se tentasse a luminosidade de um novo Estado.

[19] Tais metas foram previstas na Exposição de Motivos Interministerial nº 49, de 18.08.95, firmada por vários Ministros para acompanhar a proposta das alterações constitucionais.

[20] É como corretamente assinalou Jessé Torres Pereira Junior (*Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 10).

rpgmjf.indd 98 04/11/2011 12:32:39

7 A desestatização

Um dos pontos de maior relevância da reforma administrativa do Estado consistiu no processo de *desestatização*, ou seja, no conjunto de medidas instituídas para distanciar o poder estatal de determinadas atividades, que — presumia-se — seriam desempenhadas de forma mais eficiente pelo setor privado. Em torno dessa proposta, cumpria providenciar a necessária *desregulamentação*, reduzindo-se a quantidade de normas limitativas da atividade econômica, além de transferir o controle de certas entidades administrativas à iniciativa privada.[21]

O processo ficou mais conhecido como *privatização*, mas, em estrita visão técnica, trata-se de fenômeno diverso. O afastamento do Estado de certas atividades configura-se como *desestatização*, e não privatização, e isso porque os serviços públicos objeto de transferência ao setor privado não se converteram em atividades privadas; continuaram a ser serviços públicos. Só se pode falar em *privatização* no que concerne a antigas pessoas administrativas que exploravam atividade econômica, cujo controle acionário passou para a iniciativa privada. Assim, *privatiza-se* a empresa paraestatal, mas não o eventual serviço público que exercia anteriormente.

Foi a Lei nº 9.491, de 09.09.97, que estabeleceu as normas definitivas para o fim de implementar a desestatização e, para tanto, criou o Programa Nacional de Desestatização (PND).[22] Nesse diploma, ficaram bem definidos os objetivos a serem perseguidos dentro da nova visão do papel estatal.

O primeiro deles — certamente o de maior destaque — foi o de "reordenar a posição estratégica do Estado na economia", com a transferência para o setor privado de atividades indevidamente exercidas pelo setor público.[23] Outros objetivos constituíram verdadeiro corolário desse alvo principal. Exemplo elucidativo foi a intenção de obrigar a Administração a concentrar seus esforços nas atividades em que a presença estatal se revelasse essencial para as prioridades nacionais. Nessa mesma trilha, previu-se a necessidade de redução da dívida pública, impeditiva esta de qualquer tentativa de crescimento e investimentos nas áreas sociais.[24]

---

[21] *Vide* SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 54-55).

[22] Registre-se, por oportuno, que a Lei nº 9.491/97 revogou a Lei nº 8.031/90, que trazia as primeiras linhas para o novo sistema.

[23] Art. 1º, I, Lei nº 9.491/97.

[24] Art. 1º, V e II, Lei nº 9.491/97.

rpgmjf.indd 99 04/11/2011 12:32:39

Em virtude da notória falta de investimentos em setores essenciais para a coletividade, incluiu-se também o objetivo no sentido de permitir a retomada de tais investimentos nas empresas e atividades transferidas ao setor privado, fato que poderia contribuir para a "reestruturação econômica do setor público", suprimindo-se a prática de atividades pelo Estado geradoras do crescimento incontrolável do déficit público.

Importante observar que as normas básicas instituídas pela Lei nº 9.491/97 permitiram que a Administração fizesse a avaliação sobre os setores que deveriam ser desestatizados, mas, ao mesmo tempo, constituíam limitações de agir para os administradores, que, se afastados dos alvos legais, estariam sob os efeitos de conduta caracterizada como desvio de finalidade.[25]

Além dos objetivos que a lei consignou, foram enunciados alguns instrumentos destinados à implementação do processo de distanciamento do Estado dos já referidos setores econômicos. O mais importante deles foi, sem dúvida, a perspectiva de alienação de participação e controle acionários de empresas paraestatais, transferindo-os à iniciativa privada.[26] A entidade objeto da medida refugiria à sua qualificação anterior de *pessoa administrativa* para agora caracterizar-se como pessoa empresarial do setor privado.

Outras medidas dessa ordem foram previstas, todas preordenadas basicamente à desestatização. Citem-se, entre elas, a abertura de capital e o aumento de capital, com a renúncia pelo controlador público de direitos de subscrição; mesmo sem renúncia, poderia firmar-se cessão de tais direitos, alcançando-se então o objetivo de afastar o Estado do exercício da atividade ou, ao menos, afastá-lo do controle da pessoa anteriormente estatal. Alienação, locação e arrendamento de bens e instalações; aforamentos, concessões de direito real de uso; alienação de imóveis, todas essas foram providências autorizadas pelo Plano Nacional de Desestatização (PND). Por fim, a delegação de serviços públicos por meio de concessões e permissões.[27]

8 Causas gerais e concretas da transformação

A vigente Constituição, como não poderia deixar de ser, delineou, de modo genérico, as normas a serem aplicadas na inevitável e histórica

[25] A correta observação é de José Edwaldo Tavares Borba (*Sociedade de economia mista e privatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 37).
[26] Art. 4º, I, Lei nº 9.491/97.
[27] As medidas têm previsão no art. 4º, I a VII, da Lei nº 9.491/97.

rpgmjf.indd 100 04/11/2011 12:32:39

relação entre o Estado e a economia. Deixou evidente que o setor econômico estaria a cargo da iniciativa privada (art. 170), reservando ao Estado o papel de agente normativo e regulador da mesma atividade (art. 174), a ele só se atribuindo a exploração direta do setor em situações excepcionais (art. 173). É o que a doutrina caracteriza como *princípio da subsidiariedade*.[28]

Nas entrelinhas do sistema constitucional relacionado ao papel do Estado no setor econômico é que se alojam os fatos sociais, políticos e econômicos, e estes, por sua vez, é que espelham as causas gerais e concretas geradoras da estratégia definidora do papel estatal no cenário da economia. Quando semelhante cenário demanda a modificação desse papel, ocorre o fenômeno da *transformação política e administrativa* da relação Estado/economia, sendo exigível um conjunto de medidas necessárias à consecução dos novos objetivos.

No caso da guinada levada a efeito pelo sistema com vistas à implementação do processo de desestatização, podem identificar-se algumas *causas gerais* e outras *concretas*, aquelas decorrentes do sistema em si e estas indicativas das hipóteses efetivamente ocorridas, oriundas das causas gerais.

Sem dúvida, a desestatização decorreu de um conjunto de causas gerais, mas, para os fins deste trabalho, será importante destacar duas delas: as despesas públicas e a desorganização e anacronismo das estruturas administrativas, este último aspecto ensejando a inclusão do princípio da eficiência. Ambas as causas, como vimos, foram mencionadas na legislação.[29] A primeira das causas gerava novos endividamentos, emissão de moeda e majoração de tributos, numa bola de neve sem contenção.[30] A segunda, por sua vez, passava a exigir uma Administração Gerencial, substituindo-se a velha noção de "administrado" pela de "cliente".[31] Por serem gerais, essas causas acabaram por provocar o surgimento das causas concretas.

Tais causas *in concreto* foram verificadas no processo comparativo entre o desempenho das antigas empresas paraestatais — sociedades de economia mista, empresas públicas e subsidiárias — e daquelas, já agora no setor privado, em que foram convertidas como decorrência do processo de privatização.

[28] Vide FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 82.
[29] Art. 1º, II, Lei nº 9.491/97.
[30] SOUTO. *Desestatização*, *op. cit.*, p. 57.
[31] É a correta observação de Lucia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 64).

rpgmjf.indd 101 04/11/2011 12:32:39

Estudo realizado pelo Departamento Econômico do BNDES apontou algumas diferenças nesse processo comparativo, considerando as privatizações ocorridas entre 1981 e 1994.[32] A Companhia Siderúrgica de Tubarão (CST), no Espírito Santo, por exemplo, foi privatizada em 1992, e, comparados os anos de 1982 e 1996, chegou-se aos seguintes resultados:

	Empregados	Produtividade	Resultado
1982	6.100	84.000 dólares por empregado	*Prejuízo* de 146 milhões de dólares
1996	3.569	194.000 dólares por empregado	*Lucro* de 126 milhões de dólares

Vejam-se os resultados da Companhia Siderúrgica Nacional, sociedade de economia mista federal privatizada em 1993, no que tange aos mesmos itens:

	Empregados	Produtividade	Resultado
1989	23.700	163 toneladas de aço por empregado	*Prejuízo* de 415 milhões de dólares
1996	12.532	486 toneladas de aço por empregado	*Lucro* de 200 milhões de dólares

Na EMBRAER, empresa fabricante de aviões e instalada em S. José dos Campos, tendo sido privatizada em 1994, a comparação continua a apresentar índices da mesma natureza quanto aos tópicos acima:

	Empregados	Produtividade	Resultado
1983	6.200	40.000 dólares por empregado	*Prejuízo* de 330 milhões de dólares
1996	3.200	120.000 dólares por empregado	*Prejuízo* de 40 milhões de dólares

Outros exemplos semelhantes são apontados no mesmo estudo em relação a outras empresas privatizadas, como a COSIPA (Companhia Siderúrgica Paulista), Companhia Vale do Rio Doce, Acesita, Usiminas

[32] O estudo em pauta foi transmitido no trabalho "No que deu, afinal, a privatização", de Armando Castelar Pinheiro, Chefe do Depto. Econômico do BNDES (fonte: Revista *Veja*, de 06.08.97).

rpgmjf.indd 102 04/11/2011 12:32:39

e Rede Ferroviária Federal. Todos os resultados mostraram que essas empresas, conquanto tendo sofrido anteriormente grandes prejuízos, passaram a ter lucros expressivos, reduzindo-se o número de empregados e elevando-se o grau de eficiência e competitividade no mercado. A indicação clara, na verdade, concerne simplesmente à gestão empresarial, que, como regra, não é um tipo de política própria dos órgãos estatais.

O certo é que em países estrangeiros o processo de desestatização se iniciou muito tempo antes do que no Brasil. Já na década de 70, com visível aceleração durante os anos 80, diversos países desenvolvidos deflagraram a transferência de setores públicos deficitários à iniciativa privada. No Brasil, somente na década de 90, sobretudo em seu período final, é que foram dados os primeiros passos efetivos para o processo de transferência.

9 Problemas atuais: o dilema

Diante de todos os fatos com os quais se tem deparado, a sociedade ainda hesita quanto ao papel interventivo do Estado no setor econômico. A questão envolve também um fator ideológico, o que gera um movimento pendular, ora inclinando-se para o retorno ao sistema anterior do Estado hipertrófico, ora tendendo a considerar que os efeitos de tal sistema se revelavam mais deletérios do que o que se passa na desestatização. Há, por assim dizer, um dilema, que, ao menos no momento, ainda pende de satisfatória definição.

O retorno ao Estado interventivo provoca frenéticos arrepios e fundados temores ante a comprovação do desperdício e da corrupção que macularam as empresas vinculadas ao Estado, gerando incontáveis prejuízos, sempre cobertos à custa dos recursos oriundos dos cidadãos.

Alguns fatos demonstram semelhante descaso. Na Cia. Vale do Rio Doce, antes da desestatização, flagrou-se um departamento destinado à preparação de meros relatórios com nada menos do que duzentos empregados. A antiga COSIPA recrutou 122 serviçais para servirem aos presidentes, o que engolia, anualmente, o total de 2,6 milhões de dólares a título de salários; após a privatização, sobraram apenas quatro, na incrível comprovação de que o excesso superava os 100 empregados.[33]

Por outro lado, o uso político das pessoas administrativas por detentores do poder criou profundas distorções nos objetivos institucionais que inspiraram a sua criação. Políticos influentes presenteavam seus

[33] Valemo-nos, ainda, do já referido trabalho produzido pelo Departamento Econômico do BNDES.

rpgmjf.indd 103 04/11/2011 12:32:39

correligionários com empregos e funções, elevando desmedidamente a despesa e gerando inevitável déficit. Esse tipo de moeda de troca sempre colocou em plano secundário a real finalidade da entidade paraestatal e, o que é mais grave, contabilizou incontáveis casos de corrupção e favorecimento ilegal.

Os resultados advindos da desestatização, a seu turno, são merecedores de observação e análise. Segundo o já referido estudo do BNDES, enfocando 46 empresas privatizadas entre 1981 e 1994, verificaram-se os seguintes resultados no que tange ao fator *desempenho*: 1. O faturamento cresceu 27%; 2. As vendas por funcionário subiram 83%; 3. O número de empregados caiu 31%; 4. O lucro elevou-se em 500%; 5. O patrimônio triplicou; 6. O endividamento diminuiu 16%; 7. O investimento contabilizou elevação de 400%.

Trata-se, como já se registrou, de uma questão de administrar o patrimônio público, vale dizer, de *gestão eficiente*, fator ao qual o Poder Público não está acostumado. Há todo um lado sociológico nesse aspecto, mas inegavelmente a gestão eficaz só pode ser alcançada através de comportamentos, no mínimo, de aceitáveis padrões éticos.

Se, por um lado, a sociedade receia o retorno da hipertrofia estatal, por outro se tem mostrado insatisfeita com alguns resultados decorrentes do processo de desestatização.

Com efeito, o êxito do processo quando se consideram as empresas dedicadas à exploração da atividade econômica não teve rigorosa equiparação no que concerne à desestatização relativa às empresas que prestavam serviços públicos. Setores estratégicos e essenciais à sociedade, como a geração e distribuição de energia elétrica, a telefonia fixa e móvel, o gás canalizado e o abastecimento de água potável, não têm sido desenvolvidos pela iniciativa privada com a eficiência que se esperava, pelo menos até a presente etapa do processo.

Pesquisas têm concluído que, sob o aspecto técnico, incluindo-se aí os investimentos na área, houve sensível melhora em alguns desses serviços. Exemplo significativo é o da telefonia. Nossa memória dá conta de que a aquisição do direito de uso de uma linha telefônica há alguns anos atrás demandava um esforço hercúleo, sem contar com o preço elevadíssimo que o interessado tinha que pagar no mercado paralelo. Investimentos não existiam e, por isso mesmo, a infraestrutura para a implantação de novos cabos telefônicos andava a passos preguiçosos, próprios da gestão

rpgmjf.indd 104 04/11/2011 12:32:39

estatizada. Atualmente, o regime de competição oriundo da pulverização do setor permitiu melhor prestação de serviços, com alguns defeitos, é óbvio, mas ensejou visível acesso da sociedade de consumo menos favorecida a esse tipo de bem de consumo.

Entretanto, têm sido detectadas ainda numerosas falhas no sistema, numa demonstração de que os atuais concessionários do serviço não conseguiram até o momento ter um suporte aceitável na área da gestão administrativa. Cobranças indevidas, planos incompreensíveis, falta de transparência das empresas, todos esses fatos têm ocasionado o surgimento de uma quantidade inaceitável de litígios na esfera judicial. Dentre os maiores litigantes junto ao Judiciário, vários são concessionários de serviços públicos. Somente os bancos são seus adversários nesse *ranking* de estatística negativa.

Aspecto de grande relevância que merece análise é o da *regulação* dos setores atualmente a cargo da iniciativa privada, principalmente no que se relaciona com os serviços públicos delegados por concessões e permissões. A criação das *agências reguladoras* teve o escopo de permitir que a Administração exercesse controle em cada setor sujeito à regulação. Seriam elas, em última análise, o contraponto da desestatização do respectivo setor. Ocorre que essas entidades ainda engatinham no que toca à sua função. Primeiramente, não parecem dotadas ainda do suporte técnico necessário para o controle dos concessionários na parte referente à prestação do serviço. Depois, são despidas da independência que suas leis pretenderam transmitir, atribuindo-lhes a qualificação de *autarquias de regime especial*. Escaramuças governamentais contra o sistema das agências são encontradas em vários escalões do governo, e por elas pode perceber-se, atrás dos bastidores, uma verdadeira disputa de poder, e isso porque a independência que deve caracterizar tais entidades reflete-se na redução do poder governamental.

A conjugação de todos esses fatores acaba por deixar a sociedade diante do dilema que surge diante de um dos caminhos a seguir: devemos retornar ao sistema anterior, para admitir a retomada pelo Estado de alguns setores econômicos e de serviços públicos de natureza econômica, a serem executados por empresas paraestatais, ou, ao contrário, devemos manter o sistema atual de desestatização, com a transferência para a iniciativa privada das atividades daquela natureza, exigindo-se, porém, a correção de certos rumos que têm sido alvo de desvios e distorções?

rpgmjf.indd 105 04/11/2011 12:32:39

Isso, em outras palavras, significaria indagar: no presente momento da evolução histórica do Estado brasileiro, deverá fomentar-se maior intervenção do Estado no setor econômico ou se lhe reservar o papel de controlador, destinando-lhe apenas as funções sociais básicas, insuscetíveis de serem cumpridas pelo setor privado? Afinal, qual o Estado que desejamos: o Estado máximo ou o Estado mínimo?

É claro que a sociedade vive esse dilema e os indivíduos possuem suas próprias convicções. Argumentos favoráveis e desfavoráveis a um e a outro dos papéis estatais são apresentados pelos analistas e intérpretes jurídicos.

Nota-se, contudo, que a tendência mais moderna e imparcial consiste em alvejar-se o meio-termo, ou seja, nem o Estado máximo, nem o Estado mínimo. O ideal será o *Estado médio*, aquele que nem se revela totalitário e estatizado quanto ao processo econômico, nem abandona à própria sorte a sociedade, deixando-a entregue e inerme diante do empresariado privado, quase sempre voraz e interessado nos próprios lucros.

A grande complexidade dos problemas da atualidade não mais permite que o Estado, como concentrador de riquezas, seja o desaguadouro dos recursos públicos, aqueles alocados por uma sociedade plena de desigualdades e constituída por um enorme contingente de grupos em visível estado de pobreza e miserabilidade. A sociedade cansou-se do desperdício e da imoralidade e não mais aceita que o Estado, a pretexto de interventor no setor econômico, se valha dessa condição para a tutela de apaniguados políticos, usualmente ímprobos e incompetentes, tudo à custa do dinheiro público.

Em outro ângulo, o grupo social também não mais alvitra o retorno integral do liberalismo econômico e a posição de indiferença dos órgãos estatais diante da burguesia sempre ávida de riquezas e poderes e, como regra, desinteressada das agruras sociais e do desenvolvimento sustentável. Como o Estado já provou ser incapaz de gerir a contento qualquer tipo de atividade produtora de riqueza e bens, não haverá realmente outra alternativa senão a de transferi-la à iniciativa privada. Impostergável, porém, é a sua função de agente controlador e regulador do setor econômico, e isso pela simples razão de que somente o Poder Público pode estabelecer barreiras de contenção aos anseios ilegítimos dos setores empresariais e reprimir o abuso do poder econômico, como prediz o art. 174 da Constituição.

rpgmjf.indd 106 04/11/2011 12:32:39

O que a sociedade deseja é o Estado médio, aquele que tem a seu cargo as intervenções *necessárias* e *adequadas*. *Necessidade* e *adequação* — esses os parâmetros do atual Estado interventivo. Para tanto, cumpre ainda ao poder estatal, como assinalou, de modo irreparável, autorizada doutrina, evitar o "paradoxal fenômeno de um Estado em demasia em determinadas áreas e de carência em outros setores",[34] sem qualquer consonância, portanto, com os parâmetros da adequação e da necessidade.

Muitas das críticas ao fenômeno da desestatização fundaram-se nos métodos adotados para o processo de transferência de bens e direitos públicos. De fato, nem isso o Estado soube fazer a contento, havendo indícios veementes da falta de controle e da ineficácia dos meios desestatizantes. Esse, porém, é problema que tem foco diverso. O que se deve analisar, efetivamente, é a necessidade ou não de o Estado agarrar-se a setores nos quais, além de haver ensejo a desperdício do patrimônio público, é descartável qualquer tipo de investimento e seu consequente processo de desenvolvimento.

Por tudo isso, cabe sempre ao Estado proceder à revisão de seu verdadeiro papel junto à economia e à própria sociedade, devendo a todo tempo ajustar-se aos novos rumos do dinamismo social e econômico, Somente assim, fará jus a seu papel de protagonista no cenário social — o de representante dos interesses da sociedade e dos indivíduos que a compõem.

10 Conclusões

Feitas as presentes considerações, não se pode deixar de oferecer, ainda que de forma sucinta, algumas conclusões sobre o tema em foco.

Fatores ideológicos e sociológicos inspiram uma série de convicções que conduzem à tendência ora de centralização e hipertrofia do poder, ora de coexistência com os setores da iniciativa privada.

Por isso, observa-se um dilema nos grupos sociais — dilema que os coloca diante da opção de intervenção expressiva do Estado na economia, o *Estado máximo*, ou da liberdade integral dos segmentos econômicos, o *Estado mínimo*. Cada um deles apresenta pontos positivos, mas, da mesma forma, produz efeitos contrários ao interesse público.

Semelhante dilema não deve conduzir a radicalismos e extremismos, sempre nocivos a uma análise lúcida e dotada da devida neutralidade.

[34] FREITAS. *O controle dos atos administrativos*, *op. cit.*, p. 82.

rpgmjf.indd 107 04/11/2011 12:32:39

O que parece adequar-se à contemporaneidade é o *Estado médio*: nem o liberalismo ultrapassado, nem o totalitarismo já historicamente frustrado. Através desse papel, podem conviver harmoniosamente Estado e economia.

O processo, entretanto, é contínuo: cumpre sempre proceder à correção de rumos para ajustar o papel interventivo estatal aos interesses da coletividade.

Abstract: The definition of the State's role in society is a matter that careful meditation cannot identify as an easy one because of its sensitiveness to political, ideological, social, economic, geographical, environmental, customary, historical factors... The relationship of coexistence between State and society must reflect the contextual sum of these factors on the legal organization of each State. Under a historical-sociological perspective, such relationship has moments of no State interference over individual interests at all — minimum State — as well as moments of urgent State intervention and involvement in the economy — maximum State. Through its commuting activity, the contemporary State searches for the balance between these two extreme lines, eager to permit the prevalence of each one's positive aspects. A State's Constitution enables it to pursue the purposes for which it was instituted. The Brazilian Constitution, like many modern constitutions, when setting the terms for its Economic and Financial Order, seeks middle ground between free economy and state control, thus standing midway between the Liberal State and the Welfare State. The organization of Brazilian administrative law, under constitutional light and due to concrete general causes (motivating factors), migrated from the state hypertrophy regime to a regime of normative regulation of the economic sector, with emphasis on the privatization — with regulatory agencies — and on the claim for an administrative reform formalized by the Constitutional Amendment No. 19 of 04.06.98. The fact that both positive and negative effects of the implemented modifications are already detected stimulates the questioning of the plurality of positions about the role of the Brazilian society. Therefore, the dilemma remains: must we return to the previous system? Must we maintain the current system? What sort of State do we want? The tendency seems to be the search for a medium State, wich is bound to necessary and appropriate interventions in order to fulfill the role of representative of the society and its individuals.

Key words: Minimum State. Maximum State. Medium State. Society. State. Dilemma.

Referências

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Sociedade de economia mista e privatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

rpgmjf.indd 108 04/11/2011 12:32:39

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas. 23. ed. 2010.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FLEINER, Fritz. *Droit Administratif Allemand*. Trad. de Eisenmann. Paris: Libr. Delagrave, 1933.

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

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

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PAUPÉRIO, A. Machado. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora* – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 89-109, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 109 04/11/2011 12:32:39

Políticas públicas da atuação local

Ciro di Benatti Galvão

Advogado. Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

Resumo: Um dos aspectos constitucionais relevantes do Direito Municipal contemporâneo diz respeito ao direito fundamental de participação social e à maneira como ele é ou pode vir a ser concretizado. O presente trabalho busca conectá-lo ao processo de formação de políticas públicas autárquicas ou locais que, necessariamente ou na maior parte das vezes, pressupõem o envolvimento das estruturas político-administrativas de âmbito micro que estão mais próximas do corpo social e que, portanto, podem melhor atender às expectativas de bem-estar social, colaborando para um eficiente processo de governança pública. Da mesma forma, o desenvolvimento da temática relativa ao processo de atuação autárquica ou local teve como cerne de preocupação desconstituir ou, ao menos, diminuir ou relativizar a concepção clássica de que às localidades (a exemplo dos municípios) deve ser dada atenção marginal ou de que elas não passam de figuras de prolongamento da atuação das estruturas administrativas centrais de decisão político-social presentes nos Estados.

Palavras-chave: Participação social. Políticas públicas. Governança local.

Sumário: Introdução – **I** Identificação, justificação e caracterização do direito fundamental objeto de investigação e análise – **II** Da compreensão da política pública objeto de análise – **III** Bases normativas referentes à atuação das autarquias locais ou entes locais – **IV** O processo de governança e a formulação das políticas públicas em âmbito administrativo local: a contribuição trazida pela experiência dos "Orçamentos Participativos" – Conclusão – Referências

Introdução

De certo que o localismo ou a análise comportamental das realidades sociais locais pressupõe algumas fases que de alguma maneira vinculam-se à própria figura do Estado e à sua forma de atuação ao longo dos tempos.

Contudo, no presente trabalho, as menções às fases absolutista e liberal da atuação estatal serão propositadamente deixadas de lado, não significando isto que não haja nelas elementos de compreensão que possam ser extraídos para a explicação da própria atuação das localidades.

Optou-se por dar mais espaço à análise da fase do Estado Social, no qual as figuras das autarquias portuguesas (especificamente, os municípios), bem como das unidades municipais brasileiras passaram a assumir importantes funções em termos administrativos e políticos para a melhor conformação do desenvolvimento social.

rpgmjf.indd 111 04/11/2011 12:32:39

É sabido que durante a fase do Estado Social a demanda por serviços, bem como a diversidade dos mesmos (mais tarde acrescidos do imperativo de eficiência) cresceram de forma quase que exponencial, não tendo a figura do Estado Central aptidão técnica e financeira para arcar, por si só, com toda essa carga de responsabilidade. Daí, já se vislumbrar uma das limitações ao seu exercício de poder de conformação ou condução do desenvolvimento social.

Um dos caminhos a ser adotado como mecanismo de contenção da ineficiência dos serviços públicos fornecidos, bem como para a pulverização da responsabilidade por todo o procedimento de medidas decisórias (principalmente, no que se refere às políticas públicas, de uma forma geral), se deu com a "atribuição" aos entes locais de competências próprias para que houvesse a melhoria do fornecimento de serviços dos quais pudessem advir externalidades positivas para o núcleo social.

Contudo, mesmo com toda a necessidade de que deva haver, cada vez mais, uma maior influência local na elaboração de decisões públicas (principalmente, com relação aos serviços públicos e ao procedimento de alocação ou aperfeiçoamento da racionalidade da distribuição de recursos financeiros ou organização do orçamento público), veem-se os entes locais, muitas vezes, inviabilizados ou tolhidos neste processo interventivo, na medida em que a dependência para como o ente central parece ser, por este, perpetuada por receio de que os entes locais se insurjam ou de que ele, ente central, perca o controle ou comando da situação.

O trabalho em desenvolvimento não tem como intenção incitar a insurreição do localismo, pois, ao se considerar o procedimento de sua valorização algo salutar, quer-se, tão somente, fazer com que fique claro que, assim como o ente central, as localidades administrativas vislumbram um objetivo que se mostra comum: alcançar melhores resultados em termos de governança pública, proporcionando aos núcleos sociais correspondentes uma maior integração e desenvolvimento social.

Dessa forma, o processo de elaboração do presente trabalho vincula-se à necessidade de se otimizar a gestão pública mediante a atuação das pessoas coletivas de direito público como responsáveis pela concretização do direito fundamental de participação social.

Sendo assim, o itinerário a ser seguido é: 1. primeiramente, será dada ênfase ao direito fundamental que dá ensejo ao desenvolvimento da temática do trabalho, fazendo menção à sua justificação e à sua

rpgmjf.indd 112 04/11/2011 12:32:39

caracterização; 2. em sequência, será feita a definição da política pública foco de análise, 3. num terceiro momento, será feita referência à base normativa do direito fundamental analisado no primeiro capítulo tanto na ordem jurídica portuguesa quanto na brasileira, sendo que, nesta altura, será reservado espaço, também, para o enfrentamento dos possíveis limites que a atuação local enfrenta para melhor se desenvolver; 4. a quarta parte do trabalho está reservada à conexão entre o processo de governança e a formulação das políticas públicas em âmbito administrativo local, tendo na figura dos "Orçamentos Participativos", uma clara e bem-sucedida exemplificação de comportamentos desenvolvidos em âmbito local que contribuem para a formulação racional das políticas públicas em níveis microadministrativos e que, ao mesmo tempo, concretizam o direito fundamental analisado inicialmente.

I Identificação, justificação e caracterização do direito fundamental objeto de investigação e análise

Conscientes que somos de que no âmbito constitucional português (Constituição da República Portuguesa de 1976) as autarquias locais fazem parte da organização democrática do próprio Estado português (*vide* artigo 235º) e que em âmbito do ordenamento brasileiro tal realidade também pode ser depreendida da conjugação dos artigos 1º, 18, da Constituição Federal Brasileira de 1988, pode ser afirmado que o direito fundamental que serve de embasamento ou substrato suficiente para a análise do processo de elaboração e consequente concretização das políticas públicas autárquicas ou locais, refere-se ao direito de participação social na realidade na qual os administrados-cidadãos se inserem.

Mas em que se sustenta a fundamentalidade de tal direito? Onde se deve buscar esta fundamentalidade? As respostas poderiam ser dadas sob vários aspectos, mas, certamente, o núcleo para a elucidação de tais questionamentos reside na compreensão do próprio instituto das políticas públicas como sendo um conjunto de ações e de formas de elaboração de medidas político-administrativas que dizem respeito ao alcance de finalidades públicas, ou seja, visando à obtenção de externalidades positivas dirigidas para o próprio interesse coletivo e para o desenvolvimento das localidades diretamente interessadas. Portanto, será o alcance de verdadeiros fins de utilidade pública e de um melhor desenvolvimento

rpgmjf.indd 113 04/11/2011 12:32:39

social que justificará a fundamentalidade do direito de participação social no procedimento de formalização das políticas públicas em âmbito local.

Tendo em vista tal raciocínio, compartilha-se do entendimento de Jorge Miranda e Rui Medeiros,[1] ao analisarem o disposto no artigo 235º da Constituição da República Portuguesa de 1976. Asseveram os autores que:

> por haver "interesses próprios das respectivas populações" eles têm que ser prosseguidos por essas populações (pois são elas quem melhor os poderá prosseguir, num exercício de autodeterminação). Não basta que haja órgãos locais para gerir assuntos locais, esse órgãos têm de ser constituídos democraticamente para exprimir a vontade popular local.

Com base nesse entendimento, vê-se que o direito fundamental em termos de constituição de políticas públicas em âmbito autárquico ou local não poderia deixar de ser o já citado direito de participação na condução da vida democrática exercido pela sociedade.

De certo que no contexto do ordenamento jurídico brasileiro o direito de participação popular também se mostrará apto a justificar a concretização de políticas públicas pelos entes políticos locais (a exemplo dos municípios). O embasamento normativo é o próprio dispositivo constitucional que prevê que todo o poder emana do povo (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988), cabendo-lhe exercê-lo mediante representação (eleita) ou diretamente (ponto que mais de imediato nos interessa nessa análise investigativa).

Resta-nos, no entanto, esclarecer um ponto importante e que se refere à questão da definição da competência para exercitar tal direito fundamental. Afinal, o direito de participação social, enquanto direito fundamental, pode ser exercido por quem? Sua titularidade pertence ou é praticada por quem?

Tais questionamentos se justificam porque embora pareça ser óbvio que são os cidadãos os detentores desse direito — tido como forma de aperfeiçoamento de suas próprias personalidades e racionalidades na busca do desenvolvimento do contexto social ao qual pertencem —, há no contexto doutrinário português certa discordância a este respeito (tendo

[1] Cfr. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. III, p. 446. Neste mesmo sentido, tem-se o posicionamento de Luciano Parejo Alfonso, para quem a tudo que disser respeito, bem como com relação a tudo que lhes possam afetar ou, de certa forma, intervir em suas realidades deve ser debatido ou discutido pelos entes locais. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003. p. 567.

rpgmjf.indd 114 04/11/2011 12:32:39

em vista o disposto no artigo 12º, n. 2, da Constituição da República Portuguesa de 1976), no intuito de fazer com que o exercício dos mesmos seja estendido ou não às pessoas coletivas ou jurídicas.

Para Jorge Miranda,[2] direitos fundamentais ligados às pessoas coletivas devem ser equiparados a garantias institucionais. Gomes Canotilho,[3] ao contrário, vislumbra a possibilidade de haver exercício desses direitos tais como eles são: direitos fundamentais, e não meras garantias institucionais concedidas às pessoas jurídicas.

Adota-se a posição de que haverá direitos fundamentais que poderão ser titularizados pelas pessoas coletivas (inclusive, as de direito público) em algumas situações, mas desde que tal prática esteja em conformidade com o "princípio da especialidade" (como bem nos lembra Gomes Canotilho[4]), pelo qual há de haver, nestes casos, uma necessária adequação entre o direito fundamental alegado por estes entes coletivos e as finalidades ou objetivos de que dispõem.

Contudo, para o presente trabalho, não se vislumbra como poderia haver a alegação do direito fundamental anteriormente citado pelos entes coletivos de direito público na medida em que, em se tratando de formulação de políticas públicas que reverterão benefícios para as localidades, os entes coletivos (no caso, as autarquias, em Portugal, e os municípios, no Brasil) atuarão apenas como catalisadores do processo de participação da sociedade (mesmo porque, a presença destes no procedimento de elaboração das políticas públicas me parece, indiscutivelmente, necessária e óbvia). Ou seja, na feitura ou no planejamento delas, os papéis reservados aos entes coletivos públicos em questão são os de incentivadores da participação social ao mesmo tempo em que se mostram abertos à colaboração externa advinda dos cidadãos.

Dessa forma, vê-se, aqui, a participação social como um direito dos cidadãos que se liga ao aperfeiçoamento de uma garantia institucional dos entes coletivos locais, qual seja: a autonomia (que será mais bem explicada adiante) conferida a estes entes, ligada à possibilidade de que eles possam, adequadamente, constituir instrumentos novos ou colaborar para que estes sejam concretizados com vistas ao melhor desenvolvimento coletivo, chegando-se à ideia defendida por David Duarte de que o princípio

[2] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. v. 4, p. 80.
[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 422.
[4] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 422.

rpgmjf.indd 115 04/11/2011 12:32:39

participativo sustenta a reformulação do agir público, incorporando, através de mecanismos de participação, "fórmulas de acção e de aproximação à decisão superadoras da natureza impositiva e exclusivamente unilateral das decisões publicas".[5]

Caracterizando a participação social, pode-se dizer que ela será aqui entendida como necessária não apenas no sentido de possibilitar às autoridades públicas locais (de acordo com a perspectiva adotada no presente trabalho) que tomem conhecimento das informações necessárias para a tomada das melhores decisões, haja vista o fato de que os governantes, muitas vezes, detêm limitadas informações técnicas para decidirem de maneira mais acertada e em conformidade com o real interesse coletivo.

Ela é necessária não somente na fase dita preparatório-consultiva, ou seja, de fornecimento de informações e de manifestação de eventuais insatisfações ("participação cooptativa"). Muito menos ela se reporta, apenas, a um cumprimento de decisões previamente tomadas, numa fase de execução.

É certo que ela tem a função útil de trazer consigo informação necessária a quem governa ou administra. Mas ela possui um nível de profundidade maior: sua atuação inclusive e, principalmente, na chamada fase decisória, se torna elemento essencial.[6] Quer-se com isto dizer que não basta haver consultas públicas, elaboração de formulários de satisfação de serviços fornecidos, etc. A atuação social tem que ter peso diretamente no processo de tomada e definição de qual a melhor política a ser adotada face ao contexto em que se insere, face à lista de prioridades a ser atendida e, face à disponibilidade financeira (todos, fatores que, de certa maneira, limitam ou condicionam o exercício do direito fundamental em questão).

Compreendido assim o direito fundamental à participação social, tem-se que, mediante a constatação de que, aprioristicamente, cabe a qualquer das formas de organização da Administração Pública atual realizar a interface[7] entre o Estado e a sociedade civil, conferindo respostas

[5] DUARTE, David. *Procedimentalização*, *participação e fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 112.

[6] Neste sentido, pode-se dizer, em conformidade com o que assevera J. Baptista Machado, que a participação social acaba se revelando como fator indispensável do processo pelo qual as próprias pessoas ou cidadãos se conscientizam dos seus próprios interesses e acabam ficando aptas ou habilitadas, em consequência, a promovê-los ou a auxiliar mais eficazmente na sua promoção. Dessa forma e, aqui, pede-se permissão para trazer à colação as palavras do autor português, para quem a participação, neste contexto, "seria uma excelente escola de formação cívica, preparando para o exercício da democracia à escala nacional". (Cfr. MACHADO, J. Baptista. *Participação e descentralização*: democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982. p. 37).

[7] Sobre essa ideia de interface, cfr. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação administrativa. *In*: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Vilela (Coord.). *Direito administrativo*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 402, 403.

rpgmjf.indd 116 04/11/2011 12:32:39

à variedade de demandas que vêm surgindo, a formulação das políticas públicas em termos locais deverá ser tida como uma das principais medidas a serem colocadas em prática, justamente por causa da proximidade que detém com o setor social.

Gustavo Justino de Oliveira[8] caracteriza a atividade administrativa contemporânea em geral como sendo detentora da função primordial de receber os influxos e estímulos da sociedade, decodificando-os para prontamente oferecer respostas ou soluções aptas e que atendam às necessidades, satisfazendo-as da melhor maneira possível, seja no campo da regulação, ou no campo da ação.

Compartilhando da linha de raciocínio apresentada pelo jurista brasileiro e trazendo-a para o presente estudo, pode ser dito que é neste aspecto (qual seja, fazer com que a Administração Pública local se empenhe mais em decodificar as informações trazidas pelos seus administrados e possibilitar uma permanente troca recíproca com eles) que está o grande desafio:[9] buscar novas e criativas[10] formas de essa participação ganhar amplitude em sua aplicação.

Sabendo-se dos inconvenientes que dela (participação social direta) podem advir — a exemplo da morosidade no processo de definição das decisões e desgaste por parte do utente do serviço (muitas vezes participar de conselhos consultivos demanda tempo, que muitos não estão dispostos a gastar), além do fato de que o rendimento obtido com essa participação ao final não é visto por muitos como suficiente, deixando-os desmotivados a cooperar —, fato é que se e quando feita de forma adequada e prudente,

[8] Cfr. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação administrativa. *In*: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Vilela (Coord.). *Direito administrativo*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 402.

[9] Refere-se à expressão "desafio", porque tanto na realidade latino-americana quanto na de Portugal, a luta pela conquista de maiores espaços de participação ou intervenção direta da sociedade nos assuntos públicos se mostrou necessária face à ineficácia mostrada desde meados da década de 1990 pela representação política. Contudo, não se defende, aqui, deixa-se claro, que a representativa política deva ser abolida. Isso soaria absurdo ou imprudente visto que é impossível que haja participação direta em todos os aspectos que envolvam a realidade da coletividade. Daí, também, a necessidade de haver uma reformulação, inclusive, das chamadas políticas públicas de representação política ou eleitoral.

[10] Em preciosa observação e análise, Rogério Gesta Leal sugere que haja a construção de uma "gestão pública compartida", com incentivo ou estímulo à elaboração de novos instrumentos ou institutos organizacionais, por assim dizer, que possam representar ou concretizar, de acordo com o que se propõe neste trabalho, a aproximação entre a forma de atuação autárquica e o direito fundamental de participação social. Por esta forma de gestão quer o autor dizer que, para além da coparticipação desses instrumentos ou institutos na condução dos interesses públicos, deve haver uma permanente rede de interlocução ou interação entre quem administra, quem se beneficia com as políticas públicas a serem constituídas ou pensadas e, finalmente, eventuais atingidos pelas mesmas. Na visão do autor brasileiro, "tanto é preciso ampliar os espaços de participação material do cidadão na gestão pública, como aquilitar os já existentes". Cfr. LEAL, Rogério Gesta. Gestão pública compartida: construtos epistemológicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 109, abr./jun. 2003.

rpgmjf.indd 117 04/11/2011 12:32:39

melhor qualidade nas decisões poderá ser obtida, além da maior legitimidade que poderá ser extraída dessas mesmas decisões.

O uso de novas tecnologias neste sentido é de muita valia, pois ao invés de, por exemplo, se preencher formulários de satisfação para aferimento do grau de aceitação de determinado serviço que fora prestado, por que não realizar um cadastro *on-line* em que a cada cidadão (devidamente registrado ou cadastrado) fosse enviada no início do ano para ser implementada, ou ao menos estudada, uma lista de possíveis e desejáveis serviços que se pretende executar? Neste caso, far-se-ia não somente um controle pós-prestacional do serviço, mas também uma averiguação prévia em que poderiam ser aferidas quais as necessidades reais que determinada localidade encara como fundamental para um determinado período ou lapso temporal futuro.

Com relação às limitações existentes para a concretização do direito fundamental abordado neste estudo, pode-se dizer que o direito de participação social e democrática, atualmente, encontra dificuldades para ser concretizado como já referido anteriormente, devido às questões da variedade e complexidade das demandas emergentes socialmente, bem como à indisponibilidade ou insuficiência financeira para atendê-las.

Contudo, o maior de todos os desafios ou entraves existentes e que pode ser apontado, refere-se à vinculação a um verdadeiro modelo centralizador que, de certa forma, impede o processo de desenvolvimento local, criando ou estimulando a dependência política, em vez de estimular corretamente um modelo administrativo mais policentralizado. Esse significativo obstáculo ou entrave seria o que se costuma denominar de "esquizofrenia administrativa", da qual sofrem não só as realidades locais portuguesas, mas também as brasileiras.

Aliás, a chamada "Administração Pública Policêntrica" é um fato ou realidade incontestável sendo que a noção de policentrismo remete-nos não somente à ideia de descentralização organizacional do quadro administrativo, mas à ideia de que novas redes de atores sociais, econômicos e culturais devem ser formadas, agindo e cooperando entre si para a estruturação das políticas públicas em geral e, especificamente, em âmbito local.

rpgmjf.indd 118 04/11/2011 12:32:39

Surge, aqui, a noção de interação dialógica entre essas diferentes forças sociais locais que, mediante um processo de correlação,[11] exercerão um relevante papel dinamizador da estrutura administrativa local, garantindo, por consequência, a possibilidade de superação de outra limitação ao direito fundamental de participação social: o "déficit" de uma real autonomia e poder local.

De fato, como se referir à participação coletiva ou social se não houver autonomia ou real liberdade local? Mesmo porque e, afinal, como parece sugerir Fernández-Valmayor,[12] a autonomia e a democracia se pressupõem.

Como é lembrado por António Cândido de Oliveira,[13] a questão da autonomia deve ser vista de forma evoluída, adaptada. Quer-se com isso dizer que, se antigamente a expressão autonomia ligava-se, tão somente, à ideia de existência de campos de atuação estanques e tipicamente locais (caracterizados pela expressão "assuntos locais"), nos quais caberia a interferência do Estado, enquanto ente central, apenas no que tange à legalidade da atuação e administração, hoje, a ideia de autonomia transcende essa restringibilidade ou determinabilidade temática (pois, cada vez mais, a fronteira entre o que é local, regional ou nacional é mais tênue)[14] e volta-se para a defesa da participação conjunta em assuntos que possam ter alguma repercussão em termos econômicos e sociais no âmbito local.

Após abordar os fatores que levaram à crise do localismo no que se refere à definição e caracterização da autonomia dos entes locais (tais como: insuficiência financeira, dependência política, aumento e complexidade das atividades públicas, levando à relativização do que seria competência estatal/estadual ou local), António Cândido de Oliveira, valendo dos posicionamentos e dos raciocínios desenvolvidos por Jean-Marie Pontier e Charles Debbasch acerca do processo de construção do significado da

[11] A citada interação dialógica pressupõe a convergência e atuação de diversos atores sociais como os que detêm a *expertise* ou conhecimento técnico a respeito de determinada temática (os peritos — urbanistas, juristas, arquitetos, economistas, professores, médicos), as autoridades públicas e, obviamente, os cidadãos-utentes que são os que diretamente terão as suas esferas de subjetividade atingidas pela adoção das políticas públicas locais.

[12] Cfr. FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. El debate sobre la autonomía municipal. *In*: SOSA WAGNER, Francisco (Coord.). *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*: homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martin Mateo. Valencia, 2000. t. I, p. 550. Nas palavras do autor espanhol: "(...) es también afirmación general en la doctrina alemana la inescindible relación que debe existir entre los conceptos de democracia y autonomía o, lo que es lo mismo, la necesidad de adoptar conjuntamente las dos citadas concepciones a la hora de establecer la esencia definitoria de toda autonomía territorial".

[13] OLIVEIRA, António Cândido de. *Direito das autarquias locais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 134, 147.

[14] Como bem ressalta António Cândido de Oliveira, "um número cada vez maior de autores entendem que não é possível delimitar claramente, como quem separa dois objetos ou duas matérias distintas, os assuntos próprios da administração estadual e os assuntos próprios da administração municipal" (OLVEIRA, *op. cit.*, p. 135).

rpgmjf.indd 119 04/11/2011 12:32:39

expressão autonomia, fornece-nos informações ou argumentos precisos e novos (desde aquela época).

Alerta o autor português que, atualmente, a autonomia local deve ser analisada sob a ótica ou perspectiva do seguinte binômio: "autonomia-participação". Explica-se: face ao entrelaçamento de interesses e à falta de demarcação do que seja da alçada do ente central e dos demais níveis governativos em termos de construção de políticas públicas, deve-se entender que haverá autonomia na atuação toda vez que se deparar com a necessidade de interferência ou de elaboração de determinado instituto pelos entes locais para o alcance ou aperfeiçoamento de determinada finalidade pública que se vincula ao bem-estar da localidade em questão.

Na verdade, a ideia central é permitir que haja, realmente, atuação no iter procedimental das decisões públicas não apenas da pessoa jurídica de direito público em questão, mas da sociedade civil (cidadãos) e de outros atores que possam agregar valor público a essas mesmas decisões (a exemplo dos peritos ou dos que detêm a chamada "expertise"), chegando-se à ideia última e que, para alguns, será substitutiva da noção de autonomia: a de solidariedade na definição e execução das finalidades ou objetivos públicos, pressupondo uma verdadeira rede de interdependência.[15]

II Da compreensão da política pública objeto de análise

Não desnecessariamente é preciso ter-se uma breve noção do que são as políticas públicas para melhor, e posteriormente, se entender como elas são exercidas e/ou enquadradas na atuação autárquica ou local.

Resumidamente, devem ser entendidas, em sentido amplo, como formas ou ferramentas aptas a potencializar o alcance de melhor coesão social, bem como melhorar a qualidade de vida do corpo social, garantindo a este maiores externalidades positivas.[16]

[15] Neste mesmo sentido, mas reservando-se o direito de descrever a situação sem configurar a importância da participação da sociedade civil, limitando a solidariedade que deve existir apenas aos entes governativos, aponta-se a visão de Pontier, para quem: "a realidade é o encadeamento de competências, as participações recíprocas. *Cada vez maior é a dependência das autarquias em relação ao Estado e, por sua vez, o próprio Estado precisa da colaboração das autarquias para exercer convenientemente a sua missão*. Criam-se assim *dependências mútuas* (...)". (Cfr. PONTIER, Jean-Marie *apud* OLIVEIRA, *op*. *cit*., p. 162, grifo nosso).

[16] Neste mesmo sentido, Nagibe de Melo Neto assevera que elas se referem ao estabelecimento de programas de governança ou planejamento de ações estratégicas mediante as ações dos órgãos públicos nas mais diversas áreas e a forma como essas ações do poder público se dão. Cfr. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 53.

rpgmjf.indd 120 04/11/2011 12:32:39

Contudo, aqui se especificará mais essa ideia, acrescentando-se a nota da "garantia de uma melhor viabilização ou concretização de determinado direito fundamental" (no presente estudo, o direito fundamental de participação democrática/social).

Dessa forma, e tendo em vista este raciocínio, as políticas públicas da atuação autárquica ou local estarão direcionadas ao aperfeiçoamento da capacitação participativa dos cidadãos no âmbito administrativo local, acabando por se revelar como um poderoso instrumento de inserção social, garantindo a promoção de outros direitos fundamentais da população que diretamente se vincula a determinada localidade.

Serão tidas como formas específicas adquiridas por determinado comportamento administrativo do poder público na observância e preocupação com a qualidade de vida dos cidadãos citadinos, levando-se em consideração, sob a ótica adotada no presente trabalho, a garantia e/ou efetivação do direito de participação da coletividade nos assuntos que mais diretamente possam atingir ou refletir em sua rotina e contexto.

Questiona-se como serão implementadas essas ferramentas de execução comportamental do Estado em âmbito local de forma que os programas ou planejamentos estipulados pelo poder público possam se harmonizar com ou garantir o direito de participação social nas questões que diretamente interfiram na vida cotidiana dos indivíduos vinculados a determinada esfera pública autárquica ou local.

A partir desse ponto, depara-se com a necessária descoberta de alternativas de atuação dentro do espaço público, de forma que se permita dizer que no atual Estado de Direito, o direito "dito" adapta-se às contínuas necessidades concretas de cada contexto populacional local em determinado lapso temporal, tornando-se um direito "que se vai dizendo" face à constatação de que nem toda boa solução para questões de organização e planejamento local está ou pode estar na lei (ainda mais quando os dispositivos normativos incidentes não provêm ou se originam de uma representação democrática ligada diretamente à localidade, como ocorre no ordenamento lusitano, no qual carece às autarquias em geral a capacidade de elaborarem suas próprias "leis").

Chega-se a um ponto nevrálgico a ser confrontado: o da modernização ou atualização da compreensão da ideia de gestão pública ou governança.

rpgmjf.indd 121 04/11/2011 12:32:39

Segundo Roberto Carneiro,[17] o termo governança consiste na promoção de mudanças necessárias, calcado no estímulo da participação, apostando-se no que, atualmente, se denomina "responsabilidade distribuída", de forma que, ao invés de se permitir a concentração da mesma, haja, pelo contrário, sua difusão, mediante a adoção da subsidiariedade.

Complementando essa ideia, a Comissão das Comunidades Europeias aponta as noções de eficiência, eficácia, qualidade do serviço e transparência quando da promoção desse conjunto de regras e práticas que devem existir para que as citadas mudanças realmente ocorram, a fim de garantir direitos fundamentais das coletividades em questão.

Baseando-se nessa compreensão de compartilhamento de responsabilidade pautado na descentralização organizacional do poder político-administrativo, chega-se à noção, dentro do quadro das políticas públicas, de *shared-government* ou *enlarged government*, pela qual não somente o Estado, mas outros atores (sejam eles privados, públicos ou sociais) também exercem seu poder de influência decisório no estabelecimento dos objetivos a serem alcançados.

Constata-se uma verdadeira transcendentalização da figura central do Poder público na estipulação e consequente concretização de ações que têm como fim último o benefício da população local. Verifica-se com maior incidência, a partir de então, a importância do trabalho cooperativo e em rede (mediante a troca e harmonização de diversas impressões, experiências e conhecimentos acerca das temáticas mais relevantes para o desenvolvimento das populações locais) entre as diferentes autonomias governativas ou sociopolíticas e entre estas e seus respectivos contextos sociais.

III Bases normativas referentes à atuação das autarquias locais ou entes locais

Tanto da menção ao artigo 235º da Constituição da República Portuguesa, quanto da referência conjugada aos artigos 1º, 18 e 30 da Constituição Federal brasileira de 1988, pode-se depreender a existência e a importância dos entes locais para a própria compreensão da figura do Estado como um todo que busca a superação de desigualdades sociais e o bem-estar da comunidade a ele diretamente vinculada. Contudo, em

[17] CARNEIRO, Roberto *apud* SIMÕES, Jorge. *Retrato político da saúde*: dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho. Coimbra: Almedina, 2005. p. 94 *et seq*.

rpgmjf.indd 122 04/11/2011 12:32:39

razão da forma constitutiva ou do modelo estatal (em sentido estrito) que é adotado por cada uma das ordens jurídicas, o estabelecimento do funcionamento dos entes locais se dá de forma diferente.

Assim, em âmbito brasileiro, no qual o Estado ganha a caracterização de Estado Federal, tem-se uma autonomia municipal mais "plena", digamos assim, na medida em que aos entes locais é reconhecida textualmente pela Constituição capacidade político-administrativa própria, sendo que no caso da ordem jurídico-constitucional portuguesa, na qual o Estado está caracterizado como sendo Unitário, tal traço característico não é verificado.

Tal tratamento diverso, por certo pode e irá influenciar na maneira como as políticas públicas serão desenvolvidas em um e em outro Estado. Portanto, a menção a essa diferenciação se mostra totalmente pertinente mesmo que ao final se chegue à conclusão de que ambas as ordens político-jurídicas terão o mesmo direito fundamental como possível fator de aproximação para a solução das questões da descentralização, autonomia local, etc., bem como para a constituição das políticas públicas correspondentes.

Na realidade portuguesa, de acordo com o disposto nas Leis nºs 159/99 e 169/99 (respectivamente, de 14 de setembro e de 18 de setembro), o que se constata é uma manifestação ainda de certo centralismo estatal, na medida em que ambas se referem à questão de transferências de competências que serão exercidas pelos entes locais.

Não são leis de elaboração própria destes entes, mas disposições normativas de caráter nacional feitas, certamente, com o intuito de ser obtida maior uniformidade das práticas locais, mas que apenas os tornam limitados em alguns aspectos, pois haverá determinadas matérias que a eles serão de suma importância em termos de desenvolvimento próprio, mas às quais não terão como intervir ou opinar de forma decisiva com relação ao melhor tratamento a ser-lhes dado.

Mesmo que se diga que as CCDR (Comissões de Coordenação e Desenvolvido Regional) atuam ou exerçam o papel de "ponte" entre a realidade central e as diversas realidades locais, a verdade é que a última palavra virá manifestada mediante a opinião Estatal, pois tais comissões são a representação de um serviço periférico da administração direta do próprio Estado.

O fato de haver um sistema de "transferência" de atribuições por lei nacional enseja a interpretação ou reflete a ideia de que o que se tem

rpgmjf.indd 123 04/11/2011 12:32:39

é (nada mais, nada menos que) uma intensificação do poder de tutela que às autarquias locais portuguesas é feito — conforme se verifica da leitura do artigo 242º da CRP (Constituição de República Portuguesa) — pelos entes hierarquicamente a elas "superiores". Explica-se: se há toda uma lógica de transferência de competências por disposição normativa nacional, se houver qualquer forma de atuação local que desvirtue dessa lógica, ocorrerá ilegalidade por parte das autarquias, sujeita à incidência da tutela/controle ou fiscalização administrativa.

Nem o fato de a Constituição da República Portuguesa em seu artigo 241º dispor sobre o poder regulamentar dos entes locais sugere uma plena autonomia administrativa, pois o mesmo também está sujeito a controle estatal e somente é passível de existência se, além de conformidade constitucional, houver, concomitantemente, adequação para com a lei (obviamente, não elaborada por eles) ou, ainda, para com disposições regulamentares de autarquias de grau superior ou de autoridades com poder de tutela.

Mais uma vez se está diante de uma manifestação centralista de poder... Ao menos é o que sugere ou o que se pode depreender da leitura dos dispositivos constitucionais portugueses citados.

O determinismo ou dirigismo da atuação autárquica ou, melhor dizendo, o excesso de dependência criado pela base normativa que trata do agir ou comportamento dos entes locais favorece, ao que tudo indica, a preservação da tradicional ideia sobre a concepção do Estado Social, qual seja, a de que a figura do ente central se responsabiliza (ao menos na teoria) pelo atendimento de todas ou da maioria das necessidades sociais, implicando numa nítida abolia política por parte do corpo social em geral.

Contudo, a mentalidade acerca da concepção do Estado Social deve ser aperfeiçoada no sentido que Luciano Parejo Alfonso[18] utiliza quando da afirmação de que a:

> crise não afecta tanto a ideia de imbricação-confusão de Estado e sociedade, ou seja, de responsabilidade do primeiro pelas condições de funcionamento da segunda, quanto a forma de cumprimento desta e, portanto, os procedimentos de direcção e controlo dos processos sociais.

[18] PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003. p. 25-30.

rpgmjf.indd 124 04/11/2011 12:32:40

Tal visão reflete a necessidade de haver maior compromisso dos indivíduos para com os assuntos que determinarão ou conformarão suas vidas de alguma forma. Há que se superar a passividade. Sair da zona de conforto e aceitar o fato de que somente a representatividade política não é mais suficiente o bastante para a realização de programas públicos em qualquer âmbito que se refira (nacional ou local, em Portugal, ou federal, estadual ou municipal, no Brasil).

Se a lei não sugere a solução de todas as questões em termos de organização e autonomia local, o que se tem de fazer é superar sua inaptidão mediante a consolidação de um verdadeiro poder local por via indireta. Explica-se: se não há como garantir aos entes locais portugueses uma autonomia em sua "concepção jurídica"[19] que prima pela gestão de assuntos públicos que julguem ser interessantes tratar e ter sob responsabilidade própria, outras formas de manifestação desse poder local deverão ser buscadas. O reforço da incidência da participação social será, aqui, o foco de incidência dessa manifestação.

Longe de se pretender dar ou sugerir uma nova forma ou modelo político-administrativo ao adotado pela ordem jurídica portuguesa (pois, aqui, não se chegaria a tamanha ousadia), o que continua a ser utilizado como argumento para a constituição de um "real poder local" é o estímulo — e essa sugestão também é dirigida ao ordenamento brasileiro — à participação social no procedimento administrativo de feitura de decisões (*modus faciendi*) que serão responsáveis pelo condicionamento das realidades locais em determinado lapso temporal.

Com relação específica à realidade brasileira, tem-se em termos de análise normativa dos dispositivos que consagram a base de atuação ou comportamental das realidades administrativas locais, de forma a favorecer o direito fundamental em questão, um quadro um pouco diferente (ao menos, na teoria).

Há, constitucionalmente falando, repartições de competências que, de certa forma, deixam uma maior abertura para a intervenção governativa local de acordo com os interesses a serem alcançados (a exemplo dos incisos I e II do artigo 30 da Constituição Federal de 1988),[20] bem como facilitam

[19] FORSTHOFF, Ernsth *apud* FERNANDEZ-VALMAYOR, *op. cit.*, p. 550.

[20] De acordo como a redação original do referido artigo 30 da CF/88, tem-se: "Art. 30 – Compete aos Municípios:
I – legislar sobre assuntos de interesse local;
II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

rpgmjf.indd 125 04/11/2011 12:32:40

a compreensão da articulação que poderá existir entre os diversos níveis governativos dentro do cenário federativo brasileiro.

Ao contrário do que se dá com as competências constitucionalmente dadas de forma residual aos Estados, as competências municipais estão elencadas de forma clara, possibilitando, por exemplo, entender ou concretizar o mandamento constitucional do artigo 241, que dispõe sobre a possibilidade do fenômeno do associativismo local mediante a adoção de instrumentos governativos novos, consagrando o que se denomina de gestão pública compartilhada de serviços públicos.

No entanto, mesmo diante desse quadro de atuação, a esquizofrenia governativa também é sentida no contexto político e administrativo brasileiro da mesma forma e até (possivelmente) com mais intensidade do que na realidade lusitana, devido às limitações já mencionadas, de forma que o raciocínio de que novas e criativas formas ou instrumentos de governança pública também se mostram cruciais para a determinação da melhor gestão pública local, visando melhor racionalidade administrativa.

Como forma de manifestação dessa intervenção social necessária e conformadora do agir administrativo em geral, tem-se as figuras dos "Orçamentos Participativos", que serão tratados a seguir dentro do panorama da governança ou gestão pública atual.

IV O processo de governança e a formulação das políticas públicas em âmbito administrativo local: a contribuição trazida pela experiência dos "Orçamentos Participativos"

O tópico que finda a exposição da temática tem como foco de análise a explicação do processo atual de governança, explicitando seus elementos básicos e fazendo conexão entre o seu entendimento e os pontos levantados anteriormente para que, ao mesmo tempo, possa ser dito que a elaboração dos denominados "Orçamentos Participativos" pode representar ou servir

IV – criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Alterado pela EC-000.053-2006)

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual".

rpgmjf.indd 126 04/11/2011 12:32:40

como parâmetro de aferição de todo esse processo atual de alcance de melhores decisões administrativas em nível local, mediante a consagração do direito fundamental de participação social descrito no capítulo inicial.

O processo de governança, nas palavras de Maria da Glória Garcia,[21] deve ser compreendido como "poder de agir atribuído pela lei a um órgão de uma entidade pública para que percepcione as necessidades colectivas", transformando-as em interesses públicos a serem buscados e, ao mesmo tempo, a serem orientados nesta prossecução, por este mesmo órgão.

Tendo como referencial a colocação transcrita, pode-se dizer que a governança deve ser tratada como uma manifestação de poder conferida ou exercitada não apenas por órgãos do poder público (de forma que poder-se-ia imaginá-la limitada à estrutura interna da Administração Pública), mas como manifestação de poder político-administrativo conferido, inclusive, a novos arranjos institucionais pelos entes ou pessoas coletivas públicas incentivados, ou seja, por mecanismos pensados e criados na seara pública, na arena social. Ou seja, quer-se com isto dizer que se trata de um verdadeiro processo de pulverização do poder administrativo com vistas à melhor concretização e definição do que seja o interesse público e quais as suas manifestações que devem ser tidas como prioritárias.

Dessa forma, a governança pública atual, por uma questão de necessidade, vem ganhando contornos cada vez mais importantes, visto que foi e continua sendo compreendida como um "modelo alternativo a estruturas governativas hierarquizadas".[22] Percebe-se claramente um movimento de flexibilidade governativa no sentido de aproximar a realização da justiça do próprio ordenamento jurídico.

Na mesma linha de raciocínio, assevera com clareza e propriedade Jorge Vasconcelos,[23] para quem a nova governança, por ter implícita a presença de uma pluralidade de atores ao invés de uma estrutura hierárquica, acaba se afastando do esquema político tradicional das democracias representativas e das administrações *top-down*.

---

[21] GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 157.

[22] Neste mesmo sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2010. p. 1. Ainda sobre a necessidade de se ter a convivência ou correlação entre diversas esferas ou manifestações de poder governativo, tem-se a visão de Maria da Glória Garcia ao citar Ulrich Morth, para quem, "A *governance* estadual surge como poder ao lado de múltiplos centros de poder social com o intuito de lhes conferir unidade e coerência, de acordo com as sinergias que emergem da comunidade e do seu relacionamento recíproco com o Estado. A partilha de autoridade torna-se uma realidade e a actuação cada vez mais se desenvolve em rede". Cfr. GARCIA, *op. cit.*, p. 23.

[23] Cfr. VASCONCELOS, Jorge. Governo e regulação. *In*: MOREIRA, José Manuel *et al*. *Estado, sociedade civil e Administração Pública*: para um novo paradigma do serviço público. Coimbra: Almedina, 2008. p. 190, 191.

rpgmjf.indd 127 04/11/2011 12:32:40

É neste sentido que se pode fazer a correlação entre ela, a descentralização administrativa e o princípio da subsidiariedade. Explica-se: um modelo alternativo de gestão somente pode ser racionalmente estruturado em um ambiente em que não haja monopólio organizatório e decisório em termos de elaboração de políticas públicas, por exemplo. Da mesma forma, será em âmbitos nos quais se acredita que o "capital social"[24] específico (no caso o capital social local) possa eficazmente exercer poder de influência, devendo ele ser priorizado, é que tal modelo poderá se aperfeiçoar, fazendo com que a atuação central se cinja à coordenação e/ou regulação em muitos casos. Do contrário, melhor seria manter o modelo tradicional de gestão pública.

Trata-se de uma forma de gestão que faz com que os níveis governativos, para além de se tornarem eficazes em termos de economia de mercado, atuando com sua capacidade máxima de gestão, também garantam e respeitem em sua atuação normas e valores próprios das sociedades democráticas.[25]

Está-se a falar de um processo que tem como escopo superar a Administração Pública tradicional, derivada em grande medida da percepção Weberiana de tomada de decisões administrativas,[26] ao mesmo tempo em que preza pela configuração de concretas redes intergovernamentais e interadministrativas fulcradas na cooperação, principalmente no que tange à elaboração e execução de políticas públicas, como bem observa Juan-Cruz Aranguren.[27]

[24] Sobre a ideia de "capital social", cfr. o artigo de TELES, Filipe. Autarquias no fio da navalha: governação local e as estratégias de reforço do capital social. *In*: MOREIRA, José Manuel *et al*. *Estado, sociedade civil e Administração Pública*: para um novo paradigma do serviço público. Coimbra: Almedina, 2008. p. 144. Nas palavras do autor: "*A premissa fundamental do Capital Social é a de que as redes sociais têm valor*, *enfatizando um conjunto significativo*, *mas específico*, *de benefícios que emergem da confiança*, *informação*, *reciprocidade e cooperação presentes nas referidas redes*. *Este capital cria valor para os membros da 'rede' e*, *de alguma forma em terminados casos*, *para os que a rodeiam*" (grifo nosso). De acordo, ainda, com o entendimento do referido autor, os elementos essenciais do denominado capital social seriam: 1. as redes de empenho cívico; 2. as normas de reciprocidade generalizada e, 3. as relações de confiança social. Estes elementos poderiam ser encontrados em vários mecanismos que fazem com que melhores resultados ou benefícios possam ser derivados deles. Crê-se, aqui, que os "Orçamentos Participativos" (abordados mais à frente) podem ser experiências plausíveis e que pressupõem a presença de tais elementos, principalmente, o referente à questão do exercício da civilidade.

[25] Cfr. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2010. p. 1.

[26] Sendo tida como meio alternativo à hierarquizada e hermética capacidade governativa, a compreensão atual do processo de governança está atrelada à elaboração do processo de decisão em termos administrativos do Estado mediante a colaboração entre os entes governativos e entre estes e a própria sociedade civil.

[27] ALLI ARANGUREN, Jaun-Cruz. La governanza local. *Revista de Estudios de La Administración*, Madrid, n. 291, p. 46-47, ene./abr. 2003. Em feliz análise, lembra ainda o professor da Universidade de Navarra que a noção de governança volta-se para a substituição da chamada "razão de estado" pela "razão de humanidade", ou seja, passa a se preocupar com questões ligadas aos direitos humanos, pluralismo cultural e solidariedade. Nas palavras do referido autor (*op*. *cit*., p. 49): "El concepto de 'raison d'humanité' debe ser el sustituto construtivo

rpgmjf.indd 128 04/11/2011 12:32:40

Apoiando-se no pensamento de Gerry Stoker,[28] segundo o qual, para além da administração pública focar suas estratégias em objetivos ligados à eficiência do serviço disponibilizado ao cliente ou cidadão, outro paradigma da atuação ou gestão pública deve ser observado, qual seja, o de ter como meta a reivindicação de uma maior ambição voltada para a busca de resultados públicos de uma forma otimizada e que consiga transparecer maior valor social.

Vê-se, portanto, que abordar a questão da governança pública na realidade atual implica, mais do que nunca, fazer com que haja uma correlação direta entre a atuação administrativa dos entes governativos e o respeito aos interesses de relevância social. A preocupação com a prestação de qualidade de serviços que possam reverter algum valor público para a coletividade faz com que criativas formas de manifestação da governança pública sejam pensadas, elaboradas e colocadas em prática.[29]

Certamente, a desconstrução ou enfraquecimento do centralismo decisório, principalmente em termos administrativos, mostra-se um elemento de observação obrigatória, bem como o processo de valorização da subsidiariedade pela qual se consegue auferir credibilidade de atuação aos entes mais próximos dos cidadãos, ao garantir que a intervenção destes se dê, também, de forma a favorecer a racionalidade dos projetos a serem executados em termos de gestão ou governança pública.

Vistas estas considerações, passa-se a fazer menção a um instrumento governativo que traz consigo todas estas características e que tem se revelado uma boa experiência em termos de gestão quando feito racionalmente: os "Orçamentos Participativos".[30]

---

de la 'raison d'etat': expresa la idea de que la humanidad tiene necesidades y aspiraciones que la gobernanza en todos sus niveles debería favorecer como una de sus tareas principales (...)". É neste sentido que se pensa, aqui, que instrumentos ou institutos voltados para a participação social no processo de gestão de serviços com externalidades positivas, bem como para melhor definir o campo de aplicação ou alocação dos recursos a serem implementados nos serviços a serem prestados, devem ganhar relevância no quadro do direito administrativo local, com vistas a potencializar a qualidade de vida dos cidadãos das localidades estudadas.

[28] STOKER, Gerry. Gestão do valor público: a Administração Pública orientada pela missão?. Tradução de Filipe Teles. *In*: MOREIRA, José Manuel *et al*. *Estado, sociedade civil e Administração Pública*: para um novo paradigma do serviço público. Coimbra: Almedina, 2007. p. 26. No original: "Public Value Management. A New Narrative for network Governance?", v. 36, n. 1, p. 41-47, 2006.

[29] Como embasamento dessas novas formas de gestão criativas em termos administrativos, tem-se o pensamento de VAZ, Domingos M. (Org.). *Cidade e território*: identidades, urbanismos e dinâmicas transfronteiriças. Lisboa: Celta Editora, 2008. p. 14, para quem: "o conceito de governança (do inglês 'governance') traduz uma deslocação do foco do poder institucional de uma instância única, que monopoliza, para uma variedade de instâncias, de agentes e de competências — técnicas, jurídicas, gestionárias, etc. — de carácter público ou privado, dando lugar ao esbatimento das tradicionais hierarquias e estimulando as sinergias, as redes e a interacção entre o conjunto de actores, cujas interdependências funcionam numa lógica horizontal".

[30] Aqui será dada prioridade a estes instrumentos, não desconsiderando o fato de que, como bem lembra Celina Souza, há outras ferramentas que também representam o pensamento de alcance de maior racionalidade

rpgmjf.indd 129 04/11/2011 12:32:40

Os "Orçamentos Participativos" (realizados em território brasileiro primeiramente pelo Estado do Rio Grande do Sul especificamente, pela cidade de Porto Alegre, em 1989)[31] devem ser classificados como mecanismos hábeis e/ou eficazes a compreender a participação social direta como alternativa ou complementação racional da representação política, pois a lógica que permeia este instituto é a de compatibilizar a relação entre as demandas sociais e a capacidade ou suficiência orçamentária do Poder público, promovendo melhor adequação dos recursos financeiros de que este dispõe.[32]

Por meio deles, há, por assim dizer, uma divisão territorial (imaginária) — para fins administrativos — de determinada localidade (por exemplo, em zonas ou bairros) credenciando os moradores aí presentes para que possam, mediante certo escrutínio ou votação (e, após a disposição pelo Poder público das áreas temáticas a serem foco de discussão e debate), auxiliar na determinação de quais necessidades que devam ser atendidas em cada uma dessas zonas e, que se mostram merecedoras da atenção da esfera governativa local por meio de investimentos ou alocação orçamentários.

Anualmente, há reuniões e plenárias realizadas em toda a cidade (distribuídas em zonas ou sub-regiões) para que possam ser feitas as escolhas de acordo com as temáticas trabalhadas, sendo que, após essa discussão e votação, estas são reunidas em um documento único denominado "Plano de Investimentos", que posteriormente é transformado em uma proposta formal de orçamento através da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que será submetida à Câmara de Vereadores, ou seja, ao ente competente

governativa local tais como os "Conselhos Municipais Setoriais". Contudo, há de concordar com a autora quando diz que: "a existência dos conselhos é insuficiente para tornar seus participantes (...) em decisores de fato e em fiscais da aplicação de recursos". (Cfr. SOUZA, Celina. Governos locais e gestão de políticas sociais universais. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 38, abr./jun. 2004).

[31] Patrícia Pessi, em 2003, na sua dissertação de mestrado, observava que a utilização de tal instrumento já estava consolidada como modelo de gestão participativa e, para além do fato de servir como parâmetro para mais de 100 municípios brasileiros, também já se tornava referência para inúmeros países. Neste sentido cfr. PESSI, Patrícia. *e-OP*: uma nova prática comunicativa do Orçamento Participativo de Porto Alegre. 2003. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003. p. 59.

[32] Como bem observa Pedro Jacobi: "a experiência iniciada em Porto Alegre referente à adoção desta espécie de mecanismo de participação está diretamente jungida à capacidade que a Administração Pública local tem de organizar e executar canais legítimos de intervenção social, combinando elementos da democracia participativa e da representativa". Nas palavras dele: "trata-se de uma experiência que tem se multiplicado, como referência da adoção de um processo participativo, baseado no conceito de esfera pública não-estatal que incide sobre o Estado, com ou sem suporte da representação política tradicional" (JACOBI, Pedro R. Políticas sociais locais e os desafios da participação citadina. *Ciência & Saúde Coletiva*, São Paulo, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 7, n. 3, p. 451, 2002).

rpgmjf.indd 130 04/11/2011 12:32:40

por aprovar o orçamento municipal que, após pretensa aprovação, será posto em prática pelo executivo local.

O intuito dessa ferramenta ou instrumento de alocação de recursos públicos é fazer com que haja uma aproximação real entre os interesses dos cidadãos-administrados que estão sob a prática administrativa local e as possibilidades de investimentos que detém o Poder público local de forma que haja um melhor aproveitamento deles e, ao mesmo tempo, maior legitimidade do comportamento governativo local ou autárquico.

Não tão diferentemente, Portugal também vem adotando esta espécie de prática governativa de maneira a também racionalizar sua forma de gestão pública local, nos mesmos moldes dos traçados no modelo brasileiro, não havendo significativas diferenças em termos de organização e funcionamento. Ou seja, o objetivo do instrumento criativo é semelhante, a necessidade de aproximação dos cidadãos da esfera governativa é o fundamento da sua existência e a organização do funcionamento também se dá de forma descentralizada (através das juntas de freguesia) acerca das temáticas a serem debatidas.

Como exemplo, pode-se citar o "Orçamento Participativo de Palmela", que, de acordo com as informações retiradas do endereço eletrônico da respectiva Câmara Municipal, e embora instituído em 2002, acabou por se tornar um instrumento ou mecanismo de atuação aberto a todas as pessoas que habitam e trabalham no "concelho" de Palmela.

"Inserido numa prática continuada e assumida de gestão participada, o Orçamento Participativo constitui-se como um espaço de intervenção individual do cidadão na vida do seu Município."[33] O Orçamento Participativo surge na sequência de um conjunto de ações realizadas nos anos anteriores, quando a população foi convidada a manifestar-se sobre o modelo de desenvolvimento a seguir no futuro. Tanto o caráter pioneiro quanto a proximidade (fomentada por ele) entre eleitos e eleitores, reforçando os princípios da democracia participativa, têm feito dele um caso de estudo em âmbito internacional, bem como parâmetro de atuação ou gestão governativa para outras autarquias em âmbito nacional português.

No exercício comparativo realizado entre os modelos apresentados (Porto Alegre e Palmela) um ponto que merece registro é o fato de que na experiência brasileira, há um componente de forte expressividade na

[33] Conferir, neste sentido, o endereço eletrônico da Câmara Municipal de Palmela <www.cm-palmela.pt/pt/conteudos/areas+de+intervencao/orcamento+participativo>.

rpgmjf.indd 131 04/11/2011 12:32:40

atuação ou funcionamento do Orçamento Participativo: o "Conselho do Orçamento Participativo" (COP), composto por um número determinado de conselheiros eleitos cujo mandato é de um ano e que atuam, para além da coordenação em si do citado instrumento de gestão (planejamento, proposituras, deliberações sobre a receita e despesa do orçamento do município de Porto Alegre), na fiscalização da execução do orçamento aprovado e que fica a cargo do executivo local. Representa, por assim dizer, um importante elemento de contenção e de explícita manifestação do que se denomina hoje *accountability*.

Algo que poderia se aproximar de tal órgão seria, no caso do município de Palmela, o trabalho exercido pela "Comissão Técnica do Orçamento Participativo", que tem como escopo fazer com que o projeto de Orçamento Participativo possa ser consolidado como metodologia participativa de elaboração do orçamento e grandes opções do plano, aumentando quantitativamente e qualitativamente a participação dos cidadãos no processo de gestão pública, contribuindo dessa forma para uma administração local mais eficaz e transparente.

A "Comissão Técnica do Orçamento Participativo" articula a ação dos serviços municipais envolvidos na elaboração e divulgação das opções do plano desenvolvido, realizando metodologias participativas e promovendo um processo de informação e debate público sobre o orçamento e plano de ação municipal. Ao mesmo tempo, trata da informação resultante desse processo público e integra-a no processo decisório, fazendo com que haja espaços de acompanhamento da execução do plano aprovado pelos cidadãos.

No entanto, com base nos dados levantados para esta pesquisa, essa comissão não é composta de membros eleitos, de forma que permanece a dúvida acerca da sua constituição, apesar de ela possuir valores a serem perseguidos que se mostram em sintonia com os valores também almejados pela experiência brasileira.

Vista a caracterização geral de tal instrumento participativo, necessário dizer, no entanto, que ele não está isento de críticas, sendo que, para sua concretização, uma série de variantes ou condicionantes deve estar presente, pois conforme se observa na realidade brasileira, certas iniciativas a este respeito acabaram por se mostrar infrutíferas ao longo de determinado tempo.

rpgmjf.indd 132 04/11/2011 12:32:40

Entre estes fatores de influência,[34] pode-se apontar, de forma resumida:

a) o nível de organização, mobilização e politização da esfera local, ou seja, há de haver vontade em participar por parte dos cidadãos locais (daí se falar em uma aproximação entre as políticas públicas autárquicas e as eleitorais desenvolvidas pelo corpo político da comunidade), bem como há de haver organização da sociedade civil;
b) as características socioeconômicas e demográficas (a demografia local e o nível socioeconômico irá variar de localidade para localidade, influenciando não somente a espécie de mecanismo participativo a ser adotada como também a forma como, no caso dos Orçamentos Participativos, se dará a atenção dedicada pelo Poder público às zonas ou regiões temáticas);
c) a capacidade técnica e gerencial do corpo político e administrativo local também é um fator de relevância a ser observado; e
d) a situação financeira da localidade (para aferição do montante a ser investido de acordo com as escolhas feitas a partir da divisão das zonas temáticas) e a relação entre governo local e sua respectiva sociedade civil organizada.

Observadas estas condicionantes, a probabilidade de se obter uma experiência exitosa em termos de influência participativa em âmbito local se torna maior, podendo ser dito que haverá, então, maior alcance de racionalidade da gestão pública local, que se tornará, assim, exemplo do que Marco Aurélio Nogueira[35] denomina de "participação gerencial", que seria, exatamente, uma forma de participação que se orienta mediante a adoção de um comportamento de "troca" ou, melhor dizendo, de reciprocidade entre as estruturas governativas e os particulares (cidadãos).

De acordo com esta visão (e aqui está a explicação mais imediata dessa forma de participação) quanto maior for essa reciprocidade ou troca existente entre ambos, maior a legitimidade daquelas e, maiores as chances de que estes possam ver suas postulações atendidas.

[34] Neste sentido, cfr. SOUZA, *op. cit.*, p. 39.

[35] Cfr. NOGUEIRA, Marco Aurélio. Gestão participativa, Estado e democracia. *In*: NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil*: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004. p. 142. De acordo com o autor, a participação gerencial pode facilitar a obtenção de respostas às demandas comunitárias mais essenciais, ampliar a comunicação entre Poder público e cidadãos, fornecer melhores parâmetros para a elaboração e execução das decisões e, finalmente, fortalecer a gestão pública de forma geral, estimulando a expansão da cidadania ativa (*Op. cit.*, p. 142-143).

rpgmjf.indd 133 04/11/2011 12:32:40

De certo que exemplos tais como o dos Orçamentos Participativos acabam por corresponder a esta noção trazida pelo citado cientista político brasileiro, não permitindo que ela caia no campo da inocuidade ou utopia e, ao mesmo tempo, concretizam a ideia e compreensão do direito fundamental de participação social objeto de escolha e análise.

Conclusão

De acordo com a análise desenvolvida nos capítulos que deram corpo a este trabalho, o que se objetivou não foi o alcance de uma única solução possível em termos de governança pública das autarquias portuguesas e dos municípios brasileiros, mediante a prática dos chamados "Orçamentos Participativos".

A formulação e execução das políticas públicas locais certamente têm e poderão vir a ter outras abordagens sob diferentes perspectivas. O que necessariamente deve ser frisado/enfatizado em termos de governança pública em âmbito local é a preservação da capacidade interventiva do corpo social e de demais atores sociais presentes na arena pública para que haja uma maior legitimidade das medidas a serem implantadas, bem como uma maior racionalidade governativa.

Formas meramente burocráticas de gestão pública, bem como práticas centralistas de determinação da melhor maneira de se alcançar externalidades positivas no âmbito governativo local devem ser tidas como obstáculos a serem superados, priorizando-se a autonomia dos entes locais e a capacidade dialógica não só entre as esferas públicas governativas (administração central, regional e local), mas também entre estas e os respectivos corpos sociais diretamente vinculados às decisões por elas executadas, de forma que o direito fundamental de participação social durante todo o iter procedimental de planejamento seja preservado e estimulado. Este foi o raciocínio que se pretendeu dar à temática em causa.

Juiz de Fora, agosto de 2010.

rpgmjf.indd 134 04/11/2011 12:32:40

Public Policies of Local Performance

Abstract: One of constitutional and relevant aspects of modern local administrative law is the fundamental right called social participation and how it is and is going to be concreted. This paper tries to establish a connection between it and the process of local public policies which has as presuppose administrative structures existed in a level near by the social groups. We believe that this proximity can bring benefits in terms of efficient public governance. At the same time, the development of this subject has as an objective shows that local administrative structures must not be considered just a simple manifestation of the political e social decision making process done by the central government. It has an important and fundamental position nowadays in this scenario.

Key words: Social Participation Right. Public Policies. Local Governance.

Referências

ALLI ARANGUREN, Jaun-Cruz. La governanza local. *Revista de Estudios de La Administración*, Madrid, n. 291, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. El debate sobre la autonomía municipal. *In*: SOSA WAGNER, Francisco (Coord.). *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*: homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martin Mateo. Valencia, 2000. t. I.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.

JACOBI, Pedro R. Políticas sociais locais e os desafios da participação citadina. *Ciência & Saúde Coletiva*, São Paulo, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 7, n. 3, 2002.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. Gestão pública compartida: construtos epistemológicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 87-111, abr./jun. 2003.

MACHADO, J. Baptista. *Participação e descentralização*: democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. v. 4.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. III.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Gestão participativa, Estado e democracia. *In*: NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil*: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004.

OLIVEIRA, António Cândido de. *Direito das autarquias locais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

rpgmjf.indd 135 04/11/2011 12:32:40

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2010.

OLIVEIRA. Gustavo Justino de. Participação administrativa. *In*: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Vilela (Coord.). *Direito administrativo*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003.

PESSI, Patrícia. *e-OP*: uma nova prática comunicativa do Orçamento Participativo de Porto Alegre. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

SIMÕES, Jorge. *Retrato político da saúde*: dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho. Coimbra: Almedina, 2005.

SOUZA, Celina. Governos locais e gestão de políticas sociais universais. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 2, abr./jun. 2004.

STOKER, Gerry. Gestão do valor público: a Administração Pública orientada pela missão?. Tradução de Filipe Teles. *In*: MOREIRA, José Manuel *et al*. *Estado, sociedade civil e Administração Pública*: para um novo paradigma do serviço público. Coimbra: Almedina, 2007.

TELES, Filipe. Autarquias no fio da navalha: governação local e as estratégias de reforço do capital social. *In*: MOREIRA, José Manuel *et al*. *Estado, sociedade civil e Administração Pública*: para um novo paradigma do serviço público. Coimbra: Almedina, 2008.

VASCONCELOS, Jorge. Governo e regulação. *In*: MOREIRA, José Manuel *et al*. *Estado, sociedade civil e Administração Pública*: para um novo paradigma do serviço público. Coimbra: Almedina, 2008.

VAZ, Domingos M. (Org.). *Cidade e território*: identidades, urbanismos e dinâmicas transfronteiriças. Lisboa: Celta Editora, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GALVÃO, Ciro di Benatti. Políticas públicas da atuação local. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 111-136, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 136 04/11/2011 12:32:40

Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas

Rogério Junqueira Homem de Campos

Mestre em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho. Professor de Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade Metodista Granbery. Professor de Prática Jurídica das Faculdades Doctum. Advogado. Procurador do Município de Juiz de Fora.

Resumo: A segurança jurídica é questão de interesse teórico e de efeitos práticos que permanece atual. O pensamento jurídico busca incessantemente a fórmula para que as pessoas possam prever qual será o resultado do julgamento de cada um de seus atos, para agir de acordo com esta previsão. Mas a falta de segurança jurídica permanece sendo sentida. No Brasil, os gestores públicos também são vítimas deste problema, vendo-se em situações juridicamente inseguras, em que não têm garantia de estarem seguindo corretamente as normas jurídicas envolvidas; situações por isto arriscadas, no sentido de ficarem sujeitos a sanções. Contudo, o pensamento jus-filosófico acompanha a evolução social. Nasceu da necessidade de controle social e sempre almejou satisfazer às necessidades dos homens tendo por foco o ideal de justiça, de cujos pressupostos faz parte a segurança jurídica. Assim, a busca pela segurança jurídica passou por momentos importantes e bem definidos. Chegou-se a pensar que repousaria na existência de lei para todos os casos. Superada esta visão, hoje a busca da segurança jurídica tem por foco a existência de método objetivo de raciocínio interpretativo, que visa permitir o máximo grau de segurança jurídica possível em cada caso. Com isto, tem-se a possibilidade de um certo controle ou de minimização de riscos. Os gestores públicos podem, na maior medida possível, prever o resultado do eventual julgamento de cada um de seus atos e de agir em conformidade com tal previsão, estando o direito, os advogados, os procuradores, aptos ao auxílio e à orientação.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Decisões. Gestores públicos. Proporcionalidade.

Sumário: **1** Introdução – **2** A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e a "lei" – **3** Principais problemas da segurança jurídica da "lei" – **4** A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e os princípios – **5** Problemas da segurança jurídica com os princípios – **6** A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e o procedimento – **7** Conclusões – Referências

1 Introdução

Ouviu-se do Prefeito de Juiz de Fora, MG, em discurso feito aos Procuradores Municipais em solenidade comemorativa ao Dia do Advogado, em onze de agosto de dois mil e dez, experimentar preocupações em razão da falta de segurança jurídica em algumas das decisões inerentes ao

rpgmjf.indd 137 04/11/2011 12:32:40

cargo que ocupa. Contextualizou sua preocupação confessando incerteza quanto às futuras análises e conclusões sobre o acerto ou não de alguns de seus atos de gestão. Exemplificou com situações na área da saúde, em que qualquer decisão que for tomada sujeitará o gestor, seja quem for, a julgamento, com certa presunção de ter agido de forma errada (ante a visão geral nutrida em relação aos políticos e abastecida em grande parte pela imprensa sensacionalista e/ou politicamente tendenciosa), podendo gerar a ele, além de anos de incertezas (em razão da lentidão das decisões), de despesas e de preocupações com defesas processuais, em médio e longo prazo, até mesmo decisões que venham considerar suas posições gerenciais como lesivas ao erário público, com repercussão em seu patrimônio pessoal através de imposição de ressarcimento pecuniário ao ente público tido como prejudicado. Afirma ver-se diante de situações em que não se apresenta qualquer caminho decisório juridicamente seguro, que possa ser seguido sem a possibilidade de vir a ser processado e condenado.

A inquietação procede. O problema é juridicamente relevante. Pertence à Teoria Geral do Direito, tanto que desafia análise zetética do fenômeno jurídico, classificada por Tercio Sampaio Ferraz Júnior como zetética analítica aplicada.[1] Ou seja, não obstante a análise da questão tenha sede teórica, tanto investigativa quanto crítica, traz consigo, como se vê, inegáveis efeitos práticos, com grandes consequências na vida das pessoas, sejam servidores públicos ou não.

No diapasão, tem-se neste estudo, de natureza metodológica categórico-dedutiva, a expressão "segurança jurídica" como a possibilidade de as pessoas preverem o resultado do julgamento de cada um de seus atos, e de agirem cientes e em conformidade com tal previsão.[2] E isto se aplica também aos gestores públicos municipais, em relação a cada uma de suas decisões administrativas.

A questão da segurança jurídica é antiga na Teoria do Direito. Aparece, ao lado da busca pela rápida atenção às necessidades da sociedade, como um dos objetivos centrais e essenciais do Direito, aqui denominados postulados. Com efeito, tudo o que se pensou no Direito até hoje, tudo o que se pensa agora e tudo o que se pensará no futuro, teve, tem e terá por objetivo final atender a tais postulados, alcançar tais objetivos.

[1] FERRAZ JR. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*, p. 21-22.

[2] "... certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas da própria conduta,..." (BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 113).

rpgmjf.indd 138 04/11/2011 12:32:40

Assim, já é possível perceber que solução real e definitiva para a questão não há. Quem eventualmente se vanglorie de ter conseguido o caminho para atender totalmente à segurança jurídica, estará laborando em campo hipotético, divorciado da realidade, posto que, de fato, em alguma medida, a insegurança sempre existirá.

Mas a insegurança jurídica já foi maior. O desenrolar contemporâneo do pensamento jurídico trouxe correção de foco da segurança jurídica e traçou caminho para que esta seja alcançada na maior medida possível, situação que permite uma resposta ao Prefeito de Juiz de Fora e a qualquer outro gestor público que nutra inquietação semelhante, permitindo-lhes tomar decisões que estejam em máxima conformidade com o ordenamento jurídico e que, por conseguinte, mantenham minimizados os riscos e as inseguranças que suas inevitáveis decisões carregam consigo.

Por isto, visando clarear os contornos da segurança jurídica das decisões de gestão dos administradores públicos brasileiros, e para que estes tenham a maior segurança jurídica possível dentro da realidade jurídica e institucional brasileira atual, instiga fazer uma síntese, ainda que acanhada (o tema é inesgotável), do desenrolar do pensamento jurídico (Teoria do Direito) acerca do tema, assim como de seus efeitos no contexto enfocado do Direito Brasileiro.

2 A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e a "lei"

Na interminável busca por segurança jurídica, o pensamento jurídico pode conduzir ao entendimento de que, com foco no princípio da legalidade, os gestores públicos só podem fazer o que a lei expressamente obriga ou permite.[3]

Esta linha de raciocínio, embrionária no pensamento juspositivista tradicional ou legalista, pretende que as decisões gerenciais estejam totalmente respaldadas por leis (normas regras),[4] de maneira que os gestores tenham total tranquilidade de que seus atos, praticados em conformidade

[3] "O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita" (CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 16).

[4] "Do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, um modelo puro de regras é, sem dúvida, a alternativa mais atraente. Os defensores do modelo puro de regras são aqueles que consideram que as normas de direito fundamental, por mais que sejam carentes de complementação, são sempre aplicáveis sem o recurso a ponderações e são, neste sentido, normas *livres de sopesamentos*" (ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 123).

rpgmjf.indd 139 04/11/2011 12:32:40

com os mandamentos, não os sujeitarão à possibilidade de lhes serem aplicadas sanções.

Com efeito, a simples existência das leis e a obediência aos respectivos mandamentos apresentam-se suficientes para proporcionar a tão almejada segurança jurídica aos gestores públicos.[5]

Esta, em apertada síntese, é a visão sustentada pelo denominado *positivismo jurídico* tradicional ou clássico, que tem Hans Kelsen como sua figura central.

3 Principais problemas da segurança jurídica da "lei"

Parece nítido, contudo, que a visão positivista clássica, muito embora com bom grau de coerência, não é capaz de, no campo prático, efetivamente, em todas as situações fático-jurídicas, gerar a pretendida segurança jurídica. A narrada inquietação do Prefeito do Município de Juiz de Fora já aponta, em nível empírico, tal realidade.

De fato, há situações em que as leis (regras) não são suficientes para orientar com segurança as ações humanas. Há, inclusive, quem defenda que "há sempre uma margem, ora maior, ora menor, de apreciação no ato interpretativo-aplicativo, mesmo na ordem jurídica mais pormenorizada".[6] Este contexto, inevitavelmente, tem como corolário a insegurança jurídica.

Os próprios positivistas reconhecem que, não obstante existam situações em que a norma coincide com o texto legal, ou seja, o texto apresenta um único sentido a ser seguido, estando nele a norma jurídica (denominados por outros como casos fáceis, resolvidos com a aplicação das normas pelo método da subsunção), também existem hipóteses em que os textos legais são imprecisos, contendo mais de um sentido possível e não podendo, assim, expressar efetivamente uma norma jurídica.[7] São os também chamados

[5] "Os séculos XIX e XX foram particularmente pródigos na apresentação de teorias fundadas na previsibilidade necessária da aplicação da força como nota elementar da normatividade jurídica, ainda que nem sempre a base aduzida seja igual" (SGARBI. *Teoria do direito*: primeiras lições, p. 141).

[6] *In* "Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005), v. 01", Adrian Sgarbi, p. 97.

[7] "... há algo na regra que nos vincula a fazer certas coisas e nos guia e justifica a fazê-las, mas isto é uma ilusão, ainda que se trate de uma ilusão útil. ... É só porque adotamos esta ficção que podemos falar solenemente do governo das leis, não dos homens." ... "Não restam dúvidas de que os tribunais proferem seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas, cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas, admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente significa." ... "Para ser ainda mais incisivo, os céptico recordam-nos que não só as regras são incertas, mas a interpretação delas pelo tribunal pode ser não só revestida de autoridade, como também definitiva. Tendo em conta tudo isso, não será a concepção do direito como essencialmente uma questão de regras um enorme exagero, se não mesmo um erro? Tais pensamentos levam-nos à negação paradoxal que já citamos: 'As leis são fontes de direito, não parte do próprio direito'" (HART, *O conceito de direito*, p. 16-17).

rpgmjf.indd 140 04/11/2011 12:32:40

casos difíceis, situações de não direito[8] para os positivistas. A norma, em tais momentos, será, na verdade, um dos sentidos possíveis de se extrair do texto da lei.

E, para eles, positivistas jurídicos, este sentido, que será a norma jurídica, é o que for escolhido *a posteriori* em relação à pratica do ato pelo agente (quando da eventual análise de questão envolvendo o ato),[9] discricionariamente, em decisão não jurídica (política, com ares de legislativa), entre aquele rol dos sentidos possíveis do texto legal, pela autoridade juridicamente competente para tal escolha. Logo, em tais casos, a norma jurídica será o resultado desta escolha, chamada interpretação autêntica.[10]

É possível perceber, então, que a simples existência das leis e a obediência aos respectivos mandamentos já não são suficientes para proporcionar segurança jurídica aos gestores públicos. A imprecisão do texto legal os direciona para situações em que não conseguirão simplesmente cumprir as normas jurídicas e atender ao princípio da legalidade estrita. Ficarão à mercê da confirmação judicial ou administrativa (ex. Tribunal de Contas), *a posteriori*, de que cada uma de suas escolhas de gestão foi a que correspondeu à norma jurídica. No mesmo passo, estarão também sujeitos a decisões contrárias, no sentido de que certa ação gerencial não atendeu à norma jurídica e lesou o erário, submetendo o gestor a condenação reparatória.

Assim, sedimenta-se que a definição da norma jurídica pela autoridade competente, impõe, inevitavelmente, insegurança jurídica aos gestores públicos, confirmando a hipótese fática apresentada pelo Prefeito do Município de Juiz de Fora.

Vê-se, em razão disto, que o positivismo jurídico, em que pese almejar a solução do problema da segurança jurídica, não a alcança nos casos difíceis ou nos casos em que a norma jurídica não corresponde ao único sentido possível de um texto legal.

Um olhar mais profundo permite perceber que muitos são os casos em que o texto não corresponde à norma ou vice-versa.[11] A identificação

[8] "Nos casos difíceis, quando as regras jurídicas disponíveis são insuficientes, a alternativa oferecida pelos positivistas passa pela atribuição ao intérprete do poder discricionário para numa situação de não-direito construir uma norma aplicável ao caso concreto, momento no qual o juiz cria direito novo em face da legislação existente" (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

[9] Por via judicial ou administrativa, conforme a via prevista para a respectiva solução e conforme a autoridade competente para tanto.

[10] *In* "Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005), v. 01", Adrian Sgarbi.

[11] Aparição cotidiana de casos duvidosos demonstra que em um modelo de regras, o juiz só pode estar ligado juridicamente por regras, tem então que decidir sem vinculação jurídica. "Com isto, se põe em destaque

rpgmjf.indd 141 04/11/2011 12:32:40

dessas hipóteses, contudo, já se apresenta aos gestores públicos como um trilho inicial de raciocínio lógico, na medida em que confere certo nível de objetividade no vislumbre das situações de insegurança jurídica. A partir daí, pode-se buscar soluções para a insegurança jurídica.

Mais precisamente, existem situações de incertezas quanto à existência, ao sentido ou à aplicabilidade de cada texto legal, situações que corresponderão aos casos difíceis, sujeitos a interpretação, que afastam a segurança jurídica da lei.

Destacam-se neste rol de situações os casos não contemplados no ordenamento jurídico com regulação legal específica. São as denominadas lacunas[12] ou, por outros, lacunas de abertura.[13] Nestas situações, os gestores públicos não contam com textos jurídicos que regulem especificamente certas decisões, ficando a definição da norma jurídica afastada da lei e remetida ao intérprete, ou seja, o efetivo acerto jurídico ou não do ato de gestão só será objeto de definição quando da decisão posterior da autoridade competente. Não há, por óbvio, segurança jurídica.

Há ainda hipóteses contempladas em duplicidade pelo ordenamento jurídico, isto é, casos em que existe mais de um texto legal tratando de modo contrário ou contraditório de um mesmo assunto, ao mesmo tempo, para os mesmos destinatários e no mesmo lugar. São as denominadas antinomias jurídicas.[14] Existem critérios predefinidos para a solução de algumas antinomias, tornando-as meramente aparentes. Mas existem antinomias não solucionáveis por esses critérios, são as denominadas antinomias reais,[15] cujas soluções também não encontram certeza em texto legal, sendo remetidas ao intérprete.

Já Antônio Cavalcanti Maia (*in* "Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo". *In:* Guilherme Pena de Moraes, *Readequação constitucional do Estado Moderno*), citando Manuel Atienza (apoiado em Neil MacCormick), lista quatro possíveis tipos de problemas jurídicos que ensejam casos difíceis:

---

o primeiro inconveniente do modelo de regras: exceto no caso de uma legislação ótima e de um perfeito manejo das regras e formas de interpretação jurídica, não pode garantir nenhuma determinação e segurança permanentes do direito. A determinação e a segurança jurídica são, neste modelo, um assunto de tudo ou nada. Ou o julgador está estritamente vinculado ou absolutamente não está. Mas os modelos de regras puros apresentam lacunas" (ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 166, tradução própria).

[12] BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 115.

[13] ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 166.

[14] "Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, ... nem a justiça..." (BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 113).

[15] BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 92.

rpgmjf.indd 142 04/11/2011 12:32:40

> Em primeiro lugar, *problemas de relevância*, quando nos deparamos com dúvidas acerca de qual norma aplicar ao caso; segundo, *problemas de interpretação*, oriundos do fato de que surgem dúvidas de como entender uma norma (ou normas) aplicável ao caso; em terceiro lugar, *problemas de prova*, quando há um questionamento acerca da ocorrência ou não de um determinado fato; por fim, *problemas de qualificação*, que se verificam quando um dado fato não discutido ingressa ou não no espectro de aplicação de um conceito contido na hipótese de incidência ou conseqüência jurídica da norma.

Em todos esses contextos, então, o texto legal é incapaz de definir qual seja a norma jurídica e, portanto, a legalidade estrita é incapaz de gerar segurança jurídica aos gestores públicos, na medida em que, como a norma jurídica só será definida no instante da interpretação para o eventual "julgamento", não lhes é oportunizada a previsão precisa de qual seja a norma jurídica cujo mandamento devem obedecer para agirem com acerto jurídico.

4 A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e os princípios

A mera existência de lei não gerou de fato a segurança jurídica teoricamente pretendida. E, além disto, ficou sem atenção também ao outro objetivo do direito, qual seja, a necessidade de atenção às necessidades da sociedade. A inexistência de leis precisas para todas as situações, ao lado do envelhecimento do material normativo frente à célere evolução da sociedade, fez com que a malha de normas jurídicas, além de incompleta e imprecisa, ficasse obsoleta e injusta, sem atender às necessidades decorrentes de tal evolução. Houve inversão de papéis. As normas jurídicas já não atendiam à sua finalidade de servir à sociedade, ao contrário, exigiam que as pessoas as obedecessem (seguissem) cegamente, ou seja, exigiam que as pessoas as servissem.

Diante do problema, entre outros, o pensamento jurídico precisou mudar de foco. O pensamento positivista passou a ter uma correção de rumo com o denominado pensamento pós-positivista.[16]

[16] "A utilização do termo 'pós-positivista' para designar a configuração contemporânea do pensamento jurídico implica, necessariamente, uma ruptura com a forma básica de compreensão do direito, hegemônica ao logo de boa parte do século XX, conhecida como positivismo jurídico" (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

rpgmjf.indd 143 04/11/2011 12:32:40

A busca pela rápida atenção às necessidades da sociedade trouxe para dentro dos ordenamentos jurídicos a figura dos princípios jurídicos,[17] [18] utilizáveis tanto na fase pré-legislativa quanto na fase de aplicação das normas. Com eles, aquelas situações de incertezas (casos difíceis),[19] tidas até então como situações de não direito, passaram a contar com soluções jurídicas.[20]

A partir daí, as autoridades juridicamente constituídas, no momento da escolha da opção a ser tida como norma jurídica, deixaram de poder agir com total discricionariedade. A insuficiente legalidade dá lugar à juridicidade. Sua escolha, dantes política, passou a ser jurídica, posto que fundada em princípios jurídicos, elementos pertencentes ao ordenamento jurídico.[21] Logo, sua escolha passou a ter limites jurídicos, passou a ter que ser justificada, fundamentada, argumentada, com fulcro em princípios jurídicos; e a norma jurídica passou a vir desta ponderação.[22]

Para Canaris, é através do emprego da dialética de cunho valorativo, criativo e evolutivo na interpretação (e não da subsunção) que o problema busca seu próprio sistema, aperfeiçoando o antigo existente.[23]

Decorreu disto que as necessidades da sociedade passaram a ser de alguma forma atendidas rapidamente pelo direito, eis que não eram mais necessárias novas leis para que o direito regulasse até mesmo os mais

[17] Para Canaris, princípios estão próximos aos valores, mas se distinguem destes porque fazem parte da ordem jurídica positiva. Princípios são elementos do sistema positivo, enquanto os valores não. Mas ele ressalta que os princípios não são normas (e aí diverge do entendimento de Robert Alexy), mas apenas apontam para a norma (CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*).

[18] "Como desdobramento de suas novas funções na era pós-positivista, os princípios assumem um lugar de proa no deslinde dos casos difíceis. Segundo Dworkin, nos *hard cases* os juízes devem estabelecer suas decisões com base nos princípios. Normalmente, estes casos destoam dos demais em razão do elevado grau de incerteza quanto ao seu desenlace conclusivo, seja porque se constata a ausência de uma norma preexistente no ordenamento jurídico que regule aquela situação ou porque, acaso existente, pode parecer inadequada para produzir um resultado satisfatório" (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

[19] Dworkin limita o uso dos princípios aos casos de textura aberta ou de lacuna da lei, em que haveria discricionariedade do julgador (DWORKIN. *Los derechos en serio*, p. 146).

[20] "De uma parte, uma teoria dos princípios com uma ordem fraca permite estruturar racionalmente em boa medida a decisão jurídica no âmbito das lacunas de abertura do sistema jurídico. Esta já é razão suficiente para incorporar os princípios no sistema jurídico" (ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 172, tradução própria).

[21] "Todavia, de acordo com Dworkin, toda e qualquer controvérsia — inclusive os casos difíceis — pode ser resolvida com base no direito existente, desde claro que esteja composto por princípios e regras" (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

[22] Para Larenz, os princípios de direito justo, definidos como pensamentos diretores e causas de justificação, estão situados entre uma ideia de direito (algo devido, que busca justiça e paz social) e as regras ou conceitos de direito positivo. Exige ele da solução jurídica uma razoabilidade de fundamento, a partir da qual se verifica inclinação pela valoração da conduta ética e, em consequência, o compromisso das decisões jurídicas com o "justo" (*Derecho justo*: fundamentos e ética jurídica).

[23] CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*.

rpgmjf.indd 144 04/11/2011 12:32:40

novos problemas da sociedade. Neste sentido, então, já houve avanço, ou seja, a adoção dos princípios jurídicos permitiu ao direito aproximar-se de alcançar um de seus mencionados postulados essenciais: a rápida atenção às necessidades da sociedade.

5 Problemas da segurança jurídica com os princípios

O mesmo não aconteceu, contudo, com o outro postulado: a segurança jurídica.[24]

Os gestores públicos, nos casos difíceis, continuaram sem conseguir agir conforme uma previsão de qual norma jurídica viria a ser considerada como aquela a ser seguida.

Isto porque a utilização dos princípios não foi e nem pode ser engessada por regras legais, sob pena de transformarem-se princípios em leis tais quais as defendidas pelos positivistas, com os mesmos problemas já narrados.

Além disso, a mera utilização de princípios conduz inevitavelmente a indesejável subjetivismo, ou seja, cada autoridade utilizaria os princípios jurídicos de uma forma, com grande contribuição de convicções pessoais não jurídicas,[25] gerando, ainda, a impossibilidade de previsão de qual seria a forma da escolha e, assim, de qual seria a escolha. Cada autoridade poderá utilizar os princípios da maneira que melhor lhe aprouver, decidindo, então, ainda que de forma justificada e fundamentada, da maneira que entender melhor.[26] E a isto ficam submetidos inclusive os gestores públicos. A solução jurídica de cada caso difícil permanece, portanto, indeterminada até que efetivamente ocorra, pelas mãos da autoridade competente. É o que Alexy denomina "lacuna de indeterminação".[27] Ou seja, permanece não atendida a segurança jurídica.

---

[24] "Um sistema de princípios puro devido à sua indeterminação e debilidade, contrariaria exigências irrenunciáveis de segurança jurídica" (*in* "El Concepto Y La Validez del Derecho", Robert Alexy, p. 168, tradução própria).

[25] Robert Alexy apresenta como um dos problemas da mera utilização de princípios a denominada a situação de os legisladores e os tribunais poderem tudo, desde que escorados em princípios (ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 169).

[26] "Merece também que fique aqui consignado o alerta: o principal "obstáculo" posto no horizonte dessa nova configuração teórica e de sua implementação em nossa cultura jurídica reside no alargamento dos poderes dos juízes. Como este alargamento da discricionariedade judicial não se transformará em arbítrio? De que forma entender a tradicional estrutura da divisão dos poderes tendo agora como referência, dentro do paradigma neoconstitucionalista, Cortes Constitucionais que funcionam de fato como legisladores intersticiais? Estaremos condenados ao subjetivismo ou ao decisionismo judicial? Serão, como sugere Calsamiglia, os tribunais constitucionais os déspotas esclarecidos do século XXI?" (MAIA. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo).

[27] ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 170.

rpgmjf.indd 145 04/11/2011 12:32:40

6 A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e o procedimento

Neste contexto, o pensamento jurídico viu-se instigado a, mantendo a solução alcançada para a rápida atenção jurídica das necessidades da sociedade, buscar também satisfazer ao postulado da segurança jurídica.

Como o caminho de buscar a segurança jurídica na mera existência de leis já falhara, e como também já não fora suficiente para tal fim a inclusão de princípios no ordenamento jurídico, o pensamento jurídico pós-positivista desenvolveu-se[28] no sentido de perceber a necessidade de um método, critério ou procedimento a ser utilizado pelas autoridades juridicamente estabelecidas para fundamentarem e justificarem suas decisões,[29] quais sejam, as decisões nos casos difíceis.

Ronald Dworkin sustenta que a ponderação deva chamar-se razoabilidade, e deva ocorrer com critérios de validade e de utilidade.[30]

Robert Alexy trouxe o princípio da proporcionalidade[31] (ou postulado da proporcionalidade para Humberto Ávila),[32] juízo da razoabilidade, segundo o qual a autoridade ou o intérprete, após identificar todas as regras e princípios em questão, e após identificar o conteúdo de cada um, estabelecendo condições concretas de precedência, deve ponderar[33]/ sopesar tudo com critérios ou subprincípios fáticos e jurídicos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, buscando a melhor solução possível, através de um raciocínio racional e prático, que leve em conta objetivamente (através de tipos e métodos de interpretação e de

[28] "Ao sustentar que 'a teoria não só descreve, mas também forma parte do direito', Calsamiglia salienta que o pensamento jurídico tem a função de reduzir a incerteza do direito". (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

[29] ... "depois de eliminadas as lacunas de abertura, no nível das regras, restam as lacunas de indeterminação, no nível dos princípios. ... Nem os princípios e nem as regras regulam por si mesmo a sua aplicação. Se se pretende obter um modelo completo, há que se agregar aos elementos passivos um ativo, o procedimento de aplicação das regras e princípios. Em um sistema orientado pelo conceito de razão prática, este terceiro nível pode ser só de um procedimento que assegure a racionalidade": *modelo de regras, princípios e procedimento* (ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 173, tradução própria).

[30] DWORKIN. *Los derechos en serio*.

[31] O princípio da proporcionalidade, "é derivado do Princípio do Estado de Direito e, por conseguinte, está configurado como princípio constitucional" (SANTOS. O princípio da proporcionalidade. *In*: PEIXINHO *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*, p. 365).

[32] ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 94, 112.

[33] Citação de ALEXY: Princípios e ponderação são dois lados de um mesmo fenômeno... quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípio acaba chegando ao processo de ponderação (PEREIRA; SILVA. A estrutura normativa das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. *In*: PEIXINHO *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*, p. 3).

rpgmjf.indd 146 04/11/2011 12:32:40

argumentação)[34] [35] todos os fatos e todos os elementos jurídicos disponíveis e pertinentes a cada caso. Assim, cada princípio jurídico é sempre aplicado na maior medida possível.

O princípio da proporcionalidade, nestes moldes, é hoje o método mais apto a permitir que se busque objetivamente a justificação e a fundamentação que conduza à melhor solução para cada situação.[36]

O que se busca, desta sorte, é objetivação de raciocínio principiológico que permita ao máximo a previsão de qual será o sentido possível do texto a ser escolhido como a norma. Se todas as autoridades justificarem e fundamentarem suas escolhas através desse método, poder-se-á prever, em bom grau, a conclusão de cada caso, e poder-se-á, então, agir em conformidade com tal previsão, conseguindo-se, na máxima medida possível, segurança jurídica.

Reconhece Alexy não ser este método o ideal para garantir a segurança jurídica total aos casos difíceis.[37] Reconhece que permanece um inafastável nível de imprevisibilidade dos resultados, natural ao direito. Mas afirma ser, dentro das condições reais, o mais perto que se pode chegar da segurança jurídica perfeita.[38]

---

[34] "Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um 'bom jurista' talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e maneja-los com habilidade". Na produção legislativa, na aplicação legislativa e na dogmática jurídica (ATIENZA. *As razões do direito*, p. 17).

[35] Citando Tercio Ferraz Júnior: argumentação opõe-se a demonstração. Em consequência, no plano do raciocínio demonstrativo, toda prova seria redução à evidência, sendo que o evidente não teria necessidade de prova. Em contraposição, a teoria da argumentação desenvolveu-se a partir da ideia de que nem toda prova requer técnicas capazes de provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam ao seu descortínio. A demonstração, neste sentido, liga-se aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, enquanto a argumentação, não pressupondo a construção de sistemas axiomatizáveis, como seus axiomas e regras de transformação, refere-se antes aos raciocínios persuasivos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração (MAIA, A. C.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 63-64).

[36] "A proposta de Alexy é justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta correta, substitutiva da idéia de Hércules. No entanto, na obra de Alexy, a noção de única resposta correta possui apenas uma função regulativa. Quando os participantes do processo argumentativo fundamentam as suas afirmações, pressupõem que sua proposta seja a única correta. Obtém-se, então, ao menos uma correção relativa e não mera persuasão do auditório" (MAIA; SOUZA NETO. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In*: PEIXINHO *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*, p. 89-90).

[37] Os quatro postulados de racionalidade prática, na realidade, só podem ser atendidos aproximadamente. "Isto exclui a criação de uma certeza absoluta em todos os casos"... "sua realização suficiente não garante nenhum acerto absoluto, mas só relativo" (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez de derecho*, p. 176, tradução própria).

[38] "Em especial nos casos difíceis, o trabalho doutrinário procura lançar pontes entre a teoria e a prática, municiando os operadores do direito com instrumentos capazes de conduzi-los a respostas pertinentes para os problemas jurídicos, bem fundadas e ao mesmo tempo verificáveis e, na medida do possível, objetivamente controláveis. E essa controlabilidade é garantida pela argumentação jurídica, daí o papel crucial das teorias-padrão da argumentação jurídica de Alexy e MacCormick, nessa nova configuração teórica" (MAIA. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo).

rpgmjf.indd 147 04/11/2011 12:32:40

Por isto é possível afirmar que a segurança jurídica deixou de estar na simples existência de lei, passando a residir na existência e na adoção uniforme de método objetivo de interpretação jurídica.

Percebe-se, também, que o método da proporcionalidade talvez não seja perfeito, bem como que a inquietação do pensamento jurídico tende a conduzir ao surgimento de novas vias de raciocínio capazes de proporcionar aproximação ainda maior da segurança jurídica ideal. Mas, nos rumos atuais, vislumbra-se que este papel é melhor desempenhado pela proporcionalidade.

Com esta razão, o que se tem hoje acerca da segurança jurídica nos casos difíceis para os gestores públicos, é que devem eles se antecipar e raciocinar proporcionalmente, no sentido metodológico da expressão, antes de tomar cada decisão de gestão. Assim agindo poderão ter as maiores condições possíveis de prever qual será, na eventualidade da apreciação pela autoridade competente, a definição da norma jurídica que regula cada hipótese; e poderá agir em conformidade com esta previsão, controlando e diminuindo seus riscos jurídicos.

7 Conclusões

Visto isto, ratifica-se que o problema da segurança jurídica sempre existiu e sempre açoitou os gestores públicos responsáveis e legitimamente preocupados, diante da necessidade de tomarem decisões administrativas não amparadas por critérios previstos em textos legais induvidosos.

Confirma-se que este postulado do pensamento jurídico já foi mais mal resolvido e que o entendimento reinante sobre o tema permite um bom grau de atenção à segurança jurídica, ou melhor, o máximo grau de atenção possível.

Afirma-se, então, que não há de fato segurança jurídica total, ao menos por enquanto, e por isto permanece legítima e atual a angústia do Prefeito do Município de Juiz de Fora. Lado outro, afirma-se que já há evolução e relevante amadurecimento do pensamento jurídico sobre a matéria, de modo que já se consegue, em cada caso, desenvolver um exercício de raciocínio que garanta a maior segurança jurídica possível.

Já tem a seu favor, nesta toada, os gestores públicos, a possibilidade de desenvolver não só análises pessoais, como também de buscar assessoramento jurídico preventivo e orientativo caso a caso, sempre à luz da proporcionalidade, que mantenham minimizados os riscos e as inseguranças inerentes a algumas de suas inevitáveis decisões.

rpgmjf.indd 148 04/11/2011 12:32:41

Em se tratando de decisões de gestores públicos, tais análises e orientações deverão naturalmente levar em conta a moldura de institutos e elementos de Direito Administrativo, como os requisitos de validade e os elementos dos atos administrativos: competência, finalidade, forma, motivo ou causa (e motivação) e objeto.

Abstract: Juridical certainty is a matter of current theoretical interest and of practical effects. The legal thought is incessantly searching for a formula to allow people to predict the result of their every single act so as to act accordingly to this prediction. In Brazil, public administrators have also been victims of this problem and find themselves in uncertain legal situations when there is no guarantee that the legal norms involved are being followed, which is risky since they would be subject to sanctions. However, the legal philosophy thought follows society's evolution. It arouse from the need to have social control and has always being aimed to satisfy the needs of man, but having its focus on the ideal of justice, whose presuppositions encompass juridical certainty. Thus, the search for juridical certainty has gone through important and well defined moments. At one time it was thought juridical certainty would lie in the existence of a law for all cases. With this view being overcome, today the search for juridical certainty focuses on the existence of an objective method of interpretative thought which aims to allow the maximum possible degree of juridical certainty in each case. Thus, there is the possibility of a certain control or of risk minimization. Public managers may, whenever possible, predict the result of the occasional judgment of each of their acts and of acting in accordance with that prediction, being the legal profession, the lawyers, and the prosecutors able to help and guide.

Key words: Juridical certeinty. Decisions. Public administrators. Proportionality.

Referências

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *RDA*, 217, 67. Palestra.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. Palestra 10 dez. 98.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez de derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

rpgmjf.indd 149 04/11/2011 12:32:41

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos e ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAIA, A. C. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Originalmente publicado na *Revista de Direito do Estado*, v. 5, 2007. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>.

MAIA, A. C. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES, Guilherme Pena de. *Readequação constitucional do Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAIA, A. C.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura normativa das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Daniela Saraiva Lacerda. O princípio da proporcionalidade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

rpgmjf.indd 150 04/11/2011 12:32:41

SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen*: ensaios introdutórios (2001-2005). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAMPOS, Rogério Junqueira Homem de. Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 137-151, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 151 04/11/2011 12:32:41

Judicialização da saúde

Valesca Athayde de Souza Paradela
Advogada.

Resumo: O presente trabalho aborda a questão da judicilização da saúde, utilizando como marco teórico principal a teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2009), apresentando o direito à saúde como um direito social que em seu mínimo existencial é um direito fundamental, entende-se por esse mínimo a vida, e, por isso, o seu núcleo essencial deve ser preservado. A ponderação de princípios, utilizando a máxima da proporcionalidade, subdividida em: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é apresentada como um caminho para a solução de conflitos do direito à saúde frente à Administração Pública.

Palavras-chave: Saúde. Vida. Administração Pública. Alexy. Ponderação.

Sumário: **1** Introdução – **2** Teoria dos direitos fundamentais – **2.1** Regras e princípios – **2.2** Direitos fundamentais sociais – **2.3** O mínimo existencial – **2.3.1** Limites dos limites – **2.3.2** Reserva do possível – **3** Conclusão – Referências

1 Introdução

As políticas públicas na área de saúde são insuficientes, no entanto a interferência do judiciário através das concessões de medidas de urgência para procedimentos médicos ou fornecimento de medicamentos podem proporcionar resultados drásticos, interferindo diretamente nessas políticas.

Tais decisões podem destruir qualquer planejamento que tenha sido feito. Se, por um lado, alguém pode viver porque recebeu uma liminar que satisfaz suas necessidades, de outro lado alguém pode morrer; pode não haver recursos para satisfazer todas as demandas judiciais.

O problema vislumbrado nesse trabalho envolve as medidas judiciais de urgência frente ao Sistema Único de Saúde. Seriam estas uma solução adequada para o problema da escassez? Em virtude de medidas de urgência, um paciente poderá ser salvo; e o que acontecerá com o paciente que estava aguardando a sua vez na esfera administrativa?

Justifica-se o presente trabalho através da análise das decisões judiciais em sede de medidas de urgência em relação à saúde. Existe uma lacuna entre o judiciário e executivo, uma falta de comunicação e um agir em posições opostas que compromete a saúde no Brasil.

rpgmjf.indd 153 04/11/2011 12:32:41

Dessa forma, uma pesquisa que leve a avaliar a judicialização da saúde revela-se pertinente; ademais, quando um problema é diagnosticado, deve-se, de imediato, apontar os possíveis remédios para ele. Dessa forma, ao encontrar o foco do problema em questão serão discutidas as vertentes de possíveis soluções.

Uma das soluções possíveis é a ponderação de princípios; assim, a teoria dos direitos fundamentais, sustentada por Alexy (2009), será um dos marcos teóricos utilizados para a confecção da presente monografia.

Em complemento às ideias de Alexy, a teoria dos custos do direito será utilizada como forma de sustentação dos argumentos que serão aqui apresentados; tal teoria baseia-se na realidade que direitos têm custos, nas palavras de Galdino (2005): não nascem em árvores!

A fenomenologia será o método, em essencial a fenomenologia da percepção proposta por Merleau-Ponty (1999, p. 13), perceber e analisar a judicialização da saúde, afastando-se de opiniões próprias, na tentativa de ser o mais imparcial possível.

Pretende-se com a percepção do real construir um pensamento capaz de gerar mudanças, para tanto, "devo afastar de mim o meu corpo" (MERLEAU-PONTY, 1999, p. 9), ou seja, ser o mais imparcial possível, reter-se aos fatos.

Contudo, não pode ser negado que quem percebe traz consigo um pouco da essência própria; assim, mesmo buscando a imparcialidade, tem-se a consciência que o presente trabalho trará a visão de quem escreve.

2 Teoria dos direitos fundamentais

2.1 Regras e princípios

Como dito na parte introdutória, a teoria dos princípios irá guiar todos os passos da presente monografia; assim, um breve estudo acerca da teoria dos direitos fundamentais se faz necessário para o bom desempenho dessa tarefa.

Nessa esteira de pensamento, o primeiro passo a ser tomado é realizar a distinção entre regras e princípios, sendo que essa distinção é "a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais" (ALEXY, 2008, p. 85).

Em primeiro lugar, regras e princípios encontram-se alocados dentro do conceito de norma; assim, a distinção aqui proposta está entre as duas espécies normativas.

rpgmjf.indd 154 04/11/2011 12:32:41

Princípios são mandamentos de otimização, ou seja, os valores por eles albergados devem ser implementados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas presentes no caso.

Nesse sentido, um princípio pode ser comparado como uma pilastra de um edifício, quanto maior ela for, melhor a sustentação do edifício. Para garantir a segurança do prédio, quanto maior puder ser a coluna, melhor.

Contudo, a coluna pode ser diminuída em sua circunferência desde que não comprometa a estrutura da edificação. Assim, princípios são utilizados na forma maior que o caso concreto permitir; lado outro, podem chegar ao limite mínimo, que aqui em relação ao direito à saúde será chamado de mínimo existencial = vida.

Em sentido contrário, regras trabalham no sistema tudo ou nada — valem ou não, ressalvado o juízo de exceção. Elas contêm determinações, fazendo com que a distinção entre regras e princípios seja qualitativa.

Princípios e regras podem entrar em conflito. Cada um deles reage de uma forma.

As regras, quando entram em conflito, duelam até a morte; a sobrevivente desse atrito sai vencedora e, portanto, reconhecida como a regra válida. A outra, que perdeu o combate, por mais que tenha toda a estrutura de uma regra perfeita, um processo legislativo sem mácula formal, ter presunção de constitucionalidade e etc., após a desavença torna-se inválida; pode-se dizer que esta falece as duas não podem conviver em harmonia, uma deverá ser extirpada do ordenamento jurídico.

De maneira oposta, comportam-se os princípios. Estes, quando entram em conflito, têm o trato de bons amigos, ocupando o espaço que lhes é permitido em cada situação fática.

Esses, quando entram em conflito, um cede para que o outro seja aplicado, sem, contudo, perder a sua validade no ordenamento jurídico, ou ser extirpado dele. Como amigos, ocupam todo o espaço que é permitido, seja ele grande ou pequeno, mas nunca podem ficar sem nenhum. Por menor que seja a sua área de ocupação, ainda continuam vivos e inteiros, permanecem íntegros no ordenamento jurídico.

Princípios têm pesos diferenciados e são, portanto, sopesados. Nessa linha de raciocínio, princípios são colocados sobre a balança; aquele que tiver maior peso no caso que estiver em análise será utilizado. No entanto,

rpgmjf.indd 155 04/11/2011 12:32:41

o outro princípio de menor peso não deixará de valer, podendo, em outro caso, ser o de maior peso.

O que ocorre com o princípio que não será usado numa dada hipótese é que ele se encolhe, seu espaço diminui, mas sendo dada a oportunidade de utilização em grau máximo, seu peso pode se tornar grande e vencer o sopesamento. Um princípio restringe a utilização de outro sem extirpá-lo do ordenamento jurídico.[1]

Princípios, ao demandarem sua utilização no maior grau possível, não fazem de forma definitiva como as regras, mas sim *prima facie*, ou seja, dentro das possibilidades jurídicas existentes.

Sopesar princípios significa que um princípio fica de um lado da balança e o outro do lado oposto; no entanto, eles não se sopesam sozinhos, o fiel da balança é o aplicador do direito.

De acordo com esse entendimento, sopesar utilizando apenas a intuição, o subjetivismo, seria permitir que os aplicadores da norma jurídica tomassem decisões arbitrárias; assim, para fazer o sopesamento, deve-se usar a racionalidade,[2] exposta nas sentenças através da fundamentação pautada em argumentos jurídicos.

Segundo Alexy (2008, p. 165), um sopesamento é racional quando: "O enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional". Por isso, pretende-se utilizar parâmetros racionais para a condução do sopesamento entre os princípios que entram em conflito com o objeto de estudo deste trabalho.

Então, como chegar a esse sopesamento racional? A resposta está na proporcionalidade. O postulado ora mencionado deve ser aplicado levando em consideração a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, segundo as possibilidades e circunstâncias fáticas ou jurídicas envolvidas no processo de aplicação dos princípios.

Alexy (2009, p. 117) disserta que a proporcionalidade em sentido estrito decorre das possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios, enquanto a necessidade e adequação, por outro lado, são averiguadas diante das possibilidades fáticas dos princípios, entendidos como mandamentos de otimização.

---

[1] Uma comparação primária seria equiparar os princípios às massinhas de modelar usadas pelas crianças e artistas plásticos; as massinhas são maleáveis, amoldam-se ao espaço que lhes é dispensado sem jamais perder a essência de massinha!

[2] Para Aristóteles o julgamento deve ser feito por aqueles que chegaram à idade da razão. Será que os jovens juízes já chegaram a essa idade (ARISTÓTELES, 2010)?

rpgmjf.indd 156 04/11/2011 12:32:41

A adequação de meios impõe que a medida adotada para a realização do interesse em questão deve ser apropriada à finalidade almejada. Dessa forma, a adequação é um juízo de conformidade, entre a medida a ser tomada e a finalidade perseguida.

Quanto à necessidade, esta determina que seja utilizado o meio menos gravoso no caso concreto, ou seja, o meio que ofereça a menor desvantagem possível.

Nesse contexto, havendo escolhas, estas devem ser tomadas de forma que causem o menor dano possível.

A proporcionalidade em sentido estrito revela-se a própria ponderação; assim, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em colisão tem maior peso.

A proporcionalidade em sentido estrito representa a ideia central da máxima da proporcionalidade em sentido amplo, pois aponta a necessidade de formulação de um sopesamento entre o meio adotado e a limitação sofrida pelo indivíduo em parcela da sua esfera juridicamente protegida.

Nesse diapasão, Alexy (2009, p. 117) assim prescreve:

> Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei da colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos — caso sejam aplicáveis — é obrigatória... Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direito fundamental.

Dessa forma, a máxima da proporcionalidade deverá ser o norte para as decisões judiciais que envolvam conflitos entre princípios, devendo o aplicador da norma atentar que como resultado de um sopesamento restará uma regra e a aplicação desta é obrigatória.

2.2 Direitos fundamentais sociais

A Constituição (BRASIL, 1988) versa acerca dos direitos sociais em seu título II, especificamente no Capítulo II, artigo 6º:

> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa constituição.

rpgmjf.indd 157 04/11/2011 12:32:41

Tem-se, portanto, um rol de direitos de extensão constitucional; seriam todos esses direitos exigíveis integralmente?

Como visto no tópico anterior, os direitos sociais acima apresentados são normas, e essas são direitos *prima facie e vinculantes* (ALEXY, 2008, p. 501), isso significa que são direitos, mas que podem ter a sua eficácia afastada após um sopesamento que não lhes dê a vitória.

Nessa esteira de raciocínio, direitos *prima facie* correspondem a deveres *prima facie*, o Estado tem a obrigação prestacional, posto que são deveres vinculantes, mas que só será definitiva após uma ponderação dos princípios conflitantes.

O resultado do sopesamento deverá ser sustentado, como visto, por uma fundamentação racional, razões que sejam aceitáveis juridicamente.

Para chegar a um sopesamento real e fundamentado racionalmente, é preciso utilizar o postulado da proporcionalidade, que se apresenta subdividido em: adequação — necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, o aplicador do direito, antes de apresentar qual o princípio que melhor se aplica ao caso concreto, deverá analisar qual é o mais adequado ao caso, a necessidade de utilização do mesmo e ainda qual a proporção de utilização é a mais pertinente para o caso.

Repisa-se, princípios são mandados de otimização; assim, somente a proporcionalidade em sentido estrito mostrará o quanto do princípio deverá ser utilizado, uma vez que, do outro lado da balança, encontra-se outro princípio que não poderá ser extirpado do ordenamento jurídico.

Dessa forma, após o sopesamento, tem-se como resultado uma regra, posto que somente um deles será utilizado naquele momento.

2.3 O mínimo existencial

2.3.1 Limites dos limites

Entre os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição (BRASIL, 1988), o direito à saúde, especificamente, também é tratado pelo artigo 196 do mesmo estatuto. Assim, o direito a saúde é um direito fundamental social, resguardado pela Constituição.

Segundo Torres (2009, p. 13) o mínimo de direitos abrange todos os bens jurídicos protegidos, mesmo que não sejam fundamentais; tal proteção está fundamentada na ética e nas condições para o exercício das liberdades.

rpgmjf.indd 158 04/11/2011 12:32:41

No entanto, nem todo direito mínimo pode ser entendido como mínimo existencial; para tanto, é necessário que o direito em questão esteja protegendo uma situação de existência digna, ou seja, o mínimo existencial está diretamente ligado aos direitos fundamentais.

Portanto, este mínimo existencial consiste no limite dos limites das restrições aos direitos fundamentais, visto que, sem essa proteção, a possibilidade de existência do ser humano torna-se inviável ou inexistente.

A partir do momento que é possível identificar a existência de uma proteção ao mínimo existencial de um direito, surge para o Estado, através da Administração Pública, o dever de agir para garantir esse patamar mínimo. Neste sentido, assim prescreve Bobbio (1992, p. 24): "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los."

A teoria do mínimo existencial está diretamente ligada à ideia de justiça, com raízes na filosofia do direito, que trabalham a ideia de "condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas" (TORRES, 2009, p. 35).

A teoria acima apresentada não pode ser vista como um princípio jurídico, mas como o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Assim, como o álcool no vinho, se retirado o primeiro ingrediente tem-se apenas suco de uva. De igual forma, se o suco for retirado o vinho deixa de existir.

Tal metáfora tem por objetivo demonstrar que o mínimo existencial possui como tarefa primordial preservar a essência dos direitos fundamentais do homem, que podem ser restringidos, mas, jamais aniquilados.

Proteger o mínimo existencial é preservar a dignidade da pessoa humana, princípio e direito que não pode faltar a nenhum ser humano. Nessa linha de pensamento, "o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento" (TORRES, 2009, p. 84). Portanto, o mínimo existencial apresenta um nível de vinculação correspondente ao das regras.

No mesmo sentido, segue a prescrição de Alexy (2008, p. 517):

> De acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos.

rpgmjf.indd 159 04/11/2011 12:32:41

Alexy (2008) trabalha a questão do sopesamento entre princípios; no entanto, pontua que o sopesamento pode acontecer até o limite do mínimo. Quando se chega ao mínimo não há mais o que sopesar; o direito tornou-se regra, e regras não são sopesadas, valem ou não.

2.3.2 Reserva do possível

Direitos exigem gastos públicos. Estes são baseados em orçamentos, que servem de previsão e controle dos gastos da Administração Pública, que não pode gastar mais do que foi orçado.

Assim, a possibilidade de gasto fica restrita ao orçamento, de forma que, mesmo o orçamento comportando uma parcela de seus recursos para demandas judiciais, tais recursos são finitos.

Dessa maneira, quando uma decisão judicial obriga a Administração Pública a fazer gastos que não estavam previstos, possivelmente ela irá retirar recursos que já estavam comprometidos com a coletividade.

Como visto no tópico anterior, somente o mínimo existencial poderia ser demandado judicialmente. Neste sentido, a reserva do possível somente se aplicaria aos direitos sociais até o limite do mínimo existencial.

Dessa forma, quando o problema gerado pela saúde do paciente aproxima-se do limite da vida, este é o ponto do mínimo existencial, não podendo este ser sopesado — torna-se regra, que tem o poder de excluir outra regra que estiver em conflito com ela.

Quando se avalia o mínimo existencial do princípio que veicula o direito social da saúde, encontra-se de um lado a vida de um ser humano. Por outro lado, encontra-se a Administração Pública, a qual representa uma coletividade de pessoas.

Assim, a resposta dada pela Administração Pública deverá ser considerada; se esta responder que é possível conceder o medicamento ou tratamento pleiteado, este deve ser concedido de pronto. Lado oposto, a indicação negativa deve ser avaliada como um possível dano à coletividade.

A conduta da Administração Pública, dessa forma, deve ser a mais bem fundamentada possível, sempre que sua resposta ao pedido feito ao cidadão seja uma negativa, posto que deve conter *justo motivo objetivamente aferível*, não podendo a Administração defender-se apenas com a alegação da reserva do possível. Deve explicar objetivamente porque não é possível.

rpgmjf.indd 160 04/11/2011 12:32:41

A resposta bem fundamentada não deve ser desconsiderada pelo aplicador do direito, uma vez que a ausência de observação poderá beneficiar apenas um cidadão em detrimento de vários outros.

A partir dessa reposta bem fundamentada, o aplicador do direito está de frente a dois princípios, e somente após a aplicação da máxima da proporcionalidade é que se chegará à solução do conflito.

2.4 Teoria dos custos dos direitos

A teoria dos custos do direito foi desenvolvida pelos americanos Holmes e Sustein (1999, p. 15), os quais dissertam que:

> Para a verdade evidente que os direitos dependem do governo deve ser acrescentado um corolário lógico, com ricas implicações: direitos custam dinheiro. Os direitos não podem ser protegidos efetivamente sem financiamento e apoio público. Esta é a verdade dos direitos antigos como dos novos direitos… Tanto o direito ao bem-estar quanto o direito à propriedade privada têm custos públicos nada menos do que o direito aos cuidados de saúde, o direito à liberdade de expressão nada menos do que o direito à habitação digna. Todos os direitos clamam pelos cofres públicos.[3] (tradução própria)

Segundo essa teoria, todos os direitos são positivos, uma vez que, em última análise, exigem uma contraprestação do Estado. Portanto, todos os direitos dependem do aparato estatal. Com isso, todos são cercados de custos.

Ter consciência dos custos dos direitos "permite trazer maior qualidade às trágicas escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos" (GALDINO, 2005, p. 205).

Segundo Sustein/Holmes (1999, p. 94), "levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez dos recursos públicos". Por esse caminho, ao decidir acerca dos direitos, o aplicador da norma não deve esquecer que tal decisão acarretará em gastos. Ademais, a verba para esses gastos muitas vezes inexiste, ou é deslocada de áreas também essenciais para satisfazer o que foi demandado.

[3] No original: To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected on enforced without public funding and support. This is as true of old rights as of new rights... Both the right to welfare and the right to private property have public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury.

rpgmjf.indd 161 04/11/2011 12:32:41

A teoria dos custos do direito traz à realidade os operadores do direito que até então viviam apenas no mundo do dever ser.

Durante toda a formação acadêmica, o aluno do curso de direito aprende o dever ser, o mundo ideal. Nada de negativo aconteceria se, ao sair da faculdade, o aluno, agora operador do direito, tivesse a consciência de que o dever ser muitas vezes não é, e também pode não ter a possibilidade de ser, por consequência de todos os direitos terem custos e estes serem altos.

Assim, o que se encontra é uma escassez, ou seja, não existem recursos suficientes para satisfazer as vontades de todos. Amaral (2001, p. 133) alude à escassez de forma brilhante e indica as várias espécies de escassez existentes, a saber, a natural, a quase natural e a artificial. Torna-se indispensável, aqui, a sua citação:

> Dizer que um bem é escasso significa que não há suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas não por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto de satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infâncias são exemplos.

Nessa linha de pensamento, o núcleo essencial do direito à saúde, no Brasil, pode ser entendido como sujeito a uma escassez artificial de dinheiro público, pois um orçamento que realmente contemplasse a saúde com *status* de prioridade resolveria em grande parte o problema em questão.

Além da escassez de dinheiro público existem outras que não são superadas com recursos financeiros, como é o caso de órgãos para transplante. Outros tipos de escassez existem, como bem preleciona o citado autor, a natural, a quase natural e a artificial, em todas elas a ponderação à luz da proporcionalidade é uma solução justa a ser aplicada.

Retornando ao ponto da escassez de dinheiro público, por certo, o coro daqueles que fazem o orçamento será em direção à falta de verba, alegações como recursos escassos não faltariam. A escassez de recursos seria o bordão para o orçamento ser tão apertado na área de saúde.

rpgmjf.indd 162 04/11/2011 12:32:41

Além da escassez de dinheiro público existem outras que não são superadas com dinheiro, como é o caso de órgãos para transplante, e, ainda assim, a melhor solução é a ponderação.

Ainda acerca da questão da escassez de dinheiro público, cabe uma reflexão: se os recursos são poucos, não só para a saúde, mas para as demais áreas de atuação do Estado, por qual motivo ainda não foi criada a lei que regulamentaria o imposto sobre grandes fortunas previsto no artigo 153, VII, da Constituição (BRASIL, 1988)?

Vinte e dois anos se passaram sem a criação de um imposto que certamente serviria para aumentar a renda do Estado, e assim este poderia redistribuir essa renda conforme as necessidades. Os recursos não seriam tão escassos.

Ademais, através de uma interpretação teleológica poderia se chegar ao fato que esse não é um poder do Estado, ele não só pode como deve, trata-se de um poder dever. Afinal, esta é a prescrição da Lei Complementar nº 101 (BRASIL, 2000).

> Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

No entanto, não há sanção prevista para União, ente competente para instituir o imposto sobre grandes fortunas. Assim, sem sanção, não existem meios de coerção. Fica, entretanto, para um outro estudo as possibilidades de obrigar a União a instituir esse imposto que seria muito bem-vindo aos cofres públicos.

Outro grave problema enfrentado pelos operadores do direito é que não é possível a um só profissional entender de todas as áreas de conhecimento ao mesmo tempo.

Assim, a decisão tomada acerca da saúde por um profissional do direito, pode, por insuficiência de conhecimento, não refletir a realidade da área médica, podendo resultar em uma solução ineficaz, onerosa e trágica.

Deve, então, o aplicador da norma reconhecer que o direito não é superior às outras áreas acadêmicas, e que não capacita o jurista nas mais diversas áreas de ensino existente: saúde, administração, ciências, contábeis, etc.

rpgmjf.indd 163 04/11/2011 12:32:41

Nesse diapasão, nada mais coerente que profissionais das áreas pertinentes deem parecer para o caso que estiver em análise, reconhecendo, assim, os operadores de direitos, a incapacidade de ter todo o conhecimento possível.

No entanto, nem sempre existe tempo hábil para pareceres técnicos; inúmeras vezes, as demandas se iniciam em finais de semana, impedindo que a Administração Pública e profissionais de áreas correlatas apresentem seus pareceres técnicos, ficando o operador do direito sozinho para a difícil decisão.

Uma vez sozinho, cabe a esse aplicador fazer uso do instrumental do sopesamento, que para sua melhor aplicação exige o postulado normativo da proporcionalidade, explicado no item anterior.

3 Conclusão

Frente aos tópicos apresentados acima, nos quais pôde ser visto que existe um reserva do possível, e em oposição a ela um mínimo existencial que deve ser preservado, deve-se, neste momento, apresentar as possibilidades de restrição ao direito à saúde.

Por certo, seria muito bom que o Estado pudesse garantir a saúde integral a todos, mas essa é uma utopia no modelo de seguridade social implantando no Brasil.

Por outro lado, nas palavras de Galeano (1994), para que serve a utopia? Serve para não parar de caminhar, assim essa utopia de um modelo de saúde integral é necessária para que a caminhada rumo à justiça social não pare.

No entanto, prover de maneira integral a saúde para alguns não seria respeitoso com o princípio da isonomia. Dessa forma, garantir o mínimo existencial a todos que precisam é forma mais isonômica de conduzir a questão da saúde.

Conclui-se que o mínimo existencial inerente ao direito à saúde seria a proteção da vida, interligada diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Pois, sem a vida, não há mais direitos a serem pleiteados em relação à saúde.

Assim, toda vez que o núcleo existencial do direito à saúde, a vida, estiver sofrendo ameaça, o Judiciário poderá ser acionado e deverá garantir a sua eficácia após a ponderação dos princípios que estiverem em questão.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2010.

rpgmjf.indd 164 04/11/2011 12:32:41

Abstract: The present article works on the question of the of the health on judiciary, using as main theoretical landmark the theory of the basic rights (ALEXY, 2009), presenting the health right as a social right that in its minimum is a basic right, understands for this minimum of the life, and, therefore, its essential nucleus must be preserved. The balance of principles, using the principle of the proportionality, subdivided in: adequacy, necessity and proportionality in strict direction, are presented as a way for the solution of conflicts of the right to health front of the public administration.

Key words: Health. Life. Public Administration. Alexy. Balance.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Vanessa Verdolim Hudson. O interesse público na observância do contraditório em ações judiciais para fornecimento de medicamentos ou procedimentos de saúde. *In*: SEMINÁRIO JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, 2. Belo Horizonte: TJMG, 2008. DVD.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

BRASIL. Lei Complementar número 101 de 2001. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Poder Executivo, Brasília: 04 maio 2000.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Controle Jurisdicional dos Atos Políticos e Administrativos na Saúde Pública*. *In*: SEMINÁRIO JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, 2. Belo Horizonte: TJMG, 2008. DVD.

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

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos:* direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALEANO, Eduardo. *As palavras andantes*. Porto Alegre: L&PM, 1994.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Costs of Rights*: Why liberty depends on taxes. New York: Ed. Orton, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

rpgmjf.indd 165 04/11/2011 12:32:41

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. Disponível em: <http://www.mundocultural.com.br/biblioteca/georgeorwell-revolucao.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2009.

SEM, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PARADELA, Valesca Athayde de Souza. Judicialização da saúde. *Revista da-Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 153-166, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 166 04/11/2011 12:32:41

O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988

Luciano Elias Reis

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UTP/PR. Mestre em Direito Econômico pela PUCPR. Coordenador da Especialização em Direito Municipal do CESUL.

Emerson Gabardo

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFPR. Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da PUCPR. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR.

Resumo: Realiza uma contextualização constitucional do meio ambiente na legislação brasileira atual e pretérita. Expõe sobre a questão do meio ambiente e sua relação com o terceiro setor. Elabora uma descrição dos atuais mecanismos jurídicos disponíveis à Administração Pública para a realização de parcerias com o terceiro setor. Ao final conclui que o princípio da subsidiariedade não é o fundamento adequado para a legitimação das parcerias entre Estado e terceiro setor no contexto do meio ambiente. Propõe que o ideal é a adoção de uma "estratégia de responsabilidade compartilhada" como fundamento adequado à firmação de pactos entre instituições de finalidade pública que têm como escopo a sustentabilidade ambiental.

Palavras-chave: Constituição. Sustentabilidade ambiental. Terceiro setor.

Sumário: **1** Introdução – **2** Histórico da legislação brasileira a respeito do meio ambiente – **3** A definição de "meio ambiente" na Constituição de 1988 – **4** Meio ambiente e os direitos de terceira geração – **5** Questões fundamentais sobre o chamado "terceiro setor" – **6** A situação da ONG (organização não governamental) no contexto do terceiro setor – **7** O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a óptica da Constituição de 1988 – **8** Desenvolvimento, meio ambiente sustentável e a estratégia da "responsabilidade compartilhada" – **9** Conclusão – Referências

1 Introdução

O terceiro setor e o meio ambiente deveriam correlacionar-se conforme preconiza o texto constitucional brasileiro vigente; entretanto essa necessária imbricação carece de espaço tanto nos contextos das políticas públicas estatais, quanto na própria academia ou práxis jurídica. Por tais motivos, neste estudo investigam-se os instrumentos jurídicos disponíveis à Administração Pública com o escopo da realização de parcerias com o terceiro setor para a promoção do meio ambiente.

rpgmjf.indd 167 04/11/2011 12:32:41

Nessa seara, torna-se muito importante ser promovida uma abordagem relativamente aos princípios legitimadores dessa relação Estado-terceiro setor-meio ambiente. Particularmente, vêm à tona questões ligadas ao "Princípio da Subsidiariedade", no seu viés horizontal — na sua relação entre Estado e sociedade civil. Vários poderiam ser os pressupostos de uma investigação nesse lócus epistemológico. Todavia, parece oportuno destacar a ausência de uma preferência constitucional subjetiva, a fim de ser estabelecido quem são as instituições responsáveis pela proteção do meio ambiente. Trata-se de uma responsabilidade compartilhada, tanto do ponto de vista ético, quando jurídico.

2 Histórico da legislação brasileira a respeito do meio ambiente

Na esfera constitucional, de todas as constituições brasileiras pretéritas,[1] nenhuma delas tratou especificamente acerca do meio ambiente e muito menos destacou a sua importância para a sociedade. Não havia sequer sido mencionada a expressão vernacular "meio ambiente". Nas aludidas constituições existiam tão somente as repartições de competência entre os entes federados sobre elementos do meio ambiente, como, por exemplo, subsolo, águas, florestas, etc., bem como prescrições no sentido de manutenção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico. Logo, percebe-se que a questão ambiental não era algo oportuno e conveniente a ser destacado de modo explícito e individualizado na visão do poder constituinte das constituições pátrias anteriores a 1988. Édis Milaré, confrontando as constituições brasileiras anteriores, concluiu que:

> a) desde a Constituição de 1934, todas mantiveram a proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico do país;
>
> b) houve constante indicação no texto constitucional da função social da propriedade (1934, art. 115; 1946, arts. 147 e 148; 1967, art. 157, III e §8º; 1969, arts. 160, III, e 163), solução que não tinha em mira — ou era insuficiente para — proteger efetivamente o patrimônio ambiental;
>
> c) jamais se preocupou o legislador constitucional em proteger o meio ambiente de forma específica e global, mas sim dele cuidou de maneira diluída e mesmo causal, referindo-se separadamente a alguns de seus elementos integrantes (florestas, caça, pesca), ou então disciplinando matérias com ele indiretamente relacionadas (mortalidade infantil, saúde, propriedade).[2]

[1] O Brasil já teve as seguintes constituições: Constituição de 1824, Constituição de 1891, Constituição de 1934, Constituição de 1937, Constituição de 1946, Constituição de 1967 e a Emenda a Constituição nº 01/1969. A Emenda Constitucional nº 01/1967 é considerada por muitos juristas como uma Constituição em si face ao seu teor. Na referida Emenda houve a prescrição de todos os temas trabalhados.

[2] MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 211.

rpgmjf.indd 168 04/11/2011 12:32:41

A Constituição de 1988, ao estipular dentro do Título Ordem Social um capítulo próprio para o meio ambiente, promoveu uma grande conquista para a sociedade brasileira. Todavia, ainda que exista um dispositivo constitucional expresso sobre o meio ambiente (artigo 225), insta enfatizar que outros preceitos constitucionais versam sobre o tema de forma direta e indireta.[3] Desse modo, é forçoso concluir que tal regulação ocorrida com a promulgação da Constituição de 1988 representou um grande avanço frente às constituições de outros países.[4] Vladimir Passos de Freitas, acerca dessa situação, asseverou em sua obra "Direito Administrativo e Meio Ambiente" que a Constituição da República de 1988 "situa-se em posição pioneira e possibilita ao Poder Público e à coletividade os meios necessários para a tutela desse bem comum da humanidade."[5] Na mesma diretriz, José Afonso da Silva assevera que:

> As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida humana.[6]

Inocêncio Mártires Coelho coaduna da mesma posição e reitera que "(...) o capítulo do meio ambiente é um dos mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial, contendo normas de notável amplitude e de reconhecida utilidade."[7]

No tocante à legislação infraconstitucional, compete frisar que diversas leis esparsas tratavam, anteriormente à Constituição de 1988, de assuntos atinentes ao meio ambiente.[8] Não havia uma compilação em um

[3] Por exemplo, *vide* art. 5º, LXXIII; art. 20, II a XI e §1º; art. 21, IX, XII, *b* e *f*, XV, XIX, XX, XXIII, *a, b* e *c,* e XXV; art. 22, IV, X, XII, XVIIII e XXVI; art. 23, II, III, IV, VI, VII, IX e XI; art. 24, I, VI, VII, VIII e XII; dentre outros diversos dispositivos constitucionais.

[4] Sobre a questão ambiental em constituições estrangeiras, vide os comentários de: MILARÉ, *op. cit.*, p. 208-210; FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 42-49; ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito ambiental e transgênicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 45-54.

[5] FREITAS, *op. cit.*, p. 29.

[6] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 849.

[7] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1425.

[8] O Decreto-Lei nº 1.413/1975 é considerado como marco da proteção ambiental no Brasil.

rpgmjf.indd 169 04/11/2011 12:32:41

único texto legislativo de todas as leis que versavam sobre meio ambiente e tal situação, permanece ocorrendo até hoje, mais de vinte anos após a Constituição de 1988.

A falta de codificação ou compilação das mais variadas leis que dispõem sobre o assunto ocasiona uma grande celeuma, isto porque origina insegurança jurídica acerca do procedimento legal a ser adotado em casos concretos. A ausência de uma integração das mais variadas leis ambientais é resultado de problemas distintos que permeiam o meio ambiente, bem como em razão das competências diversificadas para as questões ambientais, o que por si mesmo origina a edição de normas e o desenvolvimento de condutas por todos os entes da Federação brasileira.

Isso não significa que todos os entes possuem competência comum para tratar sobre meio ambiente, porquanto a Constituição de 1988 preconiza em seus artigos 21, 23 e 30 sobre a competência material da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Da mesma forma, a própria Carta Magna estabelece a competência legislativa dos entes sobre questões referentes ao meio ambiente (artigos 22, 24 e 30).

Acrescentando às dificuldades supra, destaca-se que o conhecimento sobre meio ambiente transcende as fronteiras do Direito. Aqui não se está falando que não é possível encarar o Direito Ambiental sob o ponto prescritivo de Hans Kelsen,[9] mas sim que é impreterível o conhecimento de outras ciências e outros ramos de cognição para a compreensão de fatos que repercutem no Direito Ambiental. Ou seja, na maioria dos casos não é possível, no Direito Ambiental, obter-se um conhecimento arraigado tão somente no universo jurídico, e sim se deve buscar uma compreensão integrativa das questões junto a outras ciências. Para tanto se torna interessante a utilização do conhecimento extrajurídico, por intermédio de agentes competentes de outras searas, objetivando o encontro de uma solução adequada ao meio ambiente. Sobre o assunto, Vladimir Passos de Freitas exterioriza claramente essa necessidade de inter-relação entre as várias ciências:

> A legislação sobre o meio ambiente, além de complexa e fragmentada, exige conhecimentos profundos de várias matérias alheias às Ciências Jurídicas. Tais aspectos já dão idéia das dificuldades para a redação de um Código. Mas não é só isto. Grande parte das discussões giram em torno de temas que resultam

[9] KELSEN, Hans. *Teoria pura del derecho*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

rpgmjf.indd 170 04/11/2011 12:32:41

> em conflitos de interesses do ponto de vista econômico. Fácil é ver quantos empecilhos existem para chegar a um denominador comum.[10]

Pelo autor verifica-se ainda que há dificuldade de compreensão do tema em razão da repercussão econômica de suas lides, bem como em função da falta de uma codificação e da necessidade de inter-relação com outras ciências. Apesar desse aspecto destacado pelo jurista, cumpre enfatizar que a questão econômica sobressai nas lides ambientais, uma vez que obstaculizam investimentos, capitalizações e outros aportes de recursos pecuniários em empreendimentos das mais variadas estirpes. O empreendedor em si somente percebe os seus direitos sendo reduzidos ou delimitados, sem pensar na sua condição como integrante da sociedade, pensamento que acarreta por sua vez a falta de compreensão da profundidade e extensão do meio ambiente.

3 A definição de "meio ambiente" na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prescreveu em seu artigo 225, *caput*: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações." Pela intelecção desse preceptivo constitucional verifica-se que o poder constituinte determinou que todos os integrantes da sociedade brasileira têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo qualificado tal como bem de uso comum do povo e enquadrado como essencial para a sadia qualidade de vida de todos os cidadãos.[11] Além desse jaez, deduz-se que o meio ambiente deve ser defendido, zelado e preservado tanto pelo Poder Público quanto por todos os integrantes da sociedade e respectivas futuras gerações. Portanto, o meio ambiente é alçado como deveras relevante e essencial para todas as pessoas viventes no Brasil, indiferente de seus interesses, qualificação, classe social e posição perante o Poder Público. Por intermédio dessa primeira conclusão, vislumbra-se a grande importância da conscientização de todos os integrantes da sociedade no trato do meio ambiente.

[10] FREITAS, *op. cit.*, p. 41.

[11] Tal nomenclatura (bem comum do povo) não deve ser confundida com a classificação de bens públicos prevista no artigo 99 do Código Civil.

rpgmjf.indd 171 04/11/2011 12:32:41

Transcendendo esse espectro sob o viés da sociedade, impende enfatizar que o Poder Público também tem o dever de zelar pela preservação do meio ambiente, desenvolvendo políticas públicas, bem como utilizando das diversas ferramentas jurídicas e fáticas possíveis para o alcance de seu êxito. Acerca do assunto, Paulo de Bessa Antunes aduz que a Constituição "estabeleceu a obrigação do Poder Público e da Comunidade de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Parece-se que foram criadas duas situações distintas; a primeira, de não promover degradação; a segunda, de promover a recuperação de áreas já degradadas."[12] José Afonso da Silva, inclusive, sobressalta a necessidade do resguardo do meio ambiente ao dizer que deveria estar elencado no art. 6º da Constituição, "Direitos Sociais", pois se revela como integrante dos direitos sociais a partir do raciocínio que a "sua concreção importa em prestação do Poder Público".[13] Ademais, o autor descreve que o meio ambiente é "interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais."[14]

Édis Milaré define que o meio ambiente pode ser visto sob duas perspectivas principais, uma estrita e outra ampla. Pela percepção estrita, "o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e suas relações com e entre os seres vivos."[15] Doutro lado, numa percepção ampla, pode-se dizer que o meio ambiente "vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos."[16]

---

[12] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 57.

[13] SILVA, *op. cit.*, p. 316.

[14] A título ilustrativo, José Afonso da Silva ainda relata em sua obra Direito Constitucional Ambiental uma crítica à expressão "meio ambiente" nos seguintes termos: "A palavra ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra meio. Por isso, até se pode reconhecer que, na expressão meio ambiente, se denota certa redundância, advertida por Ramón Martín Mateo, ao observar que 'se utiliza decididamente a rubrica 'Derecho ambiental' em vez de 'Derecho del medio ambiente', abandonando uma prática lingüística pouco ortodoxa que utiliza cumulativamente expressões sinônimas ou, ao menos, redundantes, no que incorre o próprio legislador". Em português, também ocorre o mesmo fenômeno, mas essa necessidade de reforçar o sentido significante de determinados termos, em expressões compostas, é uma prática que deriva do fato de o termo reforçado ter sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou, então, porque sua expressividade é mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a idéia que a linguagem quer expressar. Esse fenômeno influencia o legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar, aos textos legislativos, a maior precisão significativa possível, daí por que a legislação brasileira, incluindo normas constitucionais, também vem empregando a expressão meio ambiente, em vez de ambiente apenas" (SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 2-3).

[15] MILARÉ, *op. cit.*, p. 52.

[16] *Ibidem*, p. 53.

rpgmjf.indd 172 04/11/2011 12:32:41

Vladimir Passos de Freitas ressalta que além da ecologia, o meio ambiente possui outros elementos de estudo, visto que a "ecologia é a parte predominante do estudo do meio ambiente, a mais conhecida, a que suscita maiores cuidados e preocupações. No entanto, o conceito de meio ambiente é mais amplo. Inclui urbanismo, aspectos históricos, paisagísticos e outros tantos essenciais, atualmente, à sobrevivência sadia do homem na Terra."[17] Maria Cristina Cesar de Oliveira explica que "em sentido amplo, o meio ambiente é composto por todos os seres que vivem no Planeta, sejam eles seres vivos, como o homem, as plantas e os animais, ou seres brutos, como as rochas o ar e a água."[18] Já Kildare Gonçalves Carvalho elenca que meio ambiente é o complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos e destaca a diferença entre ecologia e ecossistema ao dizer que

> (...) ecologia consiste no domínio científico que se dedica aos estudos dessas relações" e "ecossistema é o conjunto de relacionamentos mútuos entre determinado meio ambiente e a flora, a fauna e os microorganismos que nele habitam, e que incluem fatores de equilíbrio geológico, atmosférico, meteorológico e biológico, sendo os mais ameaçados os ecossistemas de água doce, terras alagadiças, recifes de coral, ilhas oceânicas, áreas de clima mediterrâneo, florestas úmidas tropicais, dentre outros.[19]

Numa definição descritiva extrajurídica e biológica, José de Ávila Aguiar Coimbra expõe "meio ambiente é o conjunto dos elementos físico-químicos, ecossistemas naturais e sociais em que se insere o Homem, individual e socialmente, num processo de interação que atenda ao desenvolvimento das atividades humanas, à preservação dos recursos naturais e das características essenciais do entorno, dentro de padrões de qualidade definidos."[20] Em resumo, conforme aponta Paulo de Bessa Antunes, o meio ambiente é um bem jurídico complexo que representa uma totalidade, logo, por sua vez, deve ser analisado e compreendido numa visão ampla e integrada.[21]

---

[17] FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.
[18] OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. *Princípios jurídicos e jurisprudência ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 60.
[19] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1267.
[20] COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *O outro lado do meio ambiente*. São Paulo: CETESB, 1985. p. 29.
[21] ANTUNES, *op. cit.*, p. 58.

rpgmjf.indd 173 04/11/2011 12:32:41

4 Meio ambiente e os direitos de terceira geração

Independentemente da visão de juristas sobre a concepção de meio ambiente, bem como de pensadores estranhos às ciências jurídicas, compete frisar que atualmente a referida expressão possui contornos jurídicos prescritos no Direito Positivo Brasileiro. O art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação estabelece que "para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas."

Conquanto que a Lei seja anterior à Constituição de 1988, percebe-se que o legislador foi razoavelmente feliz em pautar "a vida" como núcleo da definição de meio ambiente. Fala-se em razoavelmente, pois poderia e deveria ter estabelecido a definição com base no ponto de vista social do ser humano, e não somente no aspecto biológico.

No entanto, com a promulgação da Constituição de 1988, e conforme a prescrição específica acerca do meio ambiente, insta realçar que a interpretação legal deverá ser desenvolvida em conformidade com a Constituição. A interpretação conforme a Constituição é uma técnica de interpretação que impõe aos operadores do Direito, segundo o pensamento de Luis Roberto Barroso, o dever de interpretar "a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais."[22]

Vale ainda lembrar que a interpretação conforme a Constituição pode correlacionar-se à mera "interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma ou, ainda, a declaração de não-incidência da norma a determinada situação de fato, por importar em violação da Constituição."[23] Portanto, pela técnica de interpretação constitucional suscitada, devem ser apreciadas as prescrições da legislação de acordo com a Constituição da República de 1988, que, por sua vez, trata o meio ambiente como um direito de terceira geração (ou dimensão).

Segundo Paulo Bonavides, os direitos da terceira geração são dotados de altíssimo humanismo e universalidade, bem como "tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo

[22] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 301.
[23] *Ibidem*, p. 302.

rpgmjf.indd 174 04/11/2011 12:32:41

ou de um determinado Estado".[24] Por essa faceta de proteção, os direitos da terceira geração "têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta."[25] Entre os valores que são protegidos pelos direitos da terceira dimensão está o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

O direito ao meio ambiente está inserido dentro dos elementos que integram os direitos da terceira geração protegidos constitucionalmente, haja vista a sua importância para a contextualização e relevância dos direitos fundamentais dos cidadãos. Adotando essa concepção, o Supremo Tribunal Federal já prolatou aresto no sentido de resguardar a integridade ao direito ao meio ambiente:

> O direito à integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.[26]

5 Questões fundamentais sobre o chamado "terceiro setor"

A expressão terceiro setor advém do termo inglês "third sector", sendo que houve o seu emprego pela primeira vez na década de 70 nos Estados Unidos e posteriormente tal termo foi replicado por pesquisadores europeus na década de 80. Sobre o assunto, Fernando Borges Mânica salienta que a expressão terceiro setor foi difundida e "tem sido utilizada pelas ciências sociais para referir-se às organizações formadas pela sociedade

[24] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 569.
[25] *Idem*.
[26] Cf.: MS nº 22.164. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30.10.95, *DJ*, 17 nov. 95. No mesmo sentido: RE nº 134.297. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.6.95, *DJ*, 22 set. 95.

rpgmjf.indd 175 04/11/2011 12:32:41

civil cujo objetivo não é a busca pelo lucro, mas a satisfação de um interesse social."[27]

No tocante ao aparecimento do terceiro setor no Brasil, insta destacar que este ganhou relevo a partir da Reforma do Estado idealizada inicialmente pelo Governo Collor e posteriormente desenvolvida e efetivada pelo Governo de Fernando Henrique Cardoso. À época da efetivação quem esteve à frente foi o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Nesse momento histórico, a transformação propugnada estava fortemente arraigada com traços do neoliberalismo, tanto que os seus grandes objetivos, consoante dito por Silvio Luis Ferreira da Rocha, foram "reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos" por intermédio da desestatização, privatização e desregulamentação.[28]

Silvio Luis Ferreira da Rocha aduz ainda que os argumentos que justificaram essa redefinição das atividades do Estado foram "financeiros, jurídicos e políticos e partem da premissa, não comprovada por nenhuma experiência histórica recente, de que haveria, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender as demandas sociais."[29] O terceiro setor ganha relevo para a sua atuação, visto que exsurge fundamento para o desenvolvimento e fomento de atividades públicas por entidades terceiras, as quais estariam legitimadas para atuarem ao lado do Estado em questões de interesse estatal. É nesse fértil ambiente que ganha autonomia um novo ramo do ordenamento jurídico e da própria ciência jurídica, que passa a ser chamado "Direito do Terceiro Setor".[30]

A denominação terceiro setor já pressupõe intuitivamente de forma acertada a existência de um primeiro e segundo setor. Já quanto à sua definição específica, colacionam-se a seguir as definições de diversos juristas para posteriormente comentá-las.[31]

---

[27] MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à lei das OSCIP. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006. p. 17.

[28] ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38.

[29] *Idem*.

[30] O pioneiro na identificação deste novo ramo é Gustavo Henrique Justino de Oliveira, que chega a elaborar um conceito de "Direito do Terceiro Setor", nos seguintes termos: "ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não remunerados (voluntariado)" (cf.: OLIVEIRA. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. *In*: OLIVEIRA. *Terceiro setor, empresas e Estado*:..., *op. cit.*, p. 214).

[31] A título ilustrativo, convém aduzir que a atuação do terceiro setor tem sido tão destacada que já se fala inclusive na sua independência frente a outros ramos do Direito. Gustavo Justino de Oliveira defende que Direito

rpgmjf.indd 176 04/11/2011 12:32:42

Fernando Borges Mânica destaca que as entidades do terceiro setor possuem cumulativamente as seguintes características: (i) natureza privada; (ii) ausência de finalidade lucrativa; (iii) institucionalizadas; (iv) auto-administradas; (v) voluntárias.[32] Quanto à definição em si, inicialmente Mânica definia como "o conjunto das pessoas jurídicas de direito privado, constituídas de acordo com a legislação civil sob a forma de associações ou fundações, as quais desenvolvem (i) atividades de defesa e promoção de quaisquer direitos previstos pela Constituição ou (ii) prestem serviços de interesse público".[33] Posteriormente, o autor alterou o seu conceito de terceiro setor para adequá-lo às novas premissas constatadas diante da realidade constatada. Para tanto, descreveu-o como "o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que (i) desenvolvem atividades de defesa e promoção dos direitos fundamentais ou (ii) prestem serviços de interesse público."[34] José Eduardo S. Paes descreve que se configuram como organizações do terceiro setor:

> (...) as entidades de interesse social sem fins lucrativos, como as associações, as sociedades e as fundações de direito privado, com autonomia e administração própria, cujo objetivo é o atendimento de alguma necessidade social ou a defesa de direitos difusos ou emergentes. Tais organizações e agrupamentos sociais cobrem um amplo espectro de atividades, campos de trabalhos ou atuação, seja na defesa dos direitos humanos, na proteção do meio ambiente, assistência à saúde, apoio a populações carentes, educação, cidadania, direitos da mulher, direitos indígenas, direito do consumidor, direito das crianças, etc.[35]

Silvio Luis Ferreira da Rocha delineia que "os entes que integram o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almeja, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.[36]

---

do Terceiro Setor é "o ramo que do Direito que disciplina a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por ela desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não remunerados (voluntariado)" (cf.: OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 102).

[32] MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e imunidade tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 18.

[33] *Ibidem*, p. 65.

[34] MÂNICA. Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil:..., p. 26.

[35] PAES, José Eduardo Sebo. *Fundações e entidades de interesse social*: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 99.

[36] ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 13.

rpgmjf.indd 177 04/11/2011 12:32:42

Gustavo Justino de Oliveira define o terceiro setor por intermédio da função e do conteúdo das atividades desenvolvidas pelas entidades, mais precisamente salienta que é o "conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais desenvolvidas e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados)."[37]

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro define a partir da descrição que as organizações do terceiro setor possuem as seguintes características: diferentemente das organizações do setor privado, tais entidades não distribuem lucro entre seus proprietários, bem como não se sujeitam, ao menos em tese, ao controle político direto, o que possibilita independência para gerenciar sua perspectiva de futuro.[38]

Tarso Cabral Violin, de forma crítica, aponta em artigo específico que o terceiro setor "é uma expressão polêmica, muito abrangente, surgiu com o fortalecimento do ideário gerencial-neoliberal, e engloba as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos de benefício público e as de benefício mútuo, as pessoas físicas voluntárias e as que trabalham profissionalmente nessas entidades, e os movimentos sociais."[39]

Por sua vez, Leandro Marins de Souza ressalta que "o Terceiro Setor é toda ação, sem intuito lucrativo, praticado por pessoa física ou jurídica de natureza privada, como expressão da participação popular, que tenha por finalidade a promoção de um direito social ou seus princípios."[40]

Pelas transcrições supra, infere-se que as definições enfatizam, na maioria, quem são as pessoas que a integram e/ou quais são as características necessárias para que alguma entidade possa emoldurar-se como entidade de terceiro setor. Ademais, a grande certeza das definições carreadas é que o terceiro setor não é Estado e também não é o Mercado. Com esteio nesse raciocínio, Vital Moreira assevera que o terceiro setor revela-se como um "sector intermediário entre o Estado e o mercado, entre o sector público e o privado, que compartilha de alguns traços de cada um deles."[41]

[37] OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 104.
[38] CASTRO. Terceiro Setor e responsabilidade social. *In*: OLIVEIRA. *Direito do Terceiro Setor*:..., *op. cit.*, p. 153.
[39] VIOLIN. O 'terceiro setor' e as cooperativas sociais. *In*: OLIVEIRA. *Direito do Terceiro Setor*:..., *op. cit.*, p. 198-199.
[40] SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 96.
[41] MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 33.

rpgmjf.indd 178 04/11/2011 12:32:42

Apesar do compartilhamento de traços, aventa-se uma celeuma a partir desse raciocínio. As entidades do terceiro setor necessitam possuir de modo impreterível uma finalidade pública? Respondendo tal questionamento, Elizabete Ferrarezi salienta que "generalizar que o Terceiro Setor tem origem privada e finalidade pública constitui um dos equívocos mais comuns, dado que nele estão abrangidas também organizações que perseguem interesses privados (...)."[42] Ou seja, segundo a autora, as entidades do terceiro setor não precisam necessariamente em todos os seus atos perseguir uma finalidade pública, visto que poderão em determinadas atividades perseguir tão somente interesses egoísticos, sem que isso acarrete a sua exclusão da qualificação como entidades de terceiro setor. Porém, o egoísmo na sua atuação deverá ser ponderado, sob pena de recair como integrante do mercado em si, logo do segundo setor.

Contra esse raciocínio, Fernando Mânica ressalta que "partindo da dicotomia público/privado, pode-se verificar que as entidades de fins coletivos restritos aos seus integrantes não fazem parte do Terceiro Setor, pois sua atividade é voltada não para o público, mas o privado."[43] Esta segunda opinião parece ser a mais acertada, haja vista que entidades cujos objetivos apontam para uma "auto-filantropia", como os clubes ou entidades associativas fechadas por certo que visam o atendimento de necessidades privadas direcionadas para os próprios sujeitos integrantes daquela determinada coletividade (o caráter lucrativo, neste caso, pode não ser exatamente pecuniário, mas certamente que poderá ser identificado pelo simples motivo de que sua distribuição se dá entre os "sócios" ou "associados").

6 A situação da ONG (organização não governamental) no contexto do terceiro setor

O termo organização não governamental (ONG) foi utilizado inicialmente pela Organização das Nações Unidas para designar diferentes entidades executoras de projetos humanitários ou de interesse público.[44] Segundo o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), a definição de ONG cinge-se a: qualquer organização que não foi criada

[42] MÂNICA. *Terceiro Setor e imunidade tributária,* p. 15-16.
[43] *Ibidem*, p. 21.
[44] COUTINHO, Joana. ONGs e as políticas neoliberais. *Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/comciencia/ handler.php?section=8&edicao=19&id=203>. Acesso: 03 fev. 2010.

rpgmjf.indd 179 04/11/2011 12:32:42

por via de acordo intergovernamental.[45] Neste sentido, considera-se organização não governamental qualquer entidade que não tenha por escopo o lucro e que não tenha sido criada pelo acordo intergovernamental.

Em razão dessa amplitude de conceito, segundo pesquisa do IBGE, ABONG, GIFE e IPEA estima-se que haja 276 mil ONGs no Brasil.[46] No campo ambiental, pode-se dizer que as ONGs receberam um tratamento destacado quando da elaboração da Agenda 21, isto porque as organizações não governamentais e o seu papel perante a sociedade foi realçado pelos princípios do parágrafo 27.1 da Agenda 21, consoante transcrição a seguir:

> 27.1 – As organizações não governamentais desempenham um papel fundamental na modelagem e implementação da democracia participativa. A credibilidade delas repousa sobre o papel responsável e construtivo que desempenham na sociedade. As organizações formais e informais, bem como os movimentos populares, devem ser reconhecidos como parceiros na implementação da Agenda 21. A natureza do papel independente desempenhado pelas organizações não governamentais exige uma participação genuína; portanto, a independência é um atributo essencial dessas organizações e constitui condição prévia para a participação genuína.[47]

A partir da menção às organizações não governamentais na Agenda 21, inicia-se a utilização e o aproveitamento das ONGs numa participação social mais ativa por parte de entidades estranhas à figura estatal. Por tais razões, as ONGs atuam e recebem a atenção dos meios de comunicação, inclusive em função da atuação férvida de grande parte das ONGs existentes. Do mesmo modo, vêm recebendo nas últimas décadas uma grande atenção por parte da sociedade e do Estado brasileiro.

Doutro lado, infelizmente, tem sido constante na realidade brasileira o desvio de recursos públicos, face à malversação de dinheiros públicos trespassados às ONGs. Acerca das irregularidades, mormente às ONGs relacionadas à assistência social, Fernando Borges Mânica acentua que:

> (...) de um lado, houve a desmoralização dos mecanismos de relação entre o Estado e as entidades prestadoras de serviços de interesse público. O termo pilantropia passou a ser utilizado para referir-se ao conjunto de entidades

[45] *Idem*.
[46] *Idem*.
[47] Extraído do *site* da Organização das Nações Unidas. Disponível em <http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.un.org/esa/dsd/agenda21/res_agenda21_27.shtml&prev=/search%3Fq%3Dagenda%2B21%2B%252B%2Bonu%26hl%3Dpt-BR&rurl=translate.google.com.br&usg=ALkJrhhhxJQCvzUOheorpiDUVyb3ID-0kg>. Acesso em: 28 ago. 2010.

rpgmjf.indd 180 04/11/2011 12:32:42

> detentoras do título de utilidade pública e do certificado de fins filantrópicos, os quais passaram a ser o passaporte indispensável e suficiente para uma série de benefícios oferecidos pelo Poder Público. Episódio marcante nesse processo de desmoralização, já na vigência da Constituição de 1988, foi o denominado Escândalo dos Anões do Orçamento, pelo qual se teve escancarado o processo de influência política e corrupção que dominavam os mecanismos de registro no CNSS, emissão de certificados de fins filantrópicos e destinação das subvenções pela comissão de orçamento do Congresso Nacional.[48]

Apesar dessa circunstância (e também justamente por causa dela), mantém-se necessária a tratativa jurídica das ONGs. É sabido que inexiste uma categoria jurídica prevista em norma jurídica brasileira que defina ONG ou qualifique uma determinada entidade como uma ONG. O Código Civil brasileiro não prevê a figura jurídica da ONG. Ou seja, as ONGs foram criadas a partir da usual denominação dada às entidades do terceiro setor (que, pela sua própria natureza não possuem finalidade lucrativa).

Nesses termos, torna-se patente que as entidades não governamentais são todas sem finalidade lucrativa, independente de seus objetivos. A falta de finalidade lucrativa não significa que as ONGs não podem ter lucro. Claro que podem (e devem) ter lucro, mas tão somente não podem em sua atuação "distribuir" dividendos de qualquer natureza entre seus integrantes ou operadores. Todos os recursos obtidos pelas ONGs deverão ser revertidos nos seus próprios escopos. Isso obstaculiza que uma ONG use os recursos obtidos pelo desenvolvimento de suas atividades para retirar vantagem a ser repartida particularmente.

O mesmo raciocínio aplica-se (com ainda maior intensidade) quanto às ONGs que percebem recursos públicos para as suas atividades. Posto isso, o grande diferencial das ONGs, e que também a identifica no grupo do terceiro setor, é a sua finalidade de interesse público, o que per si comumente é chamado de finalidade pública.[49]

Aproveitando o momento de elucidação de imagens e percepções errôneas a respeito das ONGs, insta apontar que é comum estar presente o mito de que uma ONG não pode ter funcionários, mas tão somente voluntários. Por certo que qualquer organização não governamental pode ter funcionários devidamente registrados de acordo com as regras

[48] MÂNICA. *Terceiro Setor e imunidade tributária*, p. 30.

[49] Salienta-se que o termo finalidade pública não é tecnicamente o mais adequado, consoante já asseverado neste estudo.

rpgmjf.indd 181 04/11/2011 12:32:42

trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, não havendo qualquer óbice para essa constituição organizacional.

É comum que as ONGs componham-se de vários voluntários, uma vez que é comum a inexistência de atividades a serem desempenhadas de modo perene por todos, bem como são escassos os recursos financeiros para o pagamento de todos os seus colaboradores como empregados contratados e, via de consequência, por outro lado, torna-se rara a possibilidade dos voluntários largarem os seus empregos e manterem-se trabalhando só na ONG.

Atualmente, uma quantidade significativa de ONGs é formada com o intuito tão só de percepção de recursos públicos e manejo destes de forma, no mínimo, desorganizada, não esquecendo daquelas entidades que os utilizam com absoluta falta de critério ou mesmo de boa-fé. Por esse diapasão e também por outras razões, Tarso Cabral Violin esboça a seguinte crítica:

> (...) ONGs surgiram dos movimentos sociais, e tinham estratégias de enfrentamento, negação, demanda, pressão, questionamento, reivindicação contra o ou dirigida ao Estado. Atualmente estão mais dóceis, supraclassistas, subalternizadas, domesticadas, mais 'parceiras' do Estado com o objetivo de terem acesso aos fundos públicos, pautando-se mais na gestão de políticas do que de oposição política, mais gerenciais-empresariais e menos politizadas, com baixa capacidade contestatória e crítica, caso contrário não receberiam dinheiro público de governos não muito alinhados com os ideais combativos, criando um consenso aparente, e ao mesmo tempo uma apatia social.[50]

Em momento ulterior, o mesmo autor enaltece a necessidade de independência e autonomia estatal diante de interesses escusos de algumas ONGs, visto que "em países periféricos, a preocupação é que o Estado seja tão fraco e as ONGs, principalmente as transnacionais, tão fortes, que estas sejam os grupos poderosos capazes de atuarem contrariamente ao interesse público nacional, em favor de interesses particulares. Por isso a importância de preservar-se a autonomia estatal."[51] Especificamente sobre as ONGs latino-americanas, Antônio Herman Benjamim comenta que:

> (...) têm estrutura e dimensão muito variadas. Vão de organismos meramente informais a entidades formalmente constituídas. Apesar dessa heterogeneidade, algumas limitações mais ou menos comuns a todas elas podem ser apontadas:

[50] VIOLIN, *op. cit.*, p. 206.
[51] *Idem*.

rpgmjf.indd 182 04/11/2011 12:32:42

a) não são profissionalizadas; b) ressentem-se da falta de quadro pessoal fixo, capacitado tecnicamente e remunerado; c) têm poucos filiados; d) desconhecem a legislação ambiental básica, raramente utilizando os mecanismos judiciais disponíveis, mesmos os mais simples; e) são transitórias (surgem e desaparecem com facilidade); e) dependem de favores governamentais, diretos ou indiretos; f) não são especializadas, tendo uma tendência a "atirar em todas as direções".[52]

7 O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a óptica da Constituição de 1988

Conforme já asseverado, o meio ambiente recebeu um tratamento expresso e diferenciado na Constituição de 1988 se consideradas as constituições brasileiras que lhe antecederam. O artigo 225 da Constituição determinou de modo explícito que é dever de todos o zelo e a preservação do meio ambiente, incluindo o dever por parte do Poder Público. Contudo, sabe-se que nem sempre o Estado possui capacidade operacional e técnica para persecutir o seu "dever-poder"[53] frente à responsabilidade sobre o meio ambiente.

Por conseguinte, o terceiro setor poderá ajudar tranquilamente o Estado em sua missão constitucional. Aqui se fala em ajudar, e não substituir integralmente a ação estatal de preservação, zelo e erradicação das afrontas ao meio ambiente. Trata-se da realização de uma ação conjunta com vistas à "sustentabilidade" (palavra esta que representa o núcleo do ideário atual do desenvolvimento na seara ambiental).[54]

A "parceirização sustentável", ainda que tal termo possa ser objeto de críticas, revela-se como algo salutar para o meio ambiente e principalmente para a efetividade do comando constitucional no que concerne aos princípios que lhe são correlatos. Para tanto, as parcerias entre Estado e terceiro setor poderão ocorrer sob os mais variados liames jurídicos atualmente

[52] BENJAMIN, Antônio Herman V. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, p. 83-105, abr./jun. 1995, p. 100.

[53] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 97 *et seq*.

[54] "Pretende-se um desenvolvimento ambiental, um desenvolvimento econômico, um desenvolvimento social. É preciso integrá-los no que se passou a chamar de desenvolvimento sustentado. O conceito de desenvolvimento sustentado foi desfraldado pela ONU através de sua Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. 'A palavra sustentável é boa porque significa que suficiente é conseguir com que a economia cresça sem destruir os recursos e o ambiente dos quais o futuro depende, para manter o crescimento econômico de forma que os impactos sociais e ambientais desse crescimento permaneçam em equilíbrio.' Nessa integração de diversas formas de desenvolvimento, a adequação da gestão da propriedade privada e da propriedade pública tem um peso relevante. A Constituição dá uma fórmula para o uso da propriedade: a sua "função social" (cf.: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 154).

rpgmjf.indd 183 04/11/2011 12:32:42

existentes na legislação nacional (inclusive considerando-se a comum inspiração transnacional em termos de normatização da matéria).

A fim de fornecer um parâmetro do numerário dos valores envoltos em parceirizações, compete salientar o seguinte dado: as transferências de recursos para entidades sem fins lucrativos, incluindo diversos objetos, pelo Governo Federal no ano de 2009 computaram o valor de R$4.880.893.053,59.[55] Portanto, infere-se que quotidianamente recursos públicos são repassados para entidades sem fins lucrativos, as quais estão insertas no terceiro setor. Via de consequência são utilizados alguns instrumentos jurídicos factíveis de serem formalizados para ser possível instituir uma relação jurídica especial entre o Estado e o terceiro setor. Alguns deles podem ser apontados:

i) Convênios administrativos

Os convênios administrativos entre Estado e entidades particulares do terceiro setor com o objetivo comum de preservação, zelo ou auxílio na recuperação de degradações ambientais encontra pleno amparo na legislação pátria. Isto porque, segundo o conceito clássico de Hely Lopes Meirelles, os convênios administrativos "são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes".[56]

Desse modo, plenamente factível a existência de uma entidade do terceiro setor que possua finalidade institucional pertinente ao meio ambiente e convencione, por intermédio do instrumento convênio administrativo, com o Estado. Isso é plenamente possível, pois o Estado tem a missão constitucional de resguardar o meio ambiente e para tanto poderá ajustar-se com terceiros, inclusive entidades não governamentais, para que estas possam subsidiá-lo.

Claro que é indispensável o preenchimento de alguns requisitos legais presentes no caso concreto para legitimar o convênio administrativo, bem como os requisitos legais aplicáveis à espécie sejam devidamente cumpridos. Apenas procura-se demonstrar neste momento a possibilidade de entidades de terceiro setor e o Estado convencionarem-se via convênio para juntamente perquirirem e resguardarem o meio ambiente. Apesar do

[55] Consoante informação obtida diretamente do *site* <www.portaldatransparencia.gov.br>. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/PortalComprasDiretasFavorecido.asp?TipoPesquisa=3&Ano=2009&Valor=106053688726099>. Acesso em: 28 ago. 2010.

[56] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 338.

rpgmjf.indd 184 04/11/2011 12:32:42

preconceito existente, não há nada de irregular nessa atividade conjunta, desde que, novamente, sejam observados os princípios constitucionais inerentes.

ii) Termo de parceria

De acordo com o artigo 9º da Lei nº 9.790/99 o termo de parceria é o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas na própria lei.[57]

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) é a qualificação outorgada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que possuam objetivos sociais e normas estatutárias em consonância com os ditames da Lei nº 9.790.[58] Para tanto, um dos requisitos para esta qualificação é que a pessoa jurídica de direito privado possua objetivos sociais dentre os correlacionados na lei.[59]

Por conseguinte, interpretando o aludido texto normativo, verifica-se que os incisos II, III e VI do artigo 3º são albergues legais para a existência de OSCIP na área ambiental e, via de consequência, legitimadores para a parceria entre Estado e OSCIP, que integra o terceiro setor, na busca da preservação e zelo do meio ambiente.

[57] Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

[58] Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

[59] Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I – promoção da assistência social; II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V – promoção da segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – promoção do voluntariado; VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

rpgmjf.indd 185 04/11/2011 12:32:42

Cumpre destacar que a Lei nº 9.790/99 representou um marco histórico para o estabelecimento formal do terceiro setor no Direito positivo brasileiro, isto porque tal texto normativo estipulou sob um novo viés a possibilidade de parcerias entre o Estado e as entidades sem fins lucrativos, que atendam aos ditames legais, para o alcance de objetivos arraigados ao interesse público. Fato este que não implica a afirmação de que a Lei das OSCIPs é a "Lei do Terceiro Setor" ou que foi a primeira legislação possibilitando uma parceirização dessa natureza. Nessa linha, Fernando Mânica aduz que a "lei das OSCIP surgiu com o objetivo de transpor uma barreira: a inadequação da legislação disciplinadora das entidades do Terceiro Setor, em especial no que se refere às suas relações com o Poder Público."[60] Sendo assim, poder-se-á cogitar a formalização de termos de parcerias visando à promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico (inciso II); educação ambiental (inciso III) ou explicitamente à defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável (inciso VI). Logo, emolduram-se como alternativas legais que subsidiam o Poder Público mediante a disponibilização de mecanismos para o atendimento do comando do artigo 225 da Constituição da República.

iii) Contrato de gestão

O contrato de gestão, nos termos do artigo 5º da Lei nº 9.637/98, é o instrumento firmado entre o Poder Público e as Organizações Sociais com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de determinadas atividades previstas em lei.[61]

A Organização Social é a qualificação chancelada pelo Poder Executivo às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atendam aos requisitos e ditames da Lei nº 9.637/98 e/ou da legislação correspondente à seara do Poder Executivo concedente.[62]

Quanto às atividades previstas em lei que legitimam o contrato de gestão, estas devem almejar o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura

[60] MÂNICA. *Terceiro Setor e imunidade tributária*, p. 35.

[61] Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

[62] Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

rpgmjf.indd 186 04/11/2011 12:32:42

e a saúde, consoante regra do artigo 1º da Lei nº 9.637/98.[63] Dessa feita, contrastando as atividades previstas como legítimas para que uma pessoa jurídica, sem fins lucrativos, seja qualificada como Organização Social e a prescrição do artigo 225 da Constituição Federal, conclui-se que os contratos de gestão configuram-se como ferramenta jurídica hábil a vincular o Poder Público e entidades do terceiro setor para o atendimento das diretrizes constitucionais acerca do meio ambiente.

Feitas essas considerações acerca das ferramentas jurídicas passíveis de formatarem os vínculos entre o terceiro setor e o meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988, principalmente no que concerne ao atendimento do artigo 225, torna-se cada vez mais presente o viés cooperativo entre terceiro setor e Estado em prol do meio ambiente; sobre o assunto Regina Bacellar conclui que "uma nova visão de mundo e de Brasil ligada à necessidade de compatibilidade do crescimento econômico-social e à proteção ambiental fortaleceu a sociedade civil mediante instituições organizadas com esse fim."[64] Posto isso, infere-se que o terceiro setor e o meio ambiente correlacionam-se conforme autoriza a Constituição brasileira, todavia, paradoxalmente, tal tema não é tão enfrentado academicamente pelos operadores do Direito.

A partir do conhecimento das irradiações do meio ambiente na Constituição de 1988 e do desenvolvimento do terceiro setor e sua importância para uma democracia participativa, conclui-se que o meio ambiente e o terceiro setor na Constituição da República de 1988 poderão, e deverão, entrelaçar-se para a efetividade do comando constitucional do artigo 225. O mencionado preceptivo constitucional permite que o Estado busque auxílio, sempre visando à melhor efetividade da norma constitucional em questão e por intermédio das ferramentas jurídicas aludidas no decorrer deste artigo, tudo isso para preservar e resguardar o direito fundamental ao meio ambiente, o que *per se* repercute diretamente no direito constitucional à vida.

Fala-se na relação estreita entre o direito à vida e o direito ao meio ambiente, porquanto a violação ou agressão ao meio ambiente, seja pelo seu descaso ou pela sua degradação, ocasionam um tolhimento ao direito à vida, ainda que não seja perceptível ante a conduta nefasta do ponto de

[63] Para maiores detalhes sobre as atividades a serem possivelmente desenvolvidas a partir da firmação de contratos de gestão ver: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 186 *et seq*.

[64] BACELLAR, Regina Maria Bueno. Sustentabilidade e Terceiro Setor, uma visão de progresso. *In*: OLIVEIRA. *Direito do Terceiro Setor*:..., *op. cit.*, p. 144.

rpgmjf.indd 187 04/11/2011 12:32:42

vista ambiental. Por todas essas razões a sociedade brasileira deve enfatizar a imperiosidade de um zelo singular aos ditames prescritos no artigo 225 da Constituição e seus reflexos diretos e indiretos por parte da sociedade e do Poder Público. E, nessa missão, o terceiro setor poderá contribuir de forma frutífera com o Estado e com a sociedade para o devido cuidado e preservação, preventiva ou repressiva, ao meio ambiente.

8 Desenvolvimento, meio ambiente sustentável e a estratégia da "responsabilidade compartilhada"

Atualmente, resta quase consensual a assertiva de que o princípio fundamental que prestigia a atuação do terceiro setor como partícipe da atuação estatal é o da subsidiariedade.[65] No plano internacional, talvez o nível institucional de maior ligação entre desenvolvimento e subsidiariedade são os encontros promovidos pela ONU. A Agenda 21, documento-compromisso firmado no Rio de Janeiro em 1992 no marco da "Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento", ao lado de estabelecer um conceito de atividades sustentáveis a partir do comprometimento entre gerações, estabeleceu três premissas fundamentais: a) a integração dos conceitos de desenvolvimento, bem-estar social e qualidade de vida; b) a exigência de uma melhor distribuição da riqueza tanto entre as gerações presentes como entre as futuras; e c) a proposição da uma efetiva utilização racional dos recursos naturais. Para a realização desses pressupostos a ideia é conferir preferência pela democracia participativa ao invés da representativa, transferindo-se para o nível local boa parte do "protagonismo da cidadania".[66]

A Seção Terceira do Capítulo 28 do Programa procura tratar do assunto, estabelecendo um plano de ações locais em prol do desenvolvimento ambiental.[67] Busca-se, assim, a substituição do "governo convencional" para um modelo "multinível e relacional", no qual sejam ampliadas as possibilidades das administrações locais. Em termos expressos a Agenda 21 é bastante setorializada, não traduzindo uma efetiva regra geral de subsidiariedade. No entanto, parece claro que seu espírito está nas

[65] Afirmação esta com a qual não se pode concordar, principalmente quando se tem em foco o sistema constitucional brasileiro. Ressalta-se, ainda, que a proposta de negação da subsidiariedade e construção de um novo paradigma da "responsabilidade compartilhada" foi inicialmente desenvolvida nas pesquisas inerentes à elaboração de anterior tese de doutoramento. Sobre o assunto ver: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. *passim*.

[66] ESTARRELAS, Pere J. Brunet; LÓPEZ, Miquel Coll. Agenda 21: subsidiariedad y cooperación a favor del desarrollo territorial sostenible. *Boletín de la A.G.E.*, n. 39, 2005. p. 425.

[67] ONU. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)*. Disponível em: <http://www.ecolnews.com.br/agenda21/index.htm.>. Acesso em: 8 nov. 2008.

rpgmjf.indd 188 04/11/2011 12:32:42

entrelinhas de todo o documento. Por consequência, a estratégia territorial europeia para a prática da sustentabilidade ambiental deve ser realizada desde a escala local. Na Cimeira Mundial de Desenvolvimento Sustentável de Johanesburgo (Rio + 10), ocorrida em 2002, o reconhecimento da subsidiariedade foi mais marcante ao serem reconhecidas as regiões como o primeiro e maior nível de subdivisão política dentro dos Estados individualmente representados na ONU.[68]

De fato, toda essa promoção do princípio possui pouco impacto em Estados já descentralizados (isso no tocante ao plano vertical). Na Europa, a ênfase conferida à subsidiariedade nos documentos firmados nesses grandes encontros internacionais acaba refletindo mais uma ansiedade autonômica política e econômica das regiões e cidades do que propriamente um instrumento real de desenvolvimento ambiental (embora os reflexos desta tendência acabem surtindo fruto no sentido de ampliação da proteção e da sustentabilidade).

No plano horizontal é difícil verificar uma real transferência de competências, para além da ampliação da participação consultiva e fiscalizatória. Sem dúvida, nesta seara o documento possui conotação, e efeitos, prioritariamente simbólicos. Apesar da ampliação das menções expressas à subsidiariedade no contexto não só europeu como também global, talvez fosse mais apropriado pensar em um conceito de "responsabilidade compartilhada".

Essa proposta parece ter sido acolhida pelo Tratado de Amsterdã, além de estar expressamente formulada no "Quinto Programa de Ação Ambiental da União Européia", de 1993. Francisco Javier Sanz Larruga afirma que se trata de uma ideia muito mais ampla que a de subsidiariedade, pois um princípio de compartilhamento de responsabilidades não estabelece preferências apriorísticas, mas "una acción concertada por parte de todos los actores implicados, que deberán cooperar entre si". O conceito de responsabilidade compartilhada requer "no tanto la selección de un determinado nivel en perjuicio de otro, más bien, una intervención mixta de actores e instrumentos en los niveles adecuados".[69]

Nos termos do sistema jurídico brasileiro de regulação ambiental também parece muito mais coerente a adoção de uma "estratégia de

[68] ESTARRELAS; LÓPEZ, *op. cit.*, p. 429.

[69] LARRUGA, Francisco Javier Sanz. El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental. *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, A Coruña, n. 3, 1999. p. 561.

rpgmjf.indd 189 04/11/2011 12:32:42

responsabilidade compartilhada", do que de "subsidiariedade", pois não se pode admitir que o Estado seja somente um partícipe secundário na consecução do desenvolvimento e da sustentabilidade. Particularmente, é interessante destacar a vinculação necessária que deve ser feita, embora muitas vezes esquecida, entre o Estado social contemporâneo e a proteção do meio ambiente como fator de desenvolvimento. E deve ser incluída nesta matéria não somente a questão da natureza em si (como os problemas da poluição ou da água), mas também as próprias questões humanas (como a regulação da mobilidade urbana e o controle da violência).[70]

Não se ignora, todavia, que há forte tendência na Europa e em instâncias de nível internacional de alocação da subsidiariedade (tanto vertical quanto horizontal) como critério de estabelecimento das competências de atenção ao urbanismo e ao meio ambiente. Exemplo dessa tendência são as políticas de cooperação a favor do desenvolvimento sustentável estabelecidas na Agenda 21, documento firmado na Conferência do Rio de Janeiro, em 1992, e que se define como um programa de ação fundado em uma "auditoria ambiental" realizada em nível local a fim de possibilitar a criação de estratégias governamentais de intervenção em escala subsidiária.[71]

Essa óptica, em regra, nega a possibilidade da Administração Pública adaptar-se a ponto de efetivamente assumir um papel protagonista de intervenção e regulação em benefício do meio ambiente e do desenvolvimento, proclamando pela criação de novos modelos de atuação (com foco nas cidades como entidades privilegiadas de atuação). Por esse motivo, não parece ser a mais acertada (e nem mesmo é aquela consagrada pelo ordenamento constitucional brasileiro).

Ante esse motivo, autores como a professora Daniela Libório di Sarno demonstram-se céticos com qualquer critério de subsidiariedade que não seja fundado num respeito tanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, quanto no da eficiência (estes sim os condicionantes fundamentais do sistema brasileiro na matéria).[72] Fundamentação esta persuasiva o suficiente para que seja proposta uma efetiva substituição da

[70] Cf.: VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Transporte e meio ambiente*: conceitos e informações para análise de impactos. São Paulo: Annablume, 2008. *passim*.

[71] Sobre a "Agenda 21" e os vários documentos que a sucederam (tais como o extrato da "Primeira Conferência Européia sobre Cidades e Municípios Sustentáveis", em 1994; a Carta de Ação de Lisboa (da Segunda Conferência, de 1996) e os documentos da Terceira Conferência, realizada em Hannover, no ano de 2000; além do importante encontro "Rio+10", promovido na cidade de Joannesburgo em 2002), cf.: ESTARRELAS; LÓPEZ, *op. cit.*, p. 423 *et seq*.

[72] DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. São Paulo: Manole, 2004. p. 51.

rpgmjf.indd 190 04/11/2011 12:32:42

ideia de "subsidiariedade" pela ideia de "responsabilidade compartilhada" como fundamento legítimo da consecução de parcerias entre Estado e terceiro setor na seara do meio ambiente (sempre tendo-se como escopo político-jurídico a sustentabilidade no contexto do desenvolvimento).

9 Conclusão

A partir do conhecimento das irradiações do meio ambiente na Constituição de 1988 junto ao desenvolvimento do terceiro setor e sua importância para uma democracia participativa, conclui-se que o meio ambiente e o terceiro setor na Constituição da República de 1988 poderão, e deverão, entrelaçar-se para a efetividade do comando constitucional do art. 225.

O mencionado preceptivo constitucional permite que o Estado busque auxílio, sempre visando à melhor efetividade da norma constitucional em questão e por intermédio das ferramentas jurídicas aludidas no decorrer deste artigo, tudo isso para preservar e resguardar o direito fundamental ao meio ambiente, o que per si repercute diretamente no direito constitucional à vida. Fala-se na relação estreita entre o direito à vida e o direito ao meio ambiente, porquanto a violação ou agressão ao meio ambiente, seja pelo seu descaso ou pela sua degradação, ocasionam um tolhimento ao direito à vida, ainda que não seja perceptível ante a conduta nefasta do ponto de vista ambiental.

Nessa toada, deve-se perquirir uma "estratégia de responsabilidade compartilhada" como fundamento adequado à firmação de pactos entre o Estado e instituições de finalidade pública que têm como escopo a sustentabilidade ambiental.

Por tais razões de primeira ordem à sociedade brasileira, enfatiza-se a imperiosidade de um zelo singular aos ditames prescritos no artigo 225 da Constituição e seus reflexos diretos e indiretos pela sociedade e pelo Poder Público. E, nessa missão, o terceiro setor poderá contribuir de forma frutífera com o Estado e com a sociedade para o devido cuidado e preservação, preventiva ou repressiva, ao meio ambiente.

The Third Sector and the Sustainable Environment Under the Light of the 1988 Constitution

Abstract: It carries through a constitutional analysis of the environment in the current and past Brazilian legislation. It displays on the question of the environment and its relation with third sector. Describes the current available legal mechanisms to the Public Administration for the accomplishment of

rpgmjf.indd 191 04/11/2011 12:32:42

partnerships that the third sector elaborates. It concludes that the principle of the subsidiarity it is not the better for the legitimation of the partnerships between State and third sector in the context of the environment. It considers that the ideal is the adoption of a "strategy of shared responsibility" as adequate bedding to the adjustment of pacts between nonprofit institutions that have the goal of environmental sustainability.

Key words: Constitution. Sustainable environment. Third sector.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BACELLAR, Regina Maria Bueno. Sustentabilidade e Terceiro Setor, uma visão de progresso. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, p. 83-105, abr./jun. 1995.

BOLSI, Andressa. Parceria entre Estado e OSCIP: uma abordagem social e jurídica à luz da legislação vigente. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Terceiro Setor e responsabilidade social. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006.

COELHO NETO, Milton. *Administração Pública*: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *O outro lado do meio ambiente*. São Paulo: CETESB, 1985.

COUTINHO, Joana. ONGs e as políticas neoliberais. *Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=19&id=203>. Acesso: 03 fev. 2010.

CUNILL GRAU, Nuria. A rearticulação das relações Estado-sociedade: em buscas de novos significados. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 47, v. 120, n. 1, p. 113-140, jan./abr. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. São Paulo: Manole, 2004.

rpgmjf.indd 192 04/11/2011 12:32:42

ESTARRELAS, Pere J. Brunet; LÓPEZ, Miquel Coll. Agenda 21: subsidiariedad y cooperación a favor del desarrollo territorial sostenible. *Boletín de la A.G.E.*, n. 39, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1995.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura del derecho*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

LARRUGA, Francisco Javier Sanz. El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental. *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, A Coruña, n. 3, 1999.

LEWIS, Sandra Aparecida Barbon. Terceiro Setor, políticas públicas e tributação. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à lei das OSCIP. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e imunidade tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. O terceiro setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino (Org.). *Terceiro setor, empresas e Estado*: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. *Princípios jurídicos e jurisprudência ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

rpgmjf.indd 193 04/11/2011 12:32:42

ONU. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)*. Disponível em: <http://www.ecolnews.com.br/agenda21/index.htm.>. Acesso em: 8 nov. 2008.

PAES, José Eduardo Sebo. *Fundações e entidades de interesse social*: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito ambiental e transgênicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Transporte e meio ambiente*: conceitos e informações para análise de impactos. São Paulo: Annablume, 2008.

VIOLIN, Tarso Cabral. O 'terceiro setor' e as cooperativas sociais. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REIS, Luciano Elias; GABARDO, Emerson. O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 167-194, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 194 04/11/2011 12:32:42

Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros

Patrícia Baptista

Professora Adjunta de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Doutora em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UCAM. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Este artigo dedica-se ao estudo das transformações ocorridas no instituto da autotutela administrativa posteriormente ao advento da Constituição de 1988 e constitucionalismo que se instalou posteriormente à segunda guerra. Passaram a se impor limitações formais e materiais à atuação administrativa, de forma que, para a anulação de um ato ilegal, tornou-se imperiosa, entre outras garantias, a observância da motivação, publicidade, contraditório e ampla defesa, segurança jurídica e boa-fé. Após exame da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, são apresentadas propostas para o exercício desta competência da Administração dentro dos limites constitucionais devidos.

Palavras-chave: Autotutela administrativa. Constitucionalismo. Contraditório e ampla defesa.

Sumário: **1** O direito administrativo brasileiro pós-1988 – **1.2** A filtragem constitucional do direito administrativo – **2** Os limites constitucionais à autotutela administrativa – **2.1** A autotutela administrativa: o que evoluiu desde as Súmulas nºs 346 e 473? – **2.2** Limites substantivos e limites procedimentais – **3** Os limites formais ou procedimentais ao exercício da autotutela administrativa – **3.1** A controvérsia na jurisprudência brasileira – **3.2** É possível afastar a exigência de contraditório e de ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal? Alguns parâmetros propostos – **4** Conclusões

1 O direito administrativo brasileiro pós-1988

A Constituição de 1988 constitui um inequívoco marco para o direito administrativo brasileiro. Na verdade, não parece excessivo, nem há mais qualquer novidade em se reconhecer que o direito administrativo que exsurgiu da Constituição de 1988 é um direito administrativo muito diferente daquele que se preconizava até então. As mudanças mais importantes se operaram no campo dos pressupostos teóricos.

rpgmjf.indd 195 04/11/2011 12:32:42

Com efeito, de um direito administrativo calcado sobre as premissas da unilateralidade, da imperatividade e da supremacia de um interesse público ditado essencialmente pela própria Administração, evoluiu-se — pois, inequivocamente, tratou-se de uma evolução — para um direito administrativo marcado pela ascensão do cidadão-administrado à condição de objeto central dos cuidados da disciplina e submisso aos princípios e direitos fundamentais. A Administração cedeu sua vez ao cidadão como foco principal das preocupações do direito administrativo. Em lugar de investigar o exercício unilateral dos poderes administrativos, o direito administrativo contemporâneo se ocupa essencialmente de regular as relações, a Administração e os administrados. Creiam os leitores que os reflexos dessa mudança de paradigmas não são irrelevantes e têm levado à necessidade de se proceder à releitura de praticamente todos os institutos da disciplina a partir de suas bases.

Lógico que a mudança do substrato teórico e das premissas sobre as quais se fundam toda uma disciplina não se faz — nem se fez de fato — da noite para o dia. A percepção pela doutrina e, mais ainda, a incorporação pela jurisprudência das novas premissas são processos gradativos e dependem, especialmente no caso das decisões dos Tribunais, da familiarização dos operadores do direito com os novos conteúdos.[1] E, claro, como fator de retardo ainda maior, não se pode menosprezar a grande resistência por parte da Administração em absorver estas novas premissas para alterar suas arraigadas práticas. Assim, passados quase vinte anos de vigência da Constituição de 1988, pode-se dizer que esse processo de modernização do direito administrativo pátrio ainda não se completou.[2]

[1] A demora na incorporação das novas orientações e interpretações jurídico-doutrinárias é ainda maior nos Tribunais. Formados em uma tradição de direito administrativo extremamente formalista e imperativa, muitos juízes prosseguiram aplicando as mesmas construções doutrinárias assentadas desde os anos sessenta e setenta, a despeito da vigência do novo texto constitucional. Ainda hoje, na verdade, não são raras as decisões que, amparadas apenas em princípios como o da presunção de legitimidade dos atos administrativos e o da supremacia do interesse público, legitimam atos da Administração sem um escrutínio mais detalhado de sua adequação aos novos comandos constitucionais.

[2] Lembro-me particularmente de um caso, há alguns anos — quando a Carta de 1988 já havia completado seu decênio —, em que proferi um parecer recomendando a anulação de uma sanção administrativo-disciplinar aplicada em *1998* a um determinado servidor público sem a sua prévia oitiva, intimação ou mínima oportunidade de defesa que fosse. Antes de impor a pena disciplinar em questão — uma suspensão por 60 dias —, a autoridade administrativa limitara-se a colher os depoimentos de dois outros servidores, ambos ocupantes de função de confiança e superiores hierárquicos do servidor apenado, que confirmaram a suposta infração disciplinar em seus depoimentos. O caso, claramente, revivia um tipo de procedimento disciplinar muito comum antes da vigência da atual Constituição, conhecido como *verdade sabida*. Tal procedimento, porém, tão logo editada a nova carta constitucional, foi proscrito pela doutrina e pela jurisprudência, razão pela qual a Administração efetivamente acabou anulando a punição. A hipótese relatada, por sinal, evidencia bem o quão a Administração Pública no país resistiu e, muitas vezes, prossegue resistindo a abandonar práticas autoritárias às quais sempre esteve habituada, vale dizer, com o beneplácito do próprio direito administrativo.

rpgmjf.indd 196 04/11/2011 12:32:42

Mas como, e por que, se deu essa profunda alteração no direito administrativo singularmente a partir da edição de um novo texto constitucional, fato que, por si só, não chega a ser extraordinário na história recente do Brasil? Um rápido panorama das razões que levaram o texto constitucional de 1988 a representar um marco tão relevante no desenvolvimento do direito administrativo brasileiro permitirá ao leitor compreender melhor os reflexos mais concretos dessa influência no que diz respeito ao exercício do poder (ou da prerrogativa, como prefiro) da autotutela administrativa, tema mais específico desse estudo.

1.2 A filtragem constitucional do direito administrativo

A primeira — e, provavelmente, a principal — razão do êxito da Constituição de 1988 em subjugar a Administração aos seus ditames formais e materiais (o que, até então, as Constituições anteriores não haviam conseguido) foi o sucesso do próprio constitucionalismo — e da jurisdição constitucional que lhe está atrelada — no mundo ocidental nos últimos cinquenta anos.

Apresentando-se como um instrumento de afirmação do Estado de Direito, o direito constitucional logrou alcançar, no decorrer do século XX, o patamar de disciplina condicionadora e informadora de toda ordem jurídica infraconstitucional e, sobretudo, das demais vertentes do direito público. O século XX pode ser considerado como o século do constitucionalismo. O direito constitucional reuniu forças para se firmar como o núcleo das ordens jurídicas nacionais. Tornou-se capaz de condicionar todos os demais ramos do direito. Invocando-se a perfeita síntese de Bruce Ackerman, hoje a "fé iluminista nas constituições escritas varre o mundo".[3]

Embora acostumado, até ali, a certo isolamento teórico, decorrente das peculiaridades de seu desenvolvimento, o direito administrativo não escapou à influência das Constituições editadas a partir do Segundo Pós-Guerra.[4] A moderna doutrina alemã chega a afirmar a existência de uma

[3] ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Consitucionalism. *Yale Law School Occasional Papers*, New Haven, Second Series, n. 3, p. 2, 1997.

[4] Deve-se dizer que, hoje, o direito administrativo na Europa tem sofrido fortemente a influência de um outro processo a que a doutrina vem apelidando de "europeização" do direito administrativo. Trata-se do forte condicionamento dos direitos administrativos nacionais pelo direito comunitário europeu que, na sua essência, é ele mesmo um direito administrativo. O fenômeno de "europeização" do direito administrativo no âmbito dos países da Comunidade é destacado por SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Trad. Mariano Bacigalupo *et al*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 40. Igualmente reconhecendo a existência de um processo de *reconstrução* ou de reelaboração dogmática dos direitos administrativos nacionais provocado pelo direito comunitário europeu, cf. QUADROS, Fausto de. *A Nova dimensão do direito administrativo*: o direito administrativo português na perspectiva comunitária. Coimbra:

rpgmjf.indd 197 04/11/2011 12:32:42

"dependência constitucional do direito administrativo",[5] tanto do ponto de vista organizacional como material. É, de fato, no direito constitucional que o direito administrativo vai buscar, hoje, os seus principais fins e, também, os meios de realização. Nas palavras de Eberhard Schmidt-Assmann:

> O substrato axiológico do Direito administrativo alemão se fundamenta sobre a posição jurídico-material do indivíduo. A vinculação aos direitos fundamentais (art. 1.3 GG) e a proteção jurisdicional (art. 19.4 GG) constituem a base constitucional deste modelo. Desta forma, o direito público subjetivo se converte em conceito chave de todo o sistema (*vid. 2/69*). Os elevados níveis de proteção que o Direito administrativo e a jurisprudência outorgam ao indivíduo se converteram na marca característica de um Direito administrativo enraizado em suas bases constitucionais.[6]

Ainda na mesma linha, J. Habermas destacou a influência dos direitos fundamentais desenvolvidos pela jurisdição constitucional alemã no campo das relações entre o direito administrativo e o constitucional. Tais direitos são apontados pelo autor como "princípios de uma ordem jurídica geral" (princípio da proporcionalidade, a proteção dos direitos fundamentais através de organização e procedimentos etc.). Ao ver de Habermas, os "conteúdos essenciais" ou "limites imanentes" dos direitos fundamentais operam como parâmetros da atuação do Estado-administrador, no campo onde a lei formal não o alcança. Através de sua realização pela jurisdição constitucional, tais direitos servem para superar a insuficiência atual da construção clássica do princípio da separação de poderes, atuando como balizamentos controláveis e aferíveis para a atuação administrativa, sobretudo sob a forma do Estado Social. Trata-se de um efeito irradiador dos direitos fundamentais para todas as esferas do direito e, particularmente,

---

Almedina, 1999. p. 18-9, 50-1. A propósito, vale ainda conferir o trabalho pioneiro de SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Trad. ECSC.EEC.EAEC. London: Sweet and Maxwell, 1992. reimp. 1995 e, mais recentemente, a extensa obra de Paul Craig (*EU Administrative Law*. New York: Oxford University Press, 2006).

[5] Peter Häberle. *Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht*. *In*: *Bayerische Verwaltungsblaetter*, n. 24, 1977, p. 745 *apud* SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 236-7. O autor português prossegue afirmando que: "em todos os domínios, mas muito particularmente no que respeita aos direitos subjectivos, as normas de Direito Administrativo devem ser entendidas à luz das disposições constitucionais e desse entendimento resulta que 'a realização dos direitos fundamentais' no Direito Administrativo constitui um dos fatores mais salientes da 'modernização' da parte geral deste".

[6] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, *op. cit.*, p. 45. Esse entendimento, até certo ponto, não era desconhecido à doutrina tradicional. Cf., nesse sentido, BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1951. 3 t. p. 29. Para o administrativista argentino, "el derecho administrativo tendrá siempre el carácter o fisionomia del derecho constitucional de cada Estado. En sentido general la Administración debe ser análoga a las instituciones de cada nación. Y ningúm derecho está mas sujeto a la influencia de las directivas políticas del Estado que el derecho administrativo".

rpgmjf.indd 198 04/11/2011 12:32:42

para aquelas relacionadas à atuação do Estado. O direito constitucional passa, assim, a assumir o papel de autêntico limite substantivo, e não meramente formal, do direito administrativo.[7]

Efetivamente, a grande contribuição do constitucionalismo ao direito administrativo foi a agregação das preocupações materiais e não meramente organizatórias dos novos textos constitucionais. Neste processo — que a doutrina tem chamado de filtragem constitucional[8] —, é fundamental a influência da nova principiologia constitucional, que realça, dentre outros, valores como a democracia, a moralidade e a dignidade da pessoa humana, forçando o direito administrativo a se voltar para os problemas da existência, individual e coletiva, dos cidadãos.[9] O constitucionalismo impôs a substantivação do direito administrativo, através dos princípios.

Tamanha guinada nos rumos da disciplina jurídica da Administração Pública evidentemente não poderia ser apoiada apenas nos poucos princípios setoriais explicitados em cartas constitucionais mais recentes, como, por exemplo, no art. 37 da Constituição brasileira de 1988 ou no art. 103 da Constituição espanhola de 1978. Estaria equivocada qualquer tentativa de enxergar nesses dispositivos uma relação exaustiva dos princípios aplicáveis ao direito administrativo. Tais normas, ao contrário, encerram uma relação meramente exemplificativa,[10] e em absoluto afastam a possibilidade de reconhecimento de outros princípios com igual *status* constitucional, aos quais deva se subordinar a Administração Pública.[11]

---

[7] Confira-se, a propósito, a lição de D. Denninger (*Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, p. 176) reproduzida por Jürgen Habermas: "Com o desenvolvimento dos 'conceitos-chave', o Tribunal Constitucional Federal criou, ao lado das figuras 'clássicas' da constituição escrita, um instrumentário altamente sensível, cuja estrutura conceitual e grau de complexidade da estrutura dos problemas colocados, especialmente daqueles que exigem a mediação entre o nível micro (nível da ação individual) e o nível macro (nível dos sistemas), parece adequado... É precisamente a estrutura relacional que capacita os conceitos-chave a formular problemas de direito constitucional que permite evitar fixações unilaterais, seja no Estado que conserva o direito, seja no Estado social que planeja. Neste nível é possível ligar, em categorias amplas do direito constitucional, o Estado Social que 'realiza' e 'distribui', pelas vias do direito administrativo, ao Estado de Direito que garante a propriedade" (*Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 308-9). A este tema retornaremos, mais adiante, na seção 3, dedicada ao papel dos princípios constitucionais no direito administrativo.

[8] Sobre o tema, v. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 104 *et seq.*

[9] Cf. TRIANA, Adolfo Serrano. *Sentido y Actualidad del Derecho Administrativo*. Madrid: Eudema, 1989. p. 123 *et seq*. Mais adiante (p. 126), o autor aponta ainda a profunda transformação do direito administrativo decorrente da sua impregnação por valores: "El Derecho Administrativo que hoy conocemos tiene poco que ver con el 'droit administratif' de la Revolución. Tampoco con el liberal decimonómico, ni con el de primeros del siglo. Pero no es sólo una cuestión de fechas, ni de cambios inexorables del tiempo. Es también una transformación profunda de los valores y de los espacios de intervención y de impregnación del derecho público".

[10] Nesse sentido, invocando o magistério de Sérgio de Andréa Ferreira (*Direito Administrativo Didático*. Rio de Janeiro: Forense, 1981), cf. DELGADO, José Augusto. Supremacia dos princípios informativos do direito administrativo: interpretação e aplicação. *Revista dos Tribunais*, v. 701, p. 37, 1994.

[11] Essa possibilidade de "criação de princípios estruturantes dedicados a um ordenamento jurídico-administrativo democrático" é admitida expressamente no artigo de José Augusto Delgado (Supremacia dos princípios informativos do direito administrativo, *op. cit.*, p. 44).

rpgmjf.indd 199 04/11/2011 12:32:42

Assim, por exemplo, sucedeu na Alemanha, onde a parcimônia da Lei Fundamental de Bonn no tratamento da Administração Pública não impediu a jurisprudência e a doutrina de reconhecerem, no bojo daquela Carta constitucional, uma quantidade substancial de princípios reitores do direito público e do direito administrativo em particular, tais como o da proporcionalidade, da ponderação de interesses e o da confiança.[12] Assim também no Brasil, com a afirmação, dentre outros, dos princípios da proporcionalidade e da motivação dos atos administrativos.[13]

Observe-se que mesmo os princípios desenvolvidos interna e autonomamente no sistema do direito administrativo, uma vez atraídos pelo constitucionalismo contemporâneo, ganharam um novo vigor. Ao lado da aquisição de um conteúdo mais consentâneo com as ideias reitoras das novas ordens constitucionais, passaram a gozar de maior estabilidade e de uma imperatividade reforçada.[14]

2 Os limites constitucionais à autotutela administrativa

Como um dos reflexos da substantivação do direito administrativo brasileiro contemporâneo pelos valores e princípios constitucionais pode ser apontada a submissão da prerrogativa de autotutela dos atos administrativos a novos limites que não apenas aqueles representados pelo ato jurídico perfeito e pelo direito adquirido explicitados na Súmula nº 473 do STF.

Com efeito, segundo o regime constitucional vigente, o exercício da autotutela administrativa — como é conhecida a prerrogativa da Administração Pública de anular diretamente os seus próprios atos ilegais ou de revogar os seus atos discricionários, sem intervenção do Poder Judiciário — deve ser igualmente precedido da observância de diversas garantias e direitos fundamentais, como a seguir se passará a expor.

2.1 A autotutela administrativa: o que evoluiu desde as Súmulas nºs 346 e 473?

Em 1963, o Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento de que a Administração poderia diretamente "anular os seus próprios atos

[12] Cf. LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 602-6.

[13] Veja-se, a propósito, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 83.

[14] Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 1996. p. 169-70 *apud* DUARTE, David. *Procedimentalizaçãso, participação e fundamentação*. Coimbra: Almedina, 1996. nota 44, p. 271.

rpgmjf.indd 200 04/11/2011 12:32:42

quando eivados de vício de legalidade". Consolidou, então, a orientação doutrinária no sentido de que a Administração não dependia de tutela jurisdicional para desfazer os seus próprios atos que reputasse houvessem sido praticados em violação à legalidade. Na ocasião, acolhendo a doutrina de Francisco Campos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o poder da Administração de desfazer os seus atos ilegais tem o mesmo fundamento da autoexecutoriedade dos atos administrativos. A vontade unilateral do Estado se imporia da mesma forma, com o objetivo de assegurar a legitimidade de seus atos. Mais do que um poder, este seria um dever da Administração.[15]

Poucos anos depois, em dezembro de 1969, o entendimento da Súmula nº 346 foi aperfeiçoado pelo mesmo STF com a edição da Súmula nº 473 que, além de exprimir o poder da Administração de anular os seus atos por motivo de ilegalidade — "porque deles não se originam direitos" — explicitou que o Poder Público pode igualmente proceder à revogação destes atos, "por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Nessa súmula, ficou enunciado um primeiro limite à prerrogativa do desfazimento: o respeito aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos (*i.e*. poderia desfazer atos de que não se tenham originado direitos aos particulares, como ficou decidido no julgado paradigma do MS nº 12.512-DF, julg. 22.7.64).[16] Tal limite claramente só operava no que dizia respeito à prerrogativa de revogar os atos discricionários, já que a própria jurisprudência resguardou o entendimento tradicional em nosso ordenamento de que o ato nulo, ilegal, não se aperfeiçoa e, portando, dele não nascem direitos adquiridos.[17]

---

[15] Entre os acórdãos paradigmas, vejam-se especialmente aqueles proferidos no julgamento da Apelação Cível nº 7.704/DF, de 19.01.43, Rel. Min. Orosimbo Nonato, e no RMS nº 1135, de 17.08.1950, Rel. Min. Annibal Freire. Disponíveis em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2007.

[16] "Os atos administrativos de que resultam direitos, a não ser quando expedidos contra disposição expressa de lei, são irrevogáveis". Disponível em: <http:www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2007.

[17] Nas palavras de Carlos Maximiliano, "quem entra no uso de um interesse ou prerrogativa sem o preenchimento das condições estabelecidas pelas regras positivas em vigor não pode alegar direito adquirido. O ilícito, o ilegal, o inconstitucional não gera direitos". Para fundamentar sua afirmação, o autor invoca ainda dois brocardos latinos: "*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (o que originalmente se apresenta contra o direito, não pode com o transcorrer do tempo revestir-se de valor jurídico)" e "*Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia* (o que é efetuado ou recebido contra razão de direito não há de produzir consequências jurídicas)". *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 48. V., no mesmo sentido, MARQUES, José Federico. A revogação dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 39, p. 22, 1955: "Não há que falar em direito subjetivo ou direito adquirido quando o ato administrativo é nulo".

rpgmjf.indd 201 04/11/2011 12:32:42

Sucede que, para além do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, hoje se reconhece como tranquilidade a existência de outros parâmetros ou pré-requisitos de natureza constitucional ao exercício dessas prerrogativas.[18] O subjugo da Administração à nova tábua de valores constitucionais e ao primado do Estado Democrático de Direito impede que o desfazimento de um ato administrativo, ilegal ou discricionário, mormente quando se trate de ato favorável ao seu beneficiário, seja determinado unilateral e imperativamente pela Administração sem a observância de parâmetros constitucionais mínimos de proteção ao administrado. Chamemos a tais pré-requisitos de limites constitucionais ao exercício da prerrogativa de autotutela, cuja inobservância tem como consequência a invalidade do próprio ato de anulação ou revogação e a restauração dos efeitos do ato anulado ou revogado.

2.2 Limites substantivos e limites procedimentais

É possível classificar esses limites constitucionais em limites de natureza substantiva ou material e em limites de natureza procedimental ou formal. Como limites substantivos ou materiais, além das próprias garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, podem ser apontados os princípios da motivação dos atos administrativos, da moralidade, da proporcionalidade, da proteção da confiança legítima e do respeito à boa-fé. Já os limites formais ou procedimentais são constituídos pelas garantias da publicidade dos atos administrativos, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Alguns destes limites já foram adredemente examinados e se acham já relativamente consolidados na doutrina e jurisprudência, como é o caso do próprio respeito ao direito adquirido e do princípio da motivação dos atos administrativos. Quanto a este último, por sinal, embora já seja reconhecido como imperativo pela doutrina mesmo antes da vigência da atual Constituição, parece carecer, entre nós, de um maior aprofundamento na sua aplicação, com o objetivo de se escrutinar a congruência e a suficiência das razões expostas pela Administração para fundamentar o desfazimento de um ato administrativo. Em alguns exemplos colhidos do direito comparado, pode-se constatar que a jurisprudência impõe à Administração não apenas o encargo de expor as suas razões, mas igualmente o ônus de

[18] Cf., nesse sentido, por todos, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 248; e BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 433-4.

rpgmjf.indd 202 04/11/2011 12:32:43

explicitar os motivos pelos quais não acatou as razões ou impugnações apresentadas dos administrados interessados na preservação do ato. A fundamentação a ser exigida para a preservação do ato, deve ser, assim, mais profunda e exauriente do que aquela normalmente acolhida como bastante na tradição do direito brasileiro.

Outros dos limites materiais acima apontados ainda estão sendo desenvolvidos e incorporados lentamente às decisões judiciais como parâmetros de controle do exercício da autotutela administrativa, como, de resto, de toda a atividade da Administração Pública. Esse é o caso, por exemplo, dos princípios da proteção da confiança legítima e da proporcionalidade.[19]

Porém, curiosamente, é no campo dos limites procedimentais, mais particularmente no que refere ao dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato ilegal, que se instalou uma interessante e intensa controvérsia na jurisprudência pátria e que, por sua relevância prática, será objeto de enfoque mais detalhado a seguir.

3 Os limites formais ou procedimentais ao exercício da autotutela administrativa

No direito brasileiro, não chega a ser novidade o reconhecimento de garantias procedimentais aos administrados. Desde a Constituição de 1934, são assegurados os direitos à ampla defesa dos acusados em geral e, em especial, dos funcionários públicos nos processos disciplinares.[20] Com a Constituição de 1988, tornou-se explícita a extensão dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal à esfera administrativa.

Sucede, porém, que, a despeito da literalidade dos incisos LIV e LV da Constituição Federal, subsiste na jurisprudência razoável debate quanto

[19] Quanto ao princípio da proteção da confiança legítima/segurança jurídica, tive a oportunidade de abordar extensamente o tema da sua aplicação como limite substantivo ao exercício da autotutela administrativa na tese de doutorado que apresentei à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob o título *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima:* análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. A respeito do princípio da proporcionalidade, vale destacar que este princípio tem no direito administrativo um campo de aplicação ainda mais profícuo do que aquele verificado no direito constitucional. Por tal razão, inclusive tal princípio se desenvolveu na sua origem no âmbito do direito administrativo para somente após ser aproveitado pelo direito constitucional. A propósito, v. SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet. *Ajuris*, v. 75, p. 268-9, set. 1999.

[20] Constituição de 1934 (arts. 113, nº 24, e 169); Constituição de 1937 (art. 156, "c"); Constituição de 1946 (arts. 141, §25, e 189, II); Constituição de 1967 (arts. 150, §15, e 103, II) e Emenda Constitucional nº 1/69 (arts. 153, §15, 105, II) Fonte: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (Org.). *Constituições do Brasil* (compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices). 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999. Veja-se, ainda, sobre o tema MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, *op. cit.*, p. 73, *et seq*.

rpgmjf.indd 203 04/11/2011 12:32:43

à amplitude com que os princípios neles insertos devem ser aplicados às relações jurídico-administrativas. A despeito da controvérsia — a ser melhor examinada no próximo item — fato é que, desde a promulgação da Carta de 1988, os Tribunais têm evoluído continuamente no sentido de aumentar a proteção procedimental aos administrados, na esteira do direito comparado. Essa evolução, de certo modo, refletiu na positivação das garantias procedimentais na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99).[21]

Em regra, o direito do administrado de ser ouvido previamente ao desfazimento de um ato administrativo que lhe seja favorável decorre diretamente do direito constitucional à ampla defesa. Como expressamente previsto na Lei Federal nº 9.784/99, sequer a condição de beneficiário do ato é necessária para o reconhecimento de direitos procedimentais no âmbito da Administração Pública federal. Basta a mera condição de interessado.[22]

No direito comparado, a matéria acha-se razoavelmente consolidada no sentido da compulsoriedade da observância pela Administração das garantias procedimentais do administrado antes do desfazimento de um ato administrativo favorável ou criador de direito. Na França, "o respeito aos direitos de defesa é imposto pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República" e amplamente acatado pela jurisprudência.[23] Na Itália e na Alemanha, as respectivas leis de processo administrativo cuidam de estabelecer as garantias procedimentais dos administrados (especialmente, na Lei italiana nº 241/90, o Capítulo III, intitulado "participação no

[21] "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; (...)".

[22] Nesse sentido, vejam-se, exemplificativamente, os arts. 38, 41 e 46 da referida lei: "Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização. Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem". Para o conceito de *interessado*, cf. o art. 9º: "São legitimados como interessados no processo administrativo: I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos".

[23] Cf., por todos, CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*: Droit Administratif Général. 15ᵉ éd. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1118-22.

rpgmjf.indd 204 04/11/2011 12:32:43

procedimento", e na Lei alemã do procedimento administrativo, o §28, sob a epígrafe como da "oitiva das partes").[24] Em Portugal e na Espanha, afora as regras específicas nas leis de procedimento administrativo, nas próprias Constituições podem ser encontradas normas dispondo sobre as garantias procedimentais do cidadão em relação à Administração.[25] Também na Argentina reconhece-se o princípio geral da oitiva e notificação dos administrados como decorrência direta do princípio da segurança jurídica.[26]

No direito comunitário europeu, as garantias procedimentais são asseguradas por textos legais expressos.[27] As mais importantes vieram a ser incluídas no texto do Tratado da Constituição da Europa, integrando o direito fundamental dos cidadãos "a uma boa administração":

> Artigo 101. Direito a uma boa administração
> 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, eqüitativa e num prazo razoável.

[24] A íntegra desses textos legais está disponível, respectivamente, em: <http://www.regione.sicilia.it/> e <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/vwvfg/>. Acesso em: 17 nov. 2005.

[25] *Constituição Portuguesa*: "Artigo 268º (Direitos e garantias dos administrados) 1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os atos administrativos de eficácia externa estão sujeitos a notificação aos interessados, quando não tenham de ser oficialmente publicados, e carecem de fundamentação expressa quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 3. É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer atos administrativos definitivos e executórios, independentemente da sua forma, bem como para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido" (Fonte: MIRANDA, Jorge (Org. trad. e notas). *Constituições de diversos países*. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1987. v. 2, p. 325-7). *Constituição Espanhola*: "Artigo 105 A lei regulará: a) A audiência dos cidadãos, diretamente ou através das organizações e associações reconhecidas pela lei, no procedimento de elaboração das disposições administrativas que os afetem. b) O acesso dos cidadãos aos arquivos e registros administrativos, salvo no que afete a segurança e defesa do Estado, a averiguação dos delitos e a intimidade das pessoas; c) O procedimento através do qual devem ser produzidos os atos administrativos, garantindo, quando for o caso, a audiência do interessado" (Fonte: *Constituição do Brasil* e *Constituições Estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 385-6).

[26] Nesse sentido, a ementa de julgado da Corte Suprema Argentina: "Ato Administrativo. Notificação. Importância. Obrigatoriedade para a administração. A notificação dos atos administrativos tem transcendental importância no procedimento administrativo (García de Entrerría, t. I, p. 541), dado que resulta fundamental para preservar a segurança jurídica (ENTRENA CUESTA, R. *Curso de Derecho Administrativo*. 7. ed. Madrid, 1981. v. 1, p. 212), constituindo-se como um dever de informação imposto como ônus a administração em garantia dos direitos dos particulares (GARRIDO FALLA, F. Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956. p. 275 y ss.), vinculando-se assim seu regime com a garantia da defesa em juízo, o direito à tutela judicial efetiva e o princípio da boa-fé (GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. Madrid, 1977. p. 582). (Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, Julg. 27.12.94, Grecco, y Buján *vs*. Banco Del Buen Ayre S.A. c/ B.C.R.A. sumário 100480/86) Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>. Acesso em: 14 set. 2005. A matéria também está positivada no Decreto-Lei nº 19.549/72. A propósito do direito argentino, vale reproduzir a lição de Agustín Gordillo: "O fundamento de reconhecer a estabilidade também a alguns atos viciados é claro: 'Quanto o ato tem *cor legal*, ainda que, depois, a sua análise demonstre a violação da lei, ele engendra direitos aparentes, que embora não tenham o vigor necessário para resistir a sua futura anulação, garantem não obstante o direito a que seu julgamento se realize com todas as garantias reais e previamente a todas as provas necessárias. Há princípios constitucionais que abonam tal solução'" (*Tratado de Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: FDA, 2003. p. VI-10. Disponível em: <http://www.gordillo.com/Pdf/>. Acesso em: 7 nov. 2005).

[27] Cf. THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 58.

rpgmjf.indd 205 04/11/2011 12:32:43

> 2. Este direito compreende, nomeadamente:
> a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;
> b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
> c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.[28]

No regime do *common law*, diante de um ato administrativo ilegal que tenha favorecido o administrado, as Cortes britânicas asseguram que tal ato não será desfeito sem que o Poder Público observe um conteúdo mínimo de formalidades, tais como o direito do beneficiado de ser notificado e ouvido previamente; de produzir defesa; e o direito a que um determinado procedimento, previamente anunciado ou estabelecido, seja devidamente observado pela Administração.[29] Todas essas garantias integram o conceito do que no direito inglês chama-se de *fairness*, isto é, de justiça procedimental.[30]

Na verdade, o peculiar do direito inglês está no fato de que a espécie e a extensão da proteção procedimental que a jurisprudência confere ao cidadão não são predefinidas. Sua determinação depende de uma avaliação, em concreto, de diversos fatores diretamente relacionados, especialmente da importância do direito ou do interesse particular em jogo, dos custos financeiros e do tempo demandado em razão da observância de um determinado procedimento.[31] Outros elementos, como as disposições legais aplicáveis ao caso, a urgência, a segurança nacional, a intimidade e

[28] Texto em português disponível em: <http://europa.eu.int/constitution/pt/>. Acesso em: 21 out. 2005.

[29] São as seguintes as formas de proteção procedimental do administrado reconhecidas no direito inglês: 1. Alguma forma de audiência do interessado é necessária anteriormente à retratação do ato, nos casos em que a pessoa tinha o direito de acreditar que a vantagem seria mantida (como, por exemplo, no caso da renovação de uma licença); 2. Se a Administração tiver indicado que um procedimento seria seguido, esse procedimento deverá ser respeitado; 3. Se a concessão de uma oitiva ou a observância de um outro procedimento qualquer constituir uma prática regular da Administração, esses procedimentos deverão ser respeitados no futuro; 4. Se a Administração, por qualquer meio, tiver anunciado que uma determinada decisão seria tomada, ou que um determinado critério seria aplicado, ela estará vinculada a assegurar que o interessado possa se manifestar antes de aplicar um outro critério ou tomar uma decisão diversa da anunciada (*natural justice*). As hipóteses foram colhidas de WRIGHT, David. Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. Disponível em: <http://www.yorku.ca/ohlj/PDFs/35.1/wright.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2004.

[30] Cf., a propósito, GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures*: A Study of Administrative Procedures. Oxford: Clarendon Press, 1996.

[31] Nesse sentido, CRAIG, Paul Peter. *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 417; e, ainda, em raro texto de autor brasileiro a respeito do tema, ÁVILA, Humberto Bergman. *In*: Benefícios Fiscais Inválidos e Legítima Expectativa dos Contribuintes. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 13, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30 ago. 2004, p. 2: "Os procedimentos necessariamente variáveis, de acordo com o contexto, dependerão dos interesses envolvidos em virtude dos quais será possível averiguar os melhores meios para a sua ponderação".

rpgmjf.indd 206 04/11/2011 12:32:43

a confidencialidade, também são sopesados para determinar que proteção deverá ser garantida ao cidadão antes do desfazimento pela Administração Pública de um ato que lhe seja favorável.[32] Conforme o resultado da ponderação desses elementos, admite-se inclusive a negativa de qualquer proteção procedimental.[33]

3.1 A controvérsia na jurisprudência brasileira

No direito brasileiro, porém, em pelo menos quatro decisões proferidas nos últimos dois anos, o STF enfrentou o tema observância das garantias procedimentais do contraditório e da ampla defesa antes do desfazimento de um ato ilegal.

Esses quatro casos cuidavam da anulação de um ato administrativo vários anos depois de ter sido editado, sem que a Administração tenha previamente concedido ao seu beneficiário uma oportunidade de defesa. Por reputar violadas as garantias procedimentais dos administrados, o STF desfez as anulações e determinou à Administração acionada que observasse aquelas garantias.[34]

A primeira das quatro decisões acima mencionadas espelha bem a controvérsia referida. Tratou-se do Mandado de Segurança nº 24.268/MG, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 05 de fevereiro de 2004 (*DJU* de 17.09.2004, p. 53, Ementário vol. 2164-01, p. 154). Na hipótese, a impetrante era beneficiária de uma pensão especial concedida havia já dezoito anos pela Administração. Entretanto, por ato do Presidente do Tribunal de Contas da União, essa pensão acabou cancelada, sem a prévia oitiva de sua beneficiária, por ter sido deferida ilegalmente. Como fundamento da impetração, foi alegada violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da coisa julgada e do direito adquirido.

No julgamento do mérito, a Relatora originária, Ministra Ellen Gracie, votou pela denegação da ordem. Invocando como precedentes a SS nº 514 (AgRg) (Rel. Min. Octavio Gallotti) e o RE nº 158.543 (Rel. Min. Carlos Velloso), a Relatora entendeu que, na hipótese, por se tratar

[32] SCHØNBERG, Søren J. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford University Press, 2000. p. 41. reprint. 2003.

[33] *Idem*, p. 43.

[34] Nesse sentido, cf. as decisões monocráticas proferidas no Mandado de Segurança nº 24268/MG, julg. 05.02.2004, no Recurso Extraordinário nº 452.437/DF, julg. 25.05.2005, e no Mandado de Segurança nº 24.850/DF, 22.04.2004, todos relatados pelo Ministro Gilmar Mendes. E, ainda, no RE nº 398.597/SC, julg. 07.06.2005, sendo relator o Ministro Cezar Peluso.

rpgmjf.indd 207 04/11/2011 12:32:43

de questão exclusivamente de direito, estava dispensada a observância do contraditório na fase administrativa.[35] Baseou-se, além disso, no RE nº 185.255-AL (Rel. Min. Sidney Sanches). Naquele feito, fora decidido que não incorre em violação ao art. 5º, LV, o ato da autoridade que, sem procedimento administrativo — e, portanto, sem dar ao interessado a oportunidade de defesa — exclui, do ato de aposentadoria, vantagens concedidas ilegalmente.[36]

Manifestando-se em seguida, o Ministro Gilmar Mendes, em extenso voto, divergiu da Relatora. Segundo sua opinião, a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa se mostra indispensável antes do exercício da autotutela administrativa, mesmo que se trate da anulação de um ato ilegal. Para fundamentar esse entendimento, discorreu sobre a ampliação que a Constituição de 1988 e, posteriormente, a Lei Federal nº 9.784/99 trouxeram ao direito de defesa perante a Administração Pública. Também invocou precedentes do STF que reconheceram a imprescindibilidade da oitiva do interessado antes da anulação de um ato administrativo que repercuta sobre a respectiva esfera individual (RE nº 211.242, Rel. Min. Nelson Jobim, RE nº 199.733, Rel. Min. Marco Aurélio[37] e o MS nº 23.550, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).[38] Tais argumentos, registrou o Min. Gilmar

[35] Veja-se um trecho do voto do Min. Carlos Velloso no RE nº 158.543 em que se baseou a Min. Ellen Gracie: "Nos casos que tenho apreciado, em que o tema é ventilado, procuro verificar se o ato administrativo praticado é puramente jurídico ou se envolve ele questões de fato, em que se exige o fazimento de prova. Porque, se o ato é puramente jurídico, envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas, mesmo não tendo sido assegurado o direito de defesa na área administrativa, pode a questão ser examinada em toda sua extensão, no Judiciário, na medida judicial apresentada contra o ato. Neste caso, portanto, não há que se falar em prejuízo para o administrado, ou não resulta, do fato de não ter sido assegurada a defesa na área administrativa, qualquer prejuízo dado que a questão, repito, pode ser examinada em toda a sua extensão, judicialmente". Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2005.

[36] Confira-se a ementa desse julgado: "Direito Constitucional, Administrativo e Processual Civil, Retificação de ato de aposentação. Redução de proventos com base no princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF). Desnecessidade de procedimento administrativo, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da irredutibilidade de vencimentos. 1. (...). 2. O ato municipal, retificando o ato de aposentação do impetrante, ora recorrente, reduziu seus proventos aos limites legais, cumprindo, assim, o princípio constitucional da legalidade (art. 37, *caput*, da CF).3. Mantendo-o, o acórdão recorrido não ofendeu os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, até porque tal retificação prescinde de procedimento administrativo (Súmulas 346 e 473, 1ª parte). (...) 8. Decisão unânime: 1ª Turma do STF. (Julg. 01.05.1997, 1ª Turma; *DJU* 19.09.1997, p. 45548, votação unânime)". Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2005.

[37] "Ato Administrativo – Repercussões – Presunção de Legitimidade – Situação Constituída – Interesses Contrapostos – Anulação – Contraditório. Tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular" (*DJU*, 30.04.99). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2005.

[38] Do voto do Ministro Sepúlveda Pertence nesse caso colhe-se o seguinte trecho reproduzido também pelo Min. Gilmar Mendes no Mandado de Segurança nº 24268: "Certo, não há consenso acerca da incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa, quando se cuide do exercício da autotutela administrativa, mediante a anulação pela própria administração de atos viciados de ilegalidade. No Tribunal, a solução afirmativa

rpgmjf.indd 208 04/11/2011 12:32:43

Mendes, já seriam suficientes para a concessão do *writ*. Entretanto, S. Exa. foi além, e questionou a possibilidade de desfazimento do ato ilegal depois de decorrido tão longo lapso temporal desde a sua concessão. De fato, a estabilização da situação da impetrante, mais do que lhe assegurar a observância das garantias procedimentais, permitiria cogitar até da estabilidade definitiva do ato, à vista dos mandamentos da segurança jurídica e da proteção da confiança. Os limites do pedido formulado e da *causa petendi* impediram, todavia, que o Min. Gilmar Mendes fosse adiante no exame dessa matéria.

A importância do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268 se mede, inclusive, por uma ocorrência que naquela Corte é reservada aos casos mais relevantes: a manifestação de voto escrito por todos os onze ministros do Tribunal. Dos onze juízes, seis acompanharam por inteiro as conclusões do Ministro Gilmar Mendes. Três divergiram apenas na extensão da concessão da ordem: o Ministro Nelson Jobim por entender que faltava ao Tribunal de Contas competência para "desconhecer a eficácia de um negócio jurídico [o de adoção da impetrante] sobre o qual ele não tem competência no sentido de sua desconstituição"; o Ministro Carlos Velloso porque, além do argumento deduzido pelo Min. Jobim, também admitia pronunciar a decadência do direito da Administração de anular o seu próprio ato; e o Min. Cezar Peluso, no mesmo sentido deste último.[39] O Ministro Gilmar Mendes foi designado para redigir o acórdão, que restou assim ementado:

> Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado

prevaleceu por maioria na 2ª Turma, no RE nº 158543, de 30.08.94 (RTJ 157/1042); e por votação unânime no RE nº 199.733 (RTJ 169/1061) e no AgRAg nº 217849 (RTJ 170/702), ambos de 15.12.98, os três casos relatados pelo Ministro Marco Aurélio; o entendimento contrário, no entanto, parece ter sido acolhido pela 1ª Turma no RE 213.513, de 08.06.99, relator o Ministro Galvão (*DJ* 24.09.99). O dissenso — que também se manifesta na doutrina —, não parece ter lugar quando se cuide a rigor, não de anulação de ofício, mas de processo administrativo de um órgão de controle (...)".

[39] Sem entrar no mérito do voto do Min. Nelson Jobim, seu trecho inicial merece referência porque chama atenção para um aspecto de particular relevância, não só no que diz respeito ao tema desenvolvido neste trabalho, mas a todo o ordenamento de princípios que caracteriza o direito público contemporâneo. De fato, a *ratio* que se extrai do voto do Ministro Nelson Jobim aponta justamente que não é necessário recorrer aos princípios para fundamentar determinadas decisões quando a matéria puder ser resolvida com apoio em regras previstas no ordenamento. Colhe-se, do voto proferido, a seguinte passagem: "(...) volto a insistir no sentido de que, não obstante a hiperinflação de princípios e subprincípios do Ministro Gilmar Mendes, no caso específico, tivemos um ato jurídico externo ao Tribunal de Contas, que não é órgão da Administração Pública, em que houve uma adoção. Essa adoção continua vigente (...). Se o Tribunal de Contas não quisesse registrar a aposentadoria, porque suspeitasse, aí ele deveria ter promovido — conforme o próprio texto determina — os atos necessários para desconstituir a causa da aposentadoria".

rpgmjf.indd 209 04/11/2011 12:32:43

> com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).[40]

Na esteira do entendimento exarado no Mandado de Segurança nº 24.268, o STF aplicou a mesma orientação posteriormente em pelo menos mais três outras decisões. No RE nº 398.597, o relator, Min. Cezar Peluso, invocando expressamente o precedente, referendou acórdão do TRF da 4ª Região que decretara a nulidade do cancelamento de aposentadoria de servidor público sem prévio processo administrativo. Essa foi a conclusão do TRF: "a Administração, constatando que houve erro na contagem de tempo de serviço do servidor, pode cancelar o benefício de aposentadoria, contanto que instaure o processo administrativo correspondente e ofereça-lhe o direito de defesa" (20.04.2005, *DJU* de 07.06.2005, p. 43).[41]

No mesmo sentido, ainda, o RE nº 452.437/DF e a medida cautelar no MS nº 24.850/DF, ambos por decisão monocrática do Relator, Ministro Gilmar Mendes. O recurso extraordinário teve o seguimento negado porque o Relator reputou acertada a decisão do Tribunal recorrido que desfez ato administrativo que havia suprimido o pagamento de uma gratificação, sem a observância das garantias procedimentais. O acórdão recorrido ressalvou, porém, o direito da Administração de rever a questão

[40] Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2005.
[41] Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2005.

rpgmjf.indd 210 04/11/2011 12:32:43

em sede administrativa, "desde que observado o devido processo legal". Segundo o Ministro relator, "o acórdão recorrido extraordinariamente está em consonância com a jurisprudência desta Corte, conforme se depreende no julgamento do MS 24.268 (...)" (25.05.2005, *DJ* de 16.06.2005, p. 111).[42]

No Mandado de Segurança nº 24.850/DF, o relator invocou os mesmos fundamentos do precedente MS nº 24.268 para deferir medida liminar suspendendo uma decisão do TCU que determinara a cessação de uma pensão previdenciária paga à impetrante há anos (22.04.2004, *DJ* de 04.05.2004, p. 14). Tal como no precedente citado, a impetrante alegava em juízo a violação às garantias do contraditório e da ampla defesa, além de arguir prescrição. Essa liminar, todavia, acabou prejudicada pelo julgamento do mérito em 27 de junho de 2005, no qual foi reconhecida a decadência do mandado de segurança.[43]

Ora, diante o entendimento adotado no MS nº 24.268 e nas decisões que a sucederam, era razoável esperar que a matéria tivesse se pacificado no sentido da obrigatoriedade do respeito às garantias constitucionais procedimentais, previamente ao exercício da autotutela administrativa. Não foi isso o que se verificou, porém. Com efeito, após o julgamento do MS nº 24.268, a Segunda Turma do STF voltou a decidir em sentido contrário no julgamento do RE nº 273.665-AgR/RN, relatado pela Ministra Ellen Gracie (julg. 14.06.2005, *DJ* de 05.08.2005, unânime, ausente apenas o Min. Gilmar Mendes). Confiram-se a ementa e um trecho colhido do voto da Relatora:

> Servidor Público. Proventos de Aposentadoria. Ato Administrativo eivado de nulidade. Poder de Autotutela. Possibilidade. 1. Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o

[42] Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2005.

[43] Da decisão proferida confiram-se as seguintes passagens: "O pleito impressiona tanto sob a perspectiva de segurança jurídica quanto da perspectiva da garantia da ampla defesa e do contraditório. (...). Como já escrevi em outras oportunidades, a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. As dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. (...) No âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica. O impetrante invoca, no caso, a prescrição que é, sem dúvida alguma, uma expressão do princípio da segurança jurídica. Conforme já afirmei (MS 24.268), não estou completamente seguro de que, em casos como o presente, se possa invocar o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999 (...), uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deva ser computado com efeitos retroativos. Mas, afigura-se-me inegável que há um *quid* relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em casos como o dos autos". Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2005.

rpgmjf.indd 211 04/11/2011 12:32:43

torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula STF nº 473). 2. Agravo regimental improvido.
O Tribunal *a quo* limitou-se a assentar que a supressão de vantagens concedidas a servidor público, por suposta ilegalidade na sua concessão (Súmula nº 473), demanda o oferecimento de ampla defesa, mediante o devido processo legal. Ao decidir nesses termos, a Corte de origem contrariou o entendimento deste Supremo Tribunal. A Administração, ao constatar a ilegalidade de seus atos, pode corrigi-los no exercício de seu poder de autotutela, de modo a garantir a legalidade de seus provimentos (art. 37, *caput*, da CF/88).

3.2 É possível afastar a exigência de contraditório e de ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal? Alguns parâmetros propostos

Em vista dessa renitente controvérsia verificada na jurisprudência dos tribunais brasileiros, mostra-se oportuno perquirir acerca das razões que estão na sua origem.[44]

[44] Registre-se que a divergência existente na jurisprudência do STF se reproduz em outros tribunais brasileiros. Dispensando a observância do contraditório e da ampla defesa antes do exercício da autotutela administrativa, confira-se, exemplificativamente, a seguinte decisão do STJ: "Sendo a Administração revestida do poder de anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, não há qualquer reparo no ato que revogou a autorização para que alguns candidatos realizassem novo exame físico, em afronta aos princípios da moralidade, isonomia e impessoalidade (Súmulas 346 e 473 do STF). Recurso desprovido" (RMS nº 18.369/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 19.05.2005, *DJ* de 1º.07.2005, p. 568). Do voto do relator colhe-se o seguinte trecho, bastante eloquente: "Ademais não prospera a alegação de ilegalidade do ato administrativo por não ter sido oportunizada a ampla defesa, uma vez que por se tratar de ato nulo, manifestamente ilegal, desnecessária a instauração de processo administrativo ou sindicância". Vejam-se, ainda, as seguintes decisões do STJ e do TJRJ: "Em sendo assim, irrepreensível, o ato atacado. A Administração revendo a situação do ora recorrente, que se esclareça não se tratava de servidor público em estágio probatório, porém de candidato convocado para a última etapa do concurso, denominada estágio experimental, sanou flagrante ilegalidade, retirando o mesmo da categoria de deficiente físico e determinando o seu retorno para classificação geral, a fim de aguardar posterior convocação, evitando-se quebra da ordem classificatória. Desta forma, tratando-se de revisão de ato ilegal, ancorada no poder de autotutela administrativa, não há que se falar em ofensa ao contraditório e ampla defesa. (...) V – Recurso ordinário conhecido, mas desprovido" (RMS nº 16.431/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 02.09.2003, *DJ* de 29.09.2003, p. 282); "(...) O contraditório e ampla defesa em procedimento não disciplinar. (...) 5. Possibilidade da revisão do ato administrativo editado em desacordo com o ordenamento jurídico e o interesse público; 6. Nos procedimentos que não têm características de apuração de infrações funcionais, não fica obrigada à formalização de processo disciplinar *due process of law* inscrita no artigo 5º., inciso LIV da CF/88. 7. 'Writ' denegado. (TMB) Vencido o Des. Gama Malchur, que concedia em parte a ordena para anular o ato atacado no *writ*" (TJRJ, MS nº 1999.004.00166. Rel. Des. Álvaro Mayrink, Julg. 14.02.2000, Órgão Especial). No entanto, tal como ocorre no STF, nos demais Tribunais de um modo geral têm prevalecido o entendimento de que é indispensável assegurar o respeito às garantias procedimentais antes do desfazimento de um ato administrativo ilegal: "Constitucional. Administrativo. Servidor Público. Revisão da Aposentadoria. Poder-dever da Administração. Prévio Processo Administrativo. Necessidade. Garantia do Devido Processo legal. A Administração Pública tem o poder-dever de anular, ou revogar, os próprios atos, quando maculados por irregularidades ou ilegalidades flagrantes, consoante o entendimento consagrado no verbete da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Em respeito às garantidas constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a jurisprudência desta Corte vem proclamando o entendimento de que a desconstituição de qualquer ato administrativo que repercuta na esfera individual dos servidores ou administrados deve ser precedida de processo administrativo que garanta a ampla defesa e o contraditório. (...)" (RMS nº 12821/GO, Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, julgado em 20.02.2003, *DJ*, p. 282, 24 mar. 2003); "Ato Administrativo. Anulação. Necessidade do devido processo legal. Cerceamento de defesa. Violação do contraditório. Embora possa a Administração anular seus próprios atos quando eivados de vício que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, não está ela desobrigada da observância, nesses casos, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, notadamente quando já integrado ao patrimônio de seu destinatário os direitos dele decorrentes. Concessão da ordem" (TJRJ, Mandado de Segurança nº 880/2004, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, Julgamento: 21.03.2005, Órgão Especial).

rpgmjf.indd 212 04/11/2011 12:32:43

Num primeiro exame, de fato, não se justificaria tanta celeuma. O sistema constitucional vigente indica, de forma lógica e quase intuitiva, que se deve conferir ao destinatário de um ato administrativo favorável à oportunidade para se manifestar antes da anulação desse mesmo ato pela Administração Pública. Como já dito, o direito administrativo e o direito constitucional caminharam nesses últimos dezoito anos em direção a um modelo jurídico de Administração Pública menos imperativo e menos unilateral.

Todavia, a resistência em se admitir a limitação da autotutela pelas garantias procedimentais constitucionais não advém só do apego à visão tradicional de que a ilegalidade é matéria exclusivamente de direito e prescinde de um procedimento administrativo para ser pronunciada, como se poderia supor.[45] Resulta igualmente da constatação de que, em muitos casos, a promoção do contraditório antes da anulação de um ato ilegal esbarra em grandes dificuldades práticas que poderiam, inclusive, em virtude dos custos ou do tempo demandados, tornar inviável o exercício da autotutela administrativa.[46] Imagine-se, por exemplo, que uma determinada autoridade tenha autorizado o pagamento de uma vantagem remuneratória aos professores da rede pública estadual, categoria que congrega normalmente milhares de servidores. Dois meses depois, constatada a ilegalidade daquela vantagem, a Administração pretende anular o ato concessivo e suprimir o seu pagamento. É razoável que lhe seja imposto o ônus de assegurar uma oportunidade de defesa prévia e de contraditório

[45] Tradicionalmente, de fato, era dispensada a observância da ampla defesa previamente ao exercício da autotutela para o desfazimento do ato ilegal. Nesse sentido, cf., por todos, as razões constantes da doutrina de Hely Lopes Meirelles: "Para a anulação do ato ilegal (não confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo à *revogação* e não à *anulação*) não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando a norma legal o fixar expressamente" (*Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 184-185). Outro exemplo de argumento clássico é o que afirma a desnecessidade de contraditório nesses casos quando não se estiver diante de processo administrativo litigioso: "Ressalte-se, ademais, que, na espécie, não comporta guarida a alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que se trata, *in casu*, de anulação de ato de nomeação, e não de demissão ou exoneração de servidor. Assim, não havendo ato acusatório, não há que se falar em necessidade de se ensejar oportunidade para defesa. Ora, o que se contém no inc. LV do art. 5º da Carta pressupõe sempre litígio ou acusação, não tendo pertinência a alegação, portanto, na hipótese analisada" (STF, RE nº 213.513-5, Rel. Min. Ilmar Galvão). Um outro argumento em favor não exigências das garantias procedimentais foi deduzido, ao menos parcialmente, no voto do Min. Carlos Velloso no RE nº 158.543, reproduzido em nota acima. Segundo o Min. Velloso, por ser a ilegalidade uma questão exclusivamente jurídica "envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas", não há necessidade de ampla defesa administrativa, porque nada poderia ser acrescentado pelo administrado que pudesse afastar a ilegalidade ou modificar o juízo da Administração.

[46] Nesse sentido, cf. SCHØNBERG, Søren J. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 63. reprint. 2003: "A proteção procedimental é por vezes impraticável para as autoridades públicas, em parte porque é custosa e consome tempo, em parte porque uma notificação e oitiva podem minar o propósito da decisão relevante".

rpgmjf.indd 213 04/11/2011 12:32:43

a todos os milhares de servidores que sofrerão os efeitos do ato anulatório? E, caso essa oportunidade seja concedida e esses milhares de servidores apresentem razões individuais sustentando a legalidade do ato, estará, então, a Administração compelida a apreciar motivadamente todas essas razões, uma a uma, para só após sustar os efeitos do ato ilegal? O prejuízo ao interesse público provocado pelo retardo na edição do ato de anulação seria evidente, tanto mais porque são consideradas irrepetíveis as verbas remuneratórias recebidas de boa-fé pelos servidores públicos.

Esses e outros problemas, contudo, parecem razoavelmente equacionados na disciplina prevista no §28 da Lei do processo administrativo federal da Alemanha. No referido dispositivo se estabelece, como regra geral, o dever de oitiva prévia daqueles cujos direitos possam ser afetados pela edição de um ato administrativo. Todavia, a lei expressamente admite o afastamento dessa obrigação em algumas circunstâncias específicas:

> §28 Oitiva das partes
> (1) Antes da edição de um ato administrativo que afete os direitos de uma parte, a ela deverá ser conferida a possibilidade de expor o seu ponto de vista acerca dos fatos pertinentes para a decisão;
> (2) Essa oitiva pode ser afastada quando as circunstâncias do caso não demonstrarem sua necessidade e, particularmente, quando:
> 1. uma decisão imediata for necessária ao interesse público ou houver *periculum in mora*;
> 2. a oitiva comprometer a observância de um prazo essencial para a decisão;
> 3. não houver risco de prejuízo ao particular por não afastar dos dados que ele forneceu em um requerimento ou em uma declaração;
> 4. a autoridade administrativa pretender editar uma prescrição geral ou atos administrativos individuais similares em grande número ou ainda atos administrativos por meio de equipamentos automáticos;
> 5. medidas de auto-executoriedade administrativa devam ser adotadas;
> (3) não será concedida a oitiva quando for explicitamente contrária ao interesse público.[47]

Em sentido análogo caminhou o legislador italiano na disposição acerca da eficácia dos atos administrativos introduzida recentemente pela Lei nº 15, de 11 de fevereiro de 2005, na Lei do Procedimento Administrativo da Itália (Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990):

[47] Veja-se que algumas dessas hipóteses coincidem com aquelas que levaram a jurisprudência do STF a recusar a necessidade de contraditório e de ampla defesa em alguns casos.

rpgmjf.indd 214 04/11/2011 12:32:43

> Art. 21-segundo.
> Eficácia do ato limitativo da esfera jurídica privada
> 1. O ato limitativo da esfera jurídica privada adquire eficácia em relação a cada destinatário com a comunicação a ele efetuada ainda que na forma estabelecida pela notificação aos ausentes nos casos previstos no Código de Processo Civil. No entanto, se dado o número de destinatários a comunicação pessoal não for possível ou resulte particularmente gravosa, a Administração procederá mediante publicidade idônea dos modos estabelecidos por esta mesma Administração. O ato limitativo da esfera jurídica privada que não tiver caráter sancionatório pode conter uma cláusula motivada de eficácia imediata. Os atos limitativos da esfera jurídica privada que tenham caráter cautelar e urgente são imediatamente eficazes.[48]

Em suma, como se extrai do direito comparado, embora a regra geral seja a prévia oitiva daqueles que possam ser afetados pelo desfazimento de um ato ilegal, esse princípio não se aplica de forma absoluta. Haverá casos em que se deverá admitir — logicamente em caráter excepcional — que a Administração anule um ato administrativo ilegal sem previamente conferir oportunidade para a manifestação daqueles que por ele sejam beneficiados. Em algumas situações, porque o ônus de promover a oitiva prévia poderá inviabilizar, na prática, o exercício da autotutela com a presteza exigida pelo interesse público. Noutras, porque a promoção do contraditório poderá revelar-se excessivamente dispendiosa ou demorada. Por isso, com o objetivo de contribuir para a solução da controvérsia subsistente na jurisprudência, parece possível, *de lege ferenda*, explicitar alguns parâmetros para serem aplicados nesses casos:

a) a regra é a prévia notificação daquele cuja esfera individual venha a ser atingida com o desfazimento do ato ilegal;
b) a Administração, no entanto, estará dispensada de notificar previamente o(s) destinatário(s) do ato quando:
b.1) o número de destinatários for tão grande que torne inviável ou excessivamente oneroso o dever de oitiva prévia; ou
b.2) a vigência do ato pelo tempo necessário à promoção do contraditório se mostre insuportavelmente lesiva ao interesse ou patrimônio públicos; ou
b.3) o ato ou seus efeitos ainda não tenha(m) se incorporado ao patrimônio dos destinatários, de modo que não haverá prejuízo com a respectiva supressão;

[48] Disponível em: <http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/l241_90.html#ART1>. Acesso em: 19 dez. 2005.

rpgmjf.indd 215 04/11/2011 12:32:43

c) nos casos referidos na alínea "b", embora dispensada de notificação individual prévia, a Administração tem o dever de informar posteriormente os destinatários da anulação levada a cabo, conferindo-lhes adequada oportunidade de defesa. Essa comunicação poderá ser individual, se o número de destinatários do ato comportar essa medida, ou coletiva, por meio de publicação nos jornais oficiais e de outros meios à disposição do Poder Público.[49]

4 Conclusões

O exercício da competência de autotutela da Administração Pública não pode ser exercido com apoio, tão somente, na sua vinculação à lei; os preceitos constitucionais democráticos vazados na Constituição de 1988 impõem a observância de garantias materiais, como a segurança jurídica, a proteção à confiança e à boa-fé, bem com de procedimentos que visem tornar seu exercício transparente e passível de controle pelo cidadão, como a motivação, a publicidade e a observância do contraditório e da ampla defesa.

Ainda que tais garantias já tenham passado a ser observadas com algum afinco pelo Supremo Tribunal Federal, assiste-se, ainda, a alguma controvérsia, que pode ser solucionada mediante o procedimento de ponderação das normas a serem cotejadas a cada caso. Os parâmetros oferecidos devem ser observados, por consistirem em referências objetivas para o desempenho dessa atribuição pela Administração Pública e por implicarem a compatibilização dos diversos interesses e direitos colidentes.

Abstract: This article is dedicated to the study of the transformations occurred in the institute of the administrative auto correction subsequently to the advent of the Constitution of 1988 and constitutionalism which was

[49] Em sentido contrário, deve-se mencionar a crítica de Carlos Ari Sundfeld. Segundo o Prof. Sundfeld, não se pode transigir com o cumprimento das garantias do contraditório e da ampla defesa pela Administração antes de se proceder à anulação de um ato administrativo ilegal. Para os casos excepcionais aventados acima, Carlos Ari Sundfeld propõe, como alternativa de solução, que, ao invés da anulação imediata sem contraditório, se promova a suspensão cautelar dos efeitos dos atos reputados ilegais. Com isso, diz, se asseguraria a eficácia da medida para a Administração — que, assim, ficaria desonerada dos efeitos do ato ilegal —, ao mesmo tempo em que se garantiria o respeito ao contraditório e à ampla defesa (já que o ato anulatório propriamente dito apenas seria praticado após a oitiva e defesa dos interessados. Defesa essa que, inclusive, sendo o caso, poderia ser promovida por suas Associações de classe ou afins, na hipótese de interesses coletivos ou difusos). No entanto, mesmo que, de fato, tal solução não importe na anulação formal dos atos ilegais antes do contraditório, preservando, pelo menos formalmente, o ato enquanto não ouvidos os interessados, ainda assim na prática ela permite que se suspendam os seus efeitos sem prévia oitiva. A crítica ora referida foi expressa verbalmente à autora por ocasião da defesa de sua tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, em junho de 2006, em que formulou as mesmas proposições acima reproduzidas.

rpgmjf.indd 216 04/11/2011 12:32:43

installed subsequently to the second war. They started to impose formal and material limitations to the administrative acting, in such a way that, for the cancellation of an illegal act, publicity became imperious, between other guarantees, the observance of the motivation, contradictory and spacious defense, legal security and good-faith. After examination of the recent jurisprudence of the Federal Supreme Court on the matter, proposals are presented for the exercise of this competence of the Administration inside the constitutional proper limits.

Key words: Administrative auto correction. Constitutionalism. Contradictory and spacious defense.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BAPTISTA, Patrícia. Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 195-217, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 217 04/11/2011 12:32:43

A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito*

Gustavo Binenbojm

Professor Adjunto da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público (UERJ). *Master of Laws* (*LL.M.*) pela Yale Law School. Procurador do Estado e Advogado.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Advogado Público.

O presente estudo envolve uma discussão zetética sobre a identidade institucional da Advocacia Pública. Quem é o Advogado Público no Estado Democrático de Direito? Qual é o seu papel institucional? Qual é a sua singularidade diante da advocacia privada, da magistratura e do Ministério Público? O que torna a Advocacia Pública uma função essencial à Justiça, como declarado na Constituição? Isso exige uma reflexão sobre a posição da Advocacia Pública em relação ao Estado Democrático de Direito.

A minha premissa é de que existe uma relação de imbricação lógica indissociável entre a Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. Parece-me que à Advocacia Pública é reservada a elevada missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas sociais da política e do direito, e a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, parece-me que a inscrição da Advocacia Pública no capítulo das funções essenciais à Justiça não tem um significado restrito ao exercício da função jurisdicional do Estado, mas se liga ao valor justiça e aos valores inerentes ao direito e à democracia.

É interessante resgatar, neste momento, a famosa definição do professor Canotilho de que o Estado Democrático de Direito é um precipitado histórico de duas ideias fundamentais que serviram à sua construção. A ideia de soberania popular de matriz rousseauniana — segundo a qual a vontade geral deve ser produto da vontade da maioria dos cidadãos — e a ideia de governo limitado — a ideia lockeana de que o exercício do poder da maioria deve estar submetido aos marcos constitucionais e legais como condição de sua legitimidade. E é nesse sentido a síntese de Norberto

* Artigo aprovado para publicação em categoria especial: "Transcrição de Palestra".
Palestra intitulada "O Papel Institucional da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito", proferida no dia 15 de março de 2010, na sede da OAB/RS, por ocasião do Seminário comemorativo dos 45 anos da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

rpgmjf.indd 219 04/11/2011 12:32:43

Bobbio, para quem a democracia constitucional é o regime que realiza a vontade da maioria dentro das regras do jogo democrático, regras essas estabelecidas na Constituição e nas leis.

Entendo que esse projeto do Estado Democrático de Direito seria reduzido a uma mera figura de retórica se não existissem, no plano das instituições, mecanismos e instrumentos que dessem consequência a esse programa. E parece-me que a Advocacia Pública é a função de Estado por excelência encarregada de realizar a vontade majoritária democraticamente estabelecida, adequando-a aos marcos do ordenamento jurídico.

Então, parece que essa relação de imbricação lógica da Advocacia Pública com o Estado Democrático de Direito pode ser explicada teoricamente por uma vinculação das suas funções institucionais aos dois valores fundamentais de qualquer democracia constitucional. O primeiro deles, legitimidade democrática e governabilidade. O segundo deles, controle de legalidade ampla, que eu prefiro chamar de controle de juridicidade.

As funções institucionais básicas da Advocacia Pública — consultoria jurídica e representação judicial — devem sempre ser pensadas e reconduzidas a esses dois valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, que são, de um lado, legitimidade democrática e governabilidade, e, de outro, respeito e promoção do controle de juridicidade.

Faz-se, daqui em diante, uma bipartição da reflexão proposta: em primeiro lugar, discutirei a vertente democrática ou o compromisso democrático da Advocacia Pública; em segundo lugar, passo ao exame da vertente jurídica ou do compromisso da Advocacia Pública com a juridicidade.

Adianto que, ao contrário do que comumente se apregoa, não me parece que a consultoria jurídica seja uma função ligada apenas ao controle de juridicidade e a representação judicial à realização da vontade democrática dos governantes eleitos. Parece-me que essas duas funções institucionais realizam simultaneamente esses valores do Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, vou abordar o compromisso democrático da Advocacia Pública. Esse compromisso atende à compreensão do nosso papel institucional em relação aos governantes eleitos. O Advogado Público não é um censor, não é um juiz administrativo, nem um Ministério Público interno à Administração Pública. O Advogado Público tem como uma das suas missões institucionais mais nobres e relevantes cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos

rpgmjf.indd 220 04/11/2011 12:32:43

democraticamente eleitos. O Advogado Público tem o direito, como cidadão, de discordar dessas políticas. Eu diria até que ele tem o dever se esta for a sua convicção pessoal. Todavia, tem ele o dever funcional de se engajar na promoção e na preservação dessas políticas, desde que elas se mantenham dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor.

Nesse sentido, o papel do Advogado Público é o de realizar a mediação entre a vontade democrática e o direito. Mas essa mediação não é estática. Não é o exercício de um "sim" ou um "não". Não é proferir um *decisum* estático, como faz a magistratura. Nem exercer *opinio delicti*, como faz o Ministério Público. O papel do Advogado Público é compreender a política pública que se deseja implementar, que é a vontade popular, ao fim e ao cabo, e buscar estabelecer os mecanismos que viabilizem a realização dessa política. Isso pode ensejar, por exemplo, trabalhar na elaboração de uma proposta de emenda constitucional, cujo limite último são as cláusulas pétreas da Constituição, trabalhar na elaboração de uma minuta de um projeto de lei, trabalhar na elaboração de minutas de outros atos normativos, como portarias, decretos, resoluções, e assim por diante.

O Advogado Público deve ser aquele que tem a capacidade de dizer um "não". Mas, sobretudo, deve ter a capacidade de dizer "talvez". Isto deve acontecer porque "talvez" se possa alcançar a realização de uma política pública com a alteração da própria ordem jurídica, dentro dos limites constitucionais estabelecidos.

Nesse sentido, é interessante ressaltar as contribuições mais contemporâneas do Direito Administrativo, que não aceitam mais uma concepção absolutista, solipsista, de interesse público. A velha concepção da supremacia do interesse público como uma ideia rígida a ser realizada a despeito de todos os interesses da sociedade há de ser abandonada. E a Advocacia Pública é a instituição capacitada e habilitada a realizar essa mediação, essa ponderação de interesses do Estado com a sociedade, no sentido da realização de políticas públicas legítimas. Uma vez definidas essas políticas públicas, nas quais é imprescindível a participação ativa da Advocacia Pública no âmbito da consultoria jurídica, é papel do Advogado Público dar sustentabilidade a essas políticas perante os órgãos judiciários e as cortes de contas. Dessa forma, a defesa judicial deve ser compreendida não como um *capitis diminutio* do Advogado Público, reduzida à mera função de Advogado de governo, mas como uma função institucional essencial à

rpgmjf.indd 221 04/11/2011 12:32:43

democracia a fim de dar sustentação jurídica aos projetos de governo e contribuir, dessa forma, para a governabilidade.

A defesa judicial de políticas públicas legítimas é missão fundamental da Advocacia Pública, ligada intimamente à própria ideia de democracia.

Por outro lado, o compromisso jurídico da Advocacia Pública deve conviver paralela e simultaneamente com o compromisso democrático. A imposição de limites jurídicos à vontade de gestores públicos é condição *sine qua non* da Advocacia Pública diferenciada da Advocacia Privada. Se o Advogado Privado é o profissional que atende aos interesses do seu cliente, dentro dos limites da sua ciência e da sua consciência, o Advogado Público, além da sua ciência e da sua consciência, deve reverência aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. E esses balizamentos jurídicos devem ser estabelecidos tanto no exercício da consultoria, como no exercício da representação judicial.

É conhecido de todos o nosso regime jurídico de pareceres da Advocacia Pública. Os pareceres facultativos são aqueles que podem ser objeto de consulta por parte dos gestores públicos. Os pareceres obrigatórios devem ser necessariamente solicitados, mas de cujas conclusões os gestores podem se afastar fundamentadamente adotando entendimento diverso. Os pareceres vinculantes obrigam na sua própria conclusão a decisão administrativa final. E os pareceres normativos que, além de vinculantes, se projetam para todos os demais casos semelhantes. É uma noção elementar de Direito Administrativo, mas que nos serve para a construção institucional da Advocacia Pública na medida em que estabelece uma relação institucional entre o exercício da Advocacia Pública e o exercício da função pública pelo agente político ou pelo servidor público.

Em relação à representação judicial, a defesa judicial da presunção da legitimidade dos atos do Poder Público deve ceder diante das situações em que a própria Advocacia Pública entenda que essa presunção foi elidida. É papel da Advocacia Pública reconhecer quando os limites da juridicidade foram ultrapassados e opinar, com efeito vinculante, no sentido da confissão a direitos postulados pelos particulares, da desistência de ações, da realização de transação e da uniformização de entendimentos administrativos que abreviem esses litígios e contribuam para a redução da pletora de demandas que assola o Poder Judiciário do país. Esse papel da Advocacia Pública é um papel que pressupõe um conjunto de capacidades institucionais às quais eu já vou me referir.

rpgmjf.indd 222 04/11/2011 12:32:43

O ponto agora é o seguinte: o que torna a atuação da Advocacia Pública singular em relação a todas as demais instituições jurídicas do Estado?

Muito brevemente, é possível sintetizar três características que fazem da Advocacia Pública uma função de Estado absolutamente única, peculiar e singular. Em primeiro lugar, a possibilidade e a perspectiva de *atuação prévia*. Em segundo lugar, a possibilidade e a perspectiva de *atuação sistêmica*. E, em terceiro lugar, a possibilidade e a perspectiva de *atuação proativa* do Advogado Público.

Quanto à *atuação prévia*, deve-se dizer que nenhuma outra carreira jurídica tem a possibilidade de atuar previamente à configuração das políticas públicas. Merece ser dito que quem define o rumo político é o agente eleito, porque isso é pressuposto da democracia. Mas é direito da sociedade e dever do Advogado Público atuar previamente à formulação das políticas de forma que elas se mantenham dentro do quadro da juridicidade, de forma que elas tenham sustentabilidade jurídica e que possam passar, eventualmente, no teste do Poder Judiciário. Para isto, é preciso que a Advocacia Pública esteja aparelhada e estruturada para atuar no momento seminal da elaboração das políticas públicas.

Quanto à *atuação sistêmica*, observa-se que a atuação do Advogado Público, como nenhum outro profissional do Direito, tem a possibilidade da visão sistêmica. Atuando na elaboração prévia de políticas públicas o Juiz não tem essa possibilidade. O Ministério Público não tem essa possibilidade. E o Advogado Público tem a possibilidade de conhecer os limites sistêmicos em relação ao orçamento, em relação ao quadro de pessoal, ao quadro de estrutura material, em relação aos possíveis efeitos colaterais de uma política pública, colaborando para a correção de rumos, contribuindo para a elaboração de políticas mais efetivas e mais eficientes. A atuação singular do Juiz diante do quadro concreto, assim como dos membros do Ministério Público e dos Advogados particulares coloca-os na condição de alguém que vê a árvore sem ver a floresta. E a Advocacia Pública, através dos seus órgãos de cúpula, através dos seus órgãos de atuação institucional, deve ter essa possibilidade de ter a perspectiva geral dos órgãos de governo, para que possa melhor cumprir o seu papel.

Por fim, uma *atuação proativa*. Enquanto o Poder Judiciário é inerte por excelência, a Advocacia Pública pode e deve atuar proativamente no sentido de prevenir litígios, no sentido de aconselhar medidas e no sentido

rpgmjf.indd 223 04/11/2011 12:32:43

de recomendar que uma solução consensual seja preferível à solução litigiosa. Há um compromisso, portanto, da Advocacia Pública com o princípio constitucional da eficiência. Naquilo que se refere à viabilização das políticas públicas, o Advogado Público deve estar preparado, habilitado e deve ter a porta aberta dos palácios de governo para que ele possa contribuir no sentido da elaboração de políticas que levem em conta aquilo que a Advocacia Pública pode dar em termos de ganho de eficiência. E aqui me refiro, por exemplo, a medidas judiciais ou extrajudiciais que viabilizam políticas públicas.

A Advocacia-Geral da União tem dado um exemplo a todos os órgãos de Advocacia Pública do Brasil nesse sentido. Ela tem, por exemplo, proposto ações declaratórias de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que muitas vezes são essenciais para evitar uma pletora de ações que comprometam a própria viabilidade da política pública. Além disso, a AGU tem celebrado, no âmbito de agências reguladoras, acordos regulatórios que ganham o consentimento dos administrados, alcançando um patamar maior de legitimidade pela própria participação do administrado e reduzindo os custos de transação, os atritos e os conflitos que fatalmente seriam judicializados. E, ainda, a celebração de termo de ajustamento de conduta com os órgãos de controle, sobretudo, com o Ministério Público, que possam evitar que, no curso da política pública, venha a surgir o advento de uma nova ação, de uma nova liminar que impeça o sucesso daquele programa.

Todavia, o bezerro não pode ser de ouro e ter os seus pés de barro. Para que a Advocacia Pública possa cumprir esse papel e essa elevada missão, é preciso que, a partir da compreensão da função, se chegue a uma compreensão da sua dimensão institucional. Não é possível que o Advogado Público tenha um compromisso com a realização da política e com o controle dessa mesma política, se ele for compreendido como mero Advogado de governo. A Advocacia Pública, neste sentido, não é uma função meramente governativa. A Advocacia Pública é uma função de Estado e assim deve ser compreendida como premissa inicial.

Como função de Estado, a Advocacia Pública deve ser uma instituição capaz de se organizar e se estruturar em carreiras. Carreiras profissionais e permanentes aptas a realizar de forma imparcial esse papel. O engajamento do Advogado Público na realização de políticas públicas não é um engajamento político partidário. É um engajamento institucional.

rpgmjf.indd 224 04/11/2011 12:32:43

E para que ele possa realizar as políticas públicas, de um lado, e mantê-las dentro do quadro da juridicidade, de outro, é preciso que ele tenha garantias institucionais e garantias funcionais. Com isto, o Advogado Público não será reduzido ao papel de mero Advogado do governo.

Essas garantias envolvem, por exemplo, além da instituição permanente do corpo profissional qualificado e concursado, uma relação de isonomia que pressupõe não apenas a equiparação vencimental com as demais carreiras jurídicas do Estado, mas, sobretudo, uma equiparação no seu *status* funcional em relação ao Ministério Público, à Magistratura e às demais carreiras de Estado. Esse *status* deve levar a Advocacia Pública a ter autonomia funcional, autonomia administrativa e orçamentária como o Poder Judiciário, como o Tribunal de Contas e como hoje o Ministério Público já detém. Ninguém consegue exercer a Advocacia Pública responsavelmente negociando de joelhos com o governo. Só é possível ser Advogado Público plenamente se a Advocacia Pública for compreendida como uma função do Estado e como uma instituição de Estado, e não como um órgão intestino à própria estrutura do governo.

Essas garantias funcionais vão além da mera autonomia funcional, administrativa e orçamentária e devem alcançar garantias funcionais contra perseguições e contra responsabilizações fora das hipóteses de dolo ou fraude, aquelas hipóteses em que Juízes e membros do Ministério Público podem ser responsabilizados.

Por fim, os temas mais polêmicos. Não posso me furtar a comentá-los embora os saiba polêmicos. A questão do exercício privativo da Advocacia Pública por membros da carreira e a questão da privatividade da própria figura do Advogado-Geral ou do Procurador-Geral que, no caso da Constituição Federal, o artigo 131 abre a possibilidade de membros não integrantes da carreira exercerem esse papel. No caso de algumas procuradorias de Estados, como do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de São Paulo, este cargo já é privativo de membros da carreira. Embora se deva reconhecer que as experiências históricas mostram uma oscilação grande em relação à chefia da instituição e que muitos que não são membros das carreiras tenham dado grande contribuição ao seu desenvolvimento — e faço aqui o registro público de que a minha opinião pessoal é de que este foi o caso do Ministro José Antônio Dias Toffoli em relação à AGU —, o meu entendimento é de que a questão não pode ser tratada pessoalmente. Não podemos ficar à mercê de uma loteria pessoal, em que alguns nomes

rpgmjf.indd 225 04/11/2011 12:32:43

que têm a visão de estadista, como tinha o Ministro Toffoli, deram uma grande contribuição e outros nomes não. Então, parece-me que a política institucional correta é a de qualificar os quadros, investir no concurso público, investir em garantias institucionais e numa remuneração decente, para que a instituição seja capaz de produzir os seus próprios quadros. Não para, em termos corporativos, conquistar a chefia da instituição, mas para que possa oferecer à sociedade nomes capacitados e habilitados ao exercício dessa elevada função.

Além disso, existe a polêmica questão em relação a haver ou não um mandato para o Advogado-Geral ou Procurador-Geral. É uma discussão eterna que se tem no Estado do Rio de Janeiro. Em todos os foros dos quais eu tenho participado, eu tenho manifestado o entendimento de que é necessário caminharmos — em alguns casos será necessário discutir propostas de emenda constitucional — no sentido de que algum mecanismo de garantia de mandato tenha que ser conferido ao Advogado-Geral ou ao Procurador-Geral para que a instituição não fique à mercê de alguma espécie de barganha política que possa comprometer aqui ou ali o desempenho pleno das suas funções. Mas não ignoro que isso possa ter algum problema ou algum efeito colateral. É evidente que a proximidade é desejável em relação ao governo. Mas uma relação de parceria saudável, em termos transparentes e institucionais, pode muito bem, a meu ver, conviver com uma chefia da instituição que seja interna da carreira e que seja garantida por alguma espécie de mandato de nomeação a termo.

A última reflexão que eu quero fazer é: Existem incentivos políticos hoje para que essas transformações se operem? Estamos falando no campo dos ideais, da utopia ou no campo de possibilidades concretas?

Fazendo uma referência ao filósofo italiano Antonio Gramsci, é preciso que o otimismo da vontade supere o pessimismo da razão. Nenhum de nós desconhece que o encaminhamento dessas propostas tende a enfrentar aquilo que eu chamaria de grandes desincentivos políticos, de grandes resistências. Mas eu também acredito que a capacidade de a carreira se organizar em todos os níveis federativos tem aumentado. A capacidade de os Advogados Públicos compreenderem o seu próprio papel e comunicarem-se diretamente com a sociedade, explicando à sociedade qual é o seu papel, qual é a sua grande relevância e que essas garantias não são garantias pessoais ou corporativas, mas são garantias da própria sociedade, também tende a aumentar. E eu, como sou um otimista e crédulo na democracia,

rpgmjf.indd 226 04/11/2011 12:32:43

acredito que nós conseguiremos em algum momento alcançar algumas das nossas utopias.

Para concluir, gostaria de citar *O livro dos abraços*, do escritor uruguaio Eduardo Galeano, onde se fala basicamente das utopias. Ele se refere às utopias dizendo que as utopias são como a linha do horizonte. A linha do horizonte não existe para ser alcançada. Toda vez que nós damos um passo à frente no sentido de alcançá-la, parece que a linha do horizonte dá um passo atrás, afastando-se de nós. Mas o objetivo, a função e o propósito da utopia não é o de ser alcançada; o objetivo da utopia é apenas o de nos fazer caminhar.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 227 04/11/2011 12:32:43

Jurisdição e separação de poderes*

Paulo Roberto de Gouvêa Medina

Professor Emérito da Universidade Federal de Juiz de Fora, de cuja Faculdade de Direito foi Diretor. Procurador Municipal aposentado e Presidente de Honra da Associação dos Procuradores Municipais de Juiz de Fora. Advogado. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Decano do Conselho Federal da OAB e ex-Presidente de sua Comissão Nacional de Ensino Jurídico.

Resumo: Qual o alcance do poder jurisdicional em relação aos demais poderes? É lícito ao Legislativo estabelecer normas suscetíveis de afetar o exercício do poder jurisdicional, relativamente a casos concretos? Tais são as principais questões examinadas no texto. Com referência à primeira hipótese, cuida-se de analisar, especialmente, o problema da implementação de políticas públicas mediante decisões judiciais.

Palavras-chave: Jurisdição. Separação de poderes. Interesse público. Princípio da não interferência. Controle jurisdicional.

Sumário: **1** A nova dimensão da função jurisdicional – **2** Jurisdição e interesse público – **3** Jurisdição e poder discricionário – **4** Jurisdição e poder normativo: eficácia vinculante de decisões e súmulas – **5** Jurisdição e separação de poderes: regra da não interferência – **6** Considerações finais – Referências

1 A nova dimensão da função jurisdicional

A função jurisdicional assumiu contornos mais amplos nos últimos tempos, ganhando nova dimensão nos quadrantes do direito. À medida que evoluem as chamadas *ondas de renovação* do Direito Processual, vai-se dilatando a função atribuída aos juízes para a composição dos conflitos de interesses. São três, basicamente, as fases desse movimento renovador, segundo a classificação que lhe deram Mauro Cappelletti e Bryant Garth: a primeira "onda" "foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e a terceira — e mais recente — é o que nos propomos chamar [dizem aqueles autores] simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo".[1] As duas últimas *ondas* foram as que maior impacto trouxeram à vida judiciária, no Brasil,

* Publicado, originariamente, na *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 8, p. 433-453. Texto revisto para inserção na *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, n. 1, com aditamentos.

[1] *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 31.

rpgmjf.indd 229 04/11/2011 12:32:44

a partir do último quartel do século XX. E já agora a elas vem se acrescer uma quarta *onda de renovação*, que corresponde à tendência crescente de submeter-se ao Judiciário o controle dos atos administrativos sob ângulos especiais, ensejando o seu exame quanto aos aspectos da *moralidade*, do *interesse público* e da *eficiência*. Essa *onda* mais recente confunde-se com o *fenômeno da judicialização da política*.[2]

Em direção oposta, vislumbra-se, hoje, o surgir de uma outra *onda* renovadora, que seria a da busca de formas de tutela diferenciada e de meios alternativos para a solução dos conflitos, especialmente a mediação, a arbitragem, a justiça interna no âmbito de associações (à semelhança da Justiça Desportiva) e a atribuição do poder de julgar a leigos, como os juízes de paz.[3] Essa, que representaria uma *quinta onda* do movimento a que aludimos, diferentemente das anteriores, não seria, em geral, responsável pelo alargamento de atribuições do Judiciário, mas, ao revés, indicaria um certo esgotamento das possibilidades desse Poder ou dos seus órgãos tradicionais para dar conta de sua missão de compor com eficácia os conflitos de interesses.

O surgimento da última *onda* referida, em contraste com a sua antecedente imediata, parece confirmar a assertiva atribuída ao Ministro Sepúlveda Pertence de que, presentemente, em nosso país, *há justiça de mais para alguns e justiça de menos para outros* — isto é, enquanto políticos e administradores públicos reclamam contra a ingerência do Judiciário em assuntos relacionados ao exercício das funções públicas, interesses das camadas mais humildes da população carecem muitas vezes de tutela adequada ou permanecem à margem da atividade judiciária, caracterizando o fenômeno da *litigiosidade contida*.[4]

Efetivamente, a segunda, a terceira e a quarta *ondas*, pelo impacto que causaram sobre a esfera de atuação do Judiciário, tornaram-se responsáveis por significativo aumento de serviço dos magistrados, além de forjarem rica produção doutrinária nos domínios do direito, fazendo nascer, ademais, novas especialidades profissionais para os advogados que atuam nos setores

[2] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189.

[3] Sobre o tema, v. MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos*: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; GRECO, Leonardo. O acesso à justiça. *Revista Jurídica da UNIRONDON*, Cuiabá, n. 1, p. 11-32, especialmente p. 26, 27, 28, 2001.

[4] V., a esse respeito, WATANABE, Kazuo. Processo civil e interesse público: introdução. *In*: SALLES, Carlos Alberto. *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 15-21, especialmente esta última.

rpgmjf.indd 230 04/11/2011 12:32:44

de trabalho assim abertos.[5] Tal foi o que aconteceu com o Direito Ambiental, o Direito do Consumidor, o Direito singular de determinadas faixas etárias e a expansão experimentada pelo Direito Público.

Como importantes marcos legislativos desse processo de renovação, podem ser apontadas a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que institui a Ação Civil Pública; a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código do Consumidor; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1982, que trata dos atos de improbidade administrativa; a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que contém o Estatuto do Idoso, além da lei fundamental (no duplo sentido, como alicerce da nova ordem jurídica e como base do movimento de que ora nos ocupamos), a Constituição Federal de 1988.

É no âmbito das ações civis públicas, das ações coletivas sobre relações de consumo e das ações de improbidade administrativa, além da antiga ação popular, que residem os problemas que mais frequentemente conduzem ao aprofundamento do exame dos atos emanados de órgãos públicos perante o Judiciário. Surge, aí, a questão de saber até aonde poderá avançar o Poder Judiciário no controle dos atos administrativos ou das omissões imputadas à Administração pública.

Por outro lado, a atribuição de *efeito vinculante* às decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade (Constituição, art. 102, §2º), assim como a instituição, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, da *súmula vinculante* (Constituição, art. 103-A), conferiram à nossa mais alta Corte de Justiça poder normativo de significativa importância que, por si só, permite visualizar a nova dimensão da função jurisdicional, em nosso país.

De tudo isso resulta a necessidade de redefinirem-se ou reavivarem-se as linhas que separam a área de atuação do Judiciário em face das que dizem respeito aos demais Poderes. Sem esquecer que esses, por seu turno — especialmente o Poder Legislativo —, podem interferir sobre o exercício da função jurisdicional, esvaziando o conteúdo de decisões

[5] A criação do Juizado Especial Cível pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, importou na instituição de tutela diferenciada para determinadas lides de natureza civil, fazendo aflorar boa parte da chamada *litigiosidade contida* e suscitando novas ações que vieram abarrotar de processos as Varas especializadas, logo em seguida à respectiva instalação. Mais tarde, a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, na esteira do disposto na Emenda Constitucional nº 22/99, criou os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Esses novos órgãos, porém, ocupam-se de questões que refogem às preocupações deste estudo.

rpgmjf.indd 231 04/11/2011 12:32:44

concretas dela emanadas, a pretexto de atribuir nova regulamentação à matéria sobre que incidam — o que representa um problema paralelo, de graves consequências na prática.

2 Jurisdição e interesse público

Constitui entendimento cediço, para não dizer verdadeiro truísmo, na doutrina jurídica, o de que compete à Administração Pública definir e realizar o interesse público. Ultimamente, no entanto, crescem as investidas contra essa ideia tão arraigada, pretendendo-se, com base numa nova visão do princípio da separação de poderes, possa o Judiciário sub-rogar-se ao Executivo na implementação de políticas públicas. O fundamento jurídico dessa moderna doutrina estaria em que o princípio da separação de poderes não poderia opor barreiras à adoção, pelo Judiciário, de medidas tendentes a viabilizar o atendimento de *interesses difusos ou coletivos*, nem cercear o exame dos atos administrativos sob o ângulo da *eficiência*, uma vez que a este corresponde um dos princípios norteadores da atividade administrativa, consoante o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição.

Em obra coletiva que coordenou, Carlos Alberto de Salles, professor universitário e membro do Ministério Público de São Paulo, defendeu ponto de vista nesse sentido, preocupado em apresentar "algumas soluções de como poder-se-ia resolver, no campo do processo civil, o problema do cumprimento pelo Poder Público de decisões judiciais impositivas de obrigações de fazer".[6] Para o autor, o *princípio da separação de poderes* já não pode ser visto sob o prisma de sua "concepção liberal clássica", cumprindo entendê-lo, hoje, no sentido de assegurar, sim, "a coordenação entre poderes autônomos do Estado, não seu isolamento".[7] Nessa perspectiva, seria lícito admitir, até mesmo, a interferência do Poder Judiciário no "planejamento orçamentário, em relação ao qual, quando não se tratar de matéria submetida à discricionariedade administrativa, não parecer haver, a princípio, limitação à interferência judicial."[8] Clama o ilustre jurista pelo que qualifica de "coragem institucional" do Ministério Público[9] para a adoção de medidas que provoquem a expansão do controle jurisdicional sobre os atos dos Poderes Públicos, chegando ao ponto de admitir a

[6] Ação Civil Pública contra Omissões do Poder Público: limites e possibilidades. *In*: *Processo civil e interesse público*, cit., p. 211-222.
[7] *Op. cit.*, p. 214, item 17.3.
[8] *Op. cit.*, p. 216, item 17.4.
[9] *Op. cit.* p. 220, item 17.6.

rpgmjf.indd 232 04/11/2011 12:32:44

"intervenção judicial"[10] como forma de superar dificuldades opostas ao cumprimento das sentenças. Reconhece, aliás, que o problema encontrado pelas medidas judiciais tendentes a suprir omissões do Poder Público se reduz aos percalços da execução, que procura considerar além dos limites procedimentais, como "toda atividade jurisdicional voltada à produção de efeitos de fato".[11]

Nessa mesma linha de pensamento, mas adotando um tom mais moderado em suas propostas, Eduardo Appio, Juiz Federal e professor universitário, pondera que, nos dias de hoje, "A definição do conteúdo da cláusula de "interesse público", antes identificada com uma atividade essencialmente política e outorgada a governos eleitos, passa a ser exercida pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.[12] Entende o ilustre magistrado, no entanto, que "Somente nos casos em que o constituinte já definiu o conteúdo de uma política pública, social ou econômica, é que a intervenção positiva do Poder Judiciário se revela compatível com suas funções constitucionais".[13] E cita como exemplo a hipótese prevista no art. 208, IV, da Constituição Federal, segundo o qual "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ... atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade". Ao ver do autor, será lícito, em tal hipótese, ao Judiciário determinar a construção da creche ou da escola, onde uma e outra não existam. Cuidar-se-ia de "assegurar a um determinado segmento da população um serviço que lhe é devido pelo Estado"[14] e a que corresponderia pretensão suscetível de ser deduzida por via de ação civil pública. Reconhece o autor, porém, que "não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas, sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras eqüitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos."[15] E adverte, na conclusão de seu livro: "Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo."[16]

[10] *Op. cit.*, p. 221, item 17.7.
[11] *Op. cit.*, p. 213, item 17.1.
[12] *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 117.
[13] *Op. cit.*, p. 135.
[14] *Op. cit.*, p. 105.
[15] *Op. cit.*, p. 159.
[16] *Op. cit.*, p. 159.

rpgmjf.indd 233 04/11/2011 12:32:44

Preocupado, igualmente, em analisar o controle dos atos políticos pelo Judiciário, Oswaldo Luiz Palu, também professor universitário e membro do Ministério Público de São Paulo, coloca a questão em termos bastante justos.[17] Para esse autor, o escopo de garantir a observância e a realização prática dos direitos fundamentais exige que o controle jurisdicional dos atos administrativos se alargue além dos limites do controle de constitucionalidade, para abranger também o *controle de conformidade* ("ou legalidade em sentido amplo") dos "atos de governo e atos da administração, inclusive normativos, bem assim sua omissão". Preconiza, para tanto, a instituição de uma "ação direta", "cujo pedido principal seria o de desconformidade, apenas, com validade erga omnes", numa ampliação do que já ocorre por meio das ações civis públicas, a seu ver "um instrumento útil", no direito vigente, com vistas ao mesmo objetivo. Não descura o autor da necessidade de fixarem-se limites à atuação do Judiciário nesse tipo de controle. Para ele, contudo, a solução desse problema não estaria, exclusivamente, no princípio da separação de poderes, mas, sobretudo, no critério da "adequação orgânico-funcional da decisão", de modo a evitar "atribuir-se ao Poder Judiciário funções ou decisões ou tarefas para as quais não está, evidentemente, aparelhado ou preparado". Quanto à possibilidade de agir e à forma de atuação do Judiciário, no controle dos atos político-administrativos, mostra-se cauteloso o autor. Não rompe com o *princípio da legalidade*, não admite que o juiz extrapole certos limites, substituindo-se ao administrador. Ao revés, adverte: a) a jurisdição não poderá determinar prazos para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer; sendo que tudo dependerá, em certos casos, das possibilidades; b) o controle de conformidade pressupõe — normalmente — a existência de uma lei (= ato de governo por excelência), mas atinge também a omissão; c) em regra, não é lícito proceder à atuação direta da Constituição, para impor uma obrigação de fazer à administração, salvo se a própria Constituição já contém um comando nesse sentido, como, por exemplo, no que refere ao percentual de 25% do orçamento destinado às despesas com a educação, que, se descumprido, ensejará a propositura de ação civil pública; d) os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear a atuação do juiz no controle dos referidos atos estatais.[18]

[17] *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
[18] *Op. cit.*, p. 317-347, *passim*.

rpgmjf.indd 234 04/11/2011 12:32:44

Escrevendo em torno da Ação Civil Pública, José dos Santos Carvalho Filho, Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, adverte que "levada a extremo a possibilidade de invocar, em qualquer caso, a tutela judicial em face do Poder Público, chegaria o juiz a extrapolar sua função jurisdicional, invadindo, de modo indevido, a função administrativa, com ofensa, por conseguinte, ao princípio da separação de Poderes, insculpido no art. 2º da Carta em vigor." Por isso, sustenta ser necessário traçar, com prudência, uma linha demarcatória entre a função jurisdicional e a função administrativa, observando que "o pedido, principalmente no caso de se tratar de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é juridicamente possível *quando estiver preordenado a determinada situação concreta*, *comissiva ou omissiva*, *causada pelo Estado*, da qual se origine a violação dos interesses coletivos ou difusos." Não, porém, "se o autor postula que a decisão judicial, acolhendo sua pretensão, condene o Poder Público ao cumprimento, *de forma genérica*, *abstrata*, *inespecífica e indiscriminada*, de obrigação de fazer ou não fazer."[19] O autor critica, por isso, "decisões que estabelecem verdadeiro comando de natureza administrativa dirigido à Administração", em evidente "desvio de perspectiva" com relação ao "sistema de separação de Poderes", que "não pode render ensejo a esse tipo de ingerência". Invoca, a esse propósito, decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo segundo as quais a *fixação de prioridades no campo da Administração Pública compete ao Poder Executivo*.[20] Aludindo, em seguida, à doutrina que defende "a possibilidade de o Judiciário proferir decisões mandamentais no sentido de que a Administração seja obrigada a uma obrigação de fazer (*facere*)", pondera que, a despeito das ineficiências e mazelas às vezes identificadas no âmbito dessa, "nem o Ministério Público, nem o Poder Judiciário ... estarão munidos da "chave do segredo" *para* solucionar todos os problemas da Administração. Na verdade — acrescenta —, nem se sabe com certeza se as soluções propostas — normalmente por quem não tem especialidade em Administração Pública — serão realmente as melhores, ou se corresponderão apenas a uma visão pessoal do autor da pretensão."[21]

Tendo presente o pensamento dos autores que vimos de referir, cremos que a questão fundamental a considerar é que, numa democracia,

[19] *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 96.
[20] *Op. cit.*, p. 98-99.
[21] *Op. cit.*, p. 100-101.

rpgmjf.indd 235 04/11/2011 12:32:44

a definição, a execução e o controle de políticas públicas competem aos órgãos de representação popular — isto é, o Executivo e o Legislativo —, somente se atribuindo ao Judiciário um aspecto da função de controle de tais políticas, aquele que diz respeito à legalidade.[22] Admitir que o Judiciário possa definir ou executar políticas públicas, em caráter genérico, implicaria reconhecer-lhe poder de governo ou de administração — atribuições para as quais carece de legitimidade e de meios.

A definição de políticas públicas visa a atender ao interesse público. A realização do interesse público está para a Administração como a atuação da lei para o Judiciário. Tanto numa atividade quanto noutra encontra-se a essência das funções peculiares aos Poderes que as exercem. Dessa forma, pode-se dizer que administrar é realizar o interesse público, assim como judicar é assegurar a legalidade, por meio da função jurisdicional. As diretrizes que ordenam a realização do interesse público por parte da Administração compõem as chamadas *políticas públicas*.[23] São estas estabelecidas em leis pelo Poder Legislativo, na conformidade das linhas gerais traçadas pela Constituição, e postas em prática pela Administração Pública, da qual, em geral, emanam os projetos de lei pertinentes. A edição e a execução das políticas públicas inserem-se, assim, na órbita de competência do Legislativo e do Executivo, tendo este, sem dúvida, papel preponderante nesse mister. Disso resulta uma nítida vinculação entre as políticas públicas e a atividade administrativa.

São, pois, plenamente atuais as ponderações do Ministro Costa Manso, em voto no Supremo Tribunal Federal:

> Os Poderes Políticos são harmônicos e autônomos. Cada um deles exerce privativamente a função que lhe é distribuída. Quem administra é o Poder

[22] Correspondem essas três funções do Estado à nova formulação que Loewenstein conferiu à teoria da separação de poderes, concebendo-as como *policy determination*, *policy execution e policy control* — as duas primeiras atinentes às funções de governo e administração e a última representando, como assinala Kildare Gonçalves Carvalho, "o ponto principal do regime constitucional" (*Direito Constitucional*: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 117). A ênfase atribuída à função de controle pelo eminente constitucionalista mineiro decorre, naturalmente, da circunstância de comportar ela duplo enfoque, tanto do ponto de vista político, quanto do ponto de vista jurídico.

[23] Representam tais diretrizes "parâmetros de operacionalização da política", segundo Patrícia Helena Massa-Arzabe, a qual se efetiva mediante atividades administrativas coordenadas segundo um "conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado", no dizer de Fábio Konder Comparato. Maria Paula Dallari Bucci, citando este último autor, sintetiza o conceito de política pública nele acentuando o caráter de "programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados", que tem em vista "a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 65, 23, 39).

rpgmjf.indd 236 04/11/2011 12:32:44

> Executivo. Não pode o Judiciário intervir como se fora instância administrativa superior, para, assim, influir ou colaborar na administração pública.[24]

Não nos parece de somenos, no estádio atual da evolução do Direito Público, o *princípio da separação de poderes*. Sem dúvida, nele sobreleva, hoje, a finalidade de assegurar *interdependência entre os Poderes*. Mas a harmonia que deve existir entre os três Poderes não pode ser alcançada se não se observarem determinadas balizas entre os territórios reservados à atuação predominante de cada um deles. O princípio da separação de poderes justifica-se, particularmente, em virtude da especialização de funções que lhes dizem respeito. Assume, por isso, significativa importância o critério da *adequação orgânico-funcional*, quando se cuida de traçar os limites a serem observados pelo Judiciário no controle dos atos político-administrativos emanados do Poder Executivo. O referido critério, por si só, impede que o Judiciário se veja tentado a sub-rogar-se à Administração Pública, para o fim de implementar políticas públicas ou determinar o cumprimento de obrigações de fazer que não resultem direta e imediatamente da lei ou não se imponham por força de uma situação de estado de necessidade. Deve o Judiciário abster-se de imiscuir-se no dia a dia da Administração Pública, somente determinando-lhe o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer em casos extremos, para salvaguardar relevante interesse público, diante da omissão da autoridade responsável ou de clara violação da lei — sempre com o escopo de atuar a norma constitucional ou legal com vistas à tutela de um direito público subjetivo e não, propriamente, para implementar política pública.

O mesmo se diga em relação às obrigações de dar. Essa modalidade de obrigação civil encontra exemplo mais frequente nas ações intentadas contra entidades estatais tendo por objeto o fornecimento de remédios essenciais a usuários do SUS, carentes de recursos, como no caso dos portadores do vírus HIV.[25] Mas, obrigações de fazer ou não fazer também podem justificar condenações judiciais, concessão de medidas liminares ou de antecipação de tutela, conforme a sua natureza e o estado de necessidade

[24] *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1964. v. 2, p. 61.

[25] A obrigação terá essa natureza se a farmácia do órgão público dispuser do remédio em estoque. Se for o caso de encomendá-lo ou adquiri-lo, a obrigação assumirá a natureza de obrigação de fazer, porque importará uma "promessa de contratar, cuja prestação não consiste apenas em apor a firma em um instrumento; seu objeto é a realização de um negócio jurídico, a conclusão de um contrato (Savigny)" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2, p. 58, n. 135).

rpgmjf.indd 237 04/11/2011 12:32:44

que as reclame. É o que ocorre, por exemplo, com determinadas medidas de proteção ambiental (como a remoção de depósito de lixo localizado em zona proibida ou inadequada) ou que visem a coibir atos manifestamente contrários às normas da boa administração, como a realização de loteamentos ou construções que configurem grave violação do plano diretor da cidade, pondo em risco a incolumidade pessoal (*verbi gratia*, construções em encostas de morros). É, igualmente, o caso de decisões que tenham em vista a adoção de medidas para conservação de estradas ou interdição de trechos delas, quando o seu estado precário traga risco iminente ao trânsito. É, ainda, o que se dá nos casos em que se justifique a determinação de matrícula, em escola pública, para assegurar o direito público subjetivo de acesso ao ensino fundamental, nos termos do art. 208, I e §1º, da Constituição. Em todas essas situações, a determinação judicial se justifica não propriamente para realizar o interesse público, senão para preservá-lo de ameaças iminentes ou para assegurar, em caráter de emergência, a fruição de direitos que lhe digam respeito. A razoabilidade de tais decisões será, pois, inquestionável.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já têm decidido pela procedência do pedido, em ações civis públicas, quando o objeto desta é *o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade*, garantia que cerca o dever do Estado com a educação, a teor do disposto no art. 208, IV, da Constituição. Considerou a 2ª Turma da nossa mais alta Corte de Justiça, no AgReg interposto no RE nº 410.715/SP, rel. o Ministro Celso de Mello, que, da citada norma, resulta, para o Estado, "a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental". Traçando os contornos jurídico-constitucionais dessa obrigação, salientou o Acórdão proferido no mencionado recurso:

> Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a

rpgmjf.indd 238 04/11/2011 12:32:44

> eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.[26]

No REsp nº 718.203/SP, rel. o Ministro Luiz Fux, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de 06.12.2005, ressaltou importante distinção entre a mera implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e a tutela a direitos públicos subjetivos que envolva sua execução, no caso concreto:

> As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.
>
> Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.[27]

A posição dos Tribunais Superiores no exame da matéria revela-se, assim, afinada com a orientação doutrinária que sufragamos. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça somente admitem que o Judiciário atue no sentido de fazer aplicar políticas públicas quando, em caráter excepcional, isso se faça necessário à tutela de um direito público subjetivo. Está implícito nesse entendimento jurisprudencial que não compete ao Poder Judiciário implementar políticas públicas, genericamente, cabendo-lhe, tão só, efetivá-las no caso concreto, à vista da configuração, na espécie em julgamento, de omissão do Estado, de que resulte ofensa ao direito instituído na Constituição ou na Lei.

Efetivamente, por mais que se tenha ampliado o controle do Judiciário sobre as atividades administrativas, de modo a "impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância com seus princípios e preceitos constitucionais básicos", subsiste inalterável a regra segundo a qual "não cabe ao Poder Judiciário moldar a Administração Pública discricionariamente".[28] Fa-lo-á, apenas, na medida em que isso signifique

[26] *Diário da Justiça*, 03.02.2006. V. também EREsp nº 485.969/SP; Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 2005/0152163-1, rel. Min. José Delgado, STJ, Primeira Seção, Acórdão de 23.08.2006, in *site* do Superior Tribunal de Justiça, onde é citado o referido Acórdão do STF.

[27] Cf. *site* do Superior Tribunal de Justiça.

[28] MORAES, Alexandre de. Consagração da constitucionalização de regras rígidas de gestão da coisa pública. *In*: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). *Constituição Federal*: 15 anos: mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003. p. 117-131, p. 128.

rpgmjf.indd 239 04/11/2011 12:32:44

adequar a ação administrativa aos preceitos constitucionais, de modo que os interesses públicos prioritários deles emergentes não encontrem entraves na omissão dos órgãos públicos incumbidos de implementá-los. Mas haverá de fazê-lo sem deixar de atender, quando for o caso, a chamada *reserva do possível*, ou seja, a ressalva oposta quanto à inexistência ou limitação de recursos financeiros para tanto. Até mesmo essa circunstância, porém, exige rigorosa comprovação, de modo a verificar-se se a alegação eventualmente feita nesse sentido pelo administrador público não encobre desvio de recursos para atividades de menor relevância, o que seria suscetível de caracterizar hipótese de violação do princípio da *eficiência administrativa* (Constituição, art. 37, *caput*),[29] que tangencia a *improbidade*.

3 Jurisdição e poder discricionário

Antes de tudo, impende assinalar que a conceituação e a identificação do interesse público envolve uma atividade discricionária. E esta se insere na órbita de atribuições da Administração Pública.

Karl Engisch, aludindo *ao conceito discricionário* de "interesse público", invoca a assertiva de Laun:

> Aquilo que a autoridade considera como interesse público é efetivamente, em sentido jurídico, o interesse público.[30]

O eminente jusfilósofo alemão traz, ainda, em abono de suas considerações sobre o tema o pensamento de dois outros juristas. É de Kraus-Festschrift a seguinte observação:

> A livre escolha na discrição livre é modelação criadora daquilo que, conforme o melhor saber e consciência, deve ser considerado como de "interesse público" para o caso concreto.

[29] "A eficiência, aqui, ao englobar a eficácia, traduz exigências funcionais concretas aos agentes públicos, relacionando-se não apenas com a legitimidade de seus gastos, mas com a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e solução de problemas. No sentido constitucional, eficiência pressupõe eficácia, qualidade, compromissos com resultados, abarcando os paradigmas da chamada Nova Gestão Pública, nos tempos da pós-modernidade" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 164, n. 3.4).

[30] *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Batista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 182.

rpgmjf.indd 240 04/11/2011 12:32:44

De Bernatzik cita Karl Engisch este trecho:

> Se à administração, competente (entendida) na matéria, é confiada a decisão sobre a questão de saber se algo é de interesse público, isto equivale a um comando de agir de acordo com aquilo que ela entende ser de interesse público.[31]

Ora, há um consenso na doutrina no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário rever os atos administrativos nos seus aspectos de conveniência e oportunidade, que traduzem o exercício de um poder discricionário.[32] "O poder discricionário — assinala Victor Nunes Leal — move-se, portanto, por definição, em uma zona livre, privativa da administração, o que exclui, sob pena de contradição nos próprios termos, a possibilidade de revisão por parte do poder judiciário."[33] Essa chamada *zona livre* de atuação corresponde a um "campo de apreciação meramente subjetiva", que "permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz", como acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello, advertindo que, se assim não fora, "haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior."[34]

Karl Engisch, distinguindo a categoria dos *conceitos jurídicos indeterminados* da noção de *poder discricionário*, observa que "O domínio da livre discrição é pequeno e é principalmente limitado à atividade administrativa." Acrescenta, em seguida, o ilustre jurista:

> A chamada discricionaridade judicial em grande parte não é livre. Trata-se, antes, na maioria dos casos, de conceitos normativos que exigem na verdade uma valoração, a qual todavia não é uma valoração pessoal mas uma valoração objetivamente válida, com um só sentido. Mas aqueles conceitos que visam uma discrição genuinamente livre são inevitavelmente e ao mesmo tempo (dentro de certas molduras) conceitos indeterminados e normativos.[35]

Eis aí o outro lado da questão. Não só é vedado o reexame dos atos discricionários da Administração pelo Poder Judiciário, naquilo que diga respeito à essência da discricionaridade (ou seja, os aspectos concernentes à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos), como

[31] ENGISCH, *op. cit.*, p. 214, nota de rodapé nº 21.
[32] V., por todos, LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 278-281, n. 2 e 3.
[33] *Op. cit.*, p. 283-284, n. 4.
[34] *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 916.
[35] *Op. cit.*, p. 184.

rpgmjf.indd 241 04/11/2011 12:32:44

inviável se mostra o exercício de poderes discricionários pelos juízes, fora de algumas poucas hipóteses que as leis processuais preveem. Não seria, assim, possível transferir da órbita da Administração Pública para o campo de atuação do Poder Judiciário a definição do interesse público ou o controle de políticas públicas com vistas à sua implementação, em termos gerais. Porque isso implicaria reconhecer a legitimidade do exercício de poderes discricionários pelo Judiciário, no sentido de suprir eventuais omissões do Executivo. Sem falar na dificuldade material que teria o Judiciário para desempenhar tão anômalas tarefas, sabido que esse Poder carece de elementos e de órgãos capazes de assessorá-lo na tomada de decisões que envolvam matéria administrativa.

4 Jurisdição e poder normativo: eficácia vinculante de decisões e súmulas

A preocupação de tornar efetivo o valor *segurança jurídica* e fazer prevalecer o *princípio da igualdade* no julgamento de litígios que guardem as mesmas características tem levado juristas e legisladores a buscar a adoção de fórmulas capazes de atribuir eficácia vinculativa a determinadas decisões.[36] No passado, cogitou-se de dar força de lei a certas decisões do Supremo Tribunal Federal, primeiramente quando da elaboração do Código Civil de 1916, depois em disposição do Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas, apresentado ao Ministro da Justiça em 1970.[37] O anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria do Prof. Alfredo Buzaid, que se converteu em Lei no ano de 1973, pretendeu reviver o sistema de *assentos* do direito português, como forma de expressar e tornar cogentes decisões resultantes de uniformização da jurisprudência, mas, nesse ponto, não foi acolhido pelo Congresso Nacional.[38] A Emenda nº 03/1993 à Constituição de 1988, ao instituir a *ação declaratória de constitucionalidade*, atribuiu às decisões nelas proferidas *eficácia contra todos e efeito vinculante*, *relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo* (Const., art. 102, §2º), o que foi, depois, estendido, pela Emenda nº 45/2004, à *ação direta de inconstitucionalidade*, dispondo-se, na última Emenda, que o *efeito vinculante* das decisões respectivas estender-se-ia *aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta*, *nas esferas federal*, *estadual e*

[36] Tratamos do tema, mais amplamente, no ensaio A uniformização da jurisprudência no contexto da reforma do Código de Processo Civil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 581-589.

[37] Cf. nosso *Direito processual constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 250, n. 5.

[38] Cf. obra, p. e nº cits. na nota anterior.

rpgmjf.indd 242 04/11/2011 12:32:44

municipal (Const., art. 102, §2º, nova redação). A citada Emenda nº 45/2004 instituiu, ainda, a *súmula vinculante* em matéria constitucional, que poderá ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação de qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, desde que aprovada por 2/3 (dois terços) dos Ministros, estendendo-se o respectivo efeito aos mesmos órgãos suscetíveis de ser alcançados pelo efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (Const., art. 103-A). Prevê o dispositivo constitucional pertinente que a *súmula vinculante* venha a ser revista ou cancelada *por* iniciativa *daqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade* ou segundo o que estabelecer a lei que regulamentar o instituto (Const., art. 103-A, §2º). Para assegurar obediência ao que a *súmula vinculante* dispuser, a Constituição torna cabível *reclamação* ao Supremo Tribunal Federal do ato administrativo ou da decisão judicial que a contrariar, preceituando que, *julgando-a procedente*, a Alta Corte *anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada*, *e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula*, *conforme o caso* (Const., art. 103-A, §3º).[39]

Com a adoção desses mecanismos, o nosso ordenamento jurídico foi além do modelo do *stare decisis*, anglo-americano, uma vez que, neste, a força do precedente tem efeito persuasivo e pedagógico, mas, não se impõe coativamente à observância dos órgãos do Judiciário ou da Administração Pública. Na linha do *stare decisis*, já contávamos, desde 1963, com as *súmulas* que, simplesmente, expressavam a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal ou de outras Cortes judiciais, que, depois, passaram a editá-las. A partir das alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, tais súmulas, assim como a *jurisprudência dominante*, ainda que não sumulada, passaram a servir de parâmetro aos relatores nos tribunais, seja para negar seguimento a recurso, seja para julgar-lhe o mérito, dando-lhe provimento (CPC, art. 557, *caput* e §1º). Já a recente Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, deu maior força aos paradigmas judiciais traduzidos em súmulas, quando emanados do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que *o juiz não receberá a apelação* de sentença que estiver em conformidade com as referidas súmulas (CPC, art. 518, §1º). Com isso, a súmula aplicada ao julgamento da causa assume o caráter de *súmula*

[39] Sobre a *súmula vinculante*, v. *op. cit*. nas duas notas anteriores, p. 248-252, n. 5.

rpgmjf.indd 243 04/11/2011 12:32:44

impeditiva de recurso, no caso concreto. Não se trata de uma nova categoria de súmula, mas, sim, de um efeito resultante de sua aplicação à espécie. A denominação que se lhe atribui — *súmula impeditiva de recurso* — explica-se, portanto, por um fenômeno de metonímia e não, propriamente, em função de nomenclatura rigorosamente adequada.

Pode-se dizer que o Judiciário brasileiro esteja dotado, hoje, de poder normativo, que representasse uma extensão da função jurisdicional? No que tange à *súmula vinculante*, não há dúvida de que tal ocorre. Não significa isso dizer que a instituição dessa categoria de súmula afronte o princípio da separação de poderes. As cautelas de que o texto constitucional procura cercá-la são de tal ordem, quer no que diz respeito à iniciativa de sua elaboração e ao *quorum* de aprovação, quer no que concerne à possibilidade de sua revisão, que preferimos vê-la como mais um instrumento da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal. Trata-se, aliás, de um instrumento processual que se apresenta como consectário dos efeitos atribuídos às decisões daquela Alta Corte, no controle concentrado da constitucionalidade, os quais, de certo modo, também traduzem o exercício de um poder normativo. De fato, o objeto da *súmula vinculante* é restrito à matéria constitucional e as decisões do Supremo nessa matéria, quando têm por objeto a lei em tese, estabelecem uma regra interpretativa de eficácia cogente.

A chamada *súmula impeditiva de recurso* é, inegavelmente, de duvidosa constitucionalidade, não em face do princípio da separação de poderes, mas porque cerceia o exercício pela parte do direito de recorrer. Ofende, assim, o *princípio do devido processo legal*. O recurso, ainda que interposto para provocar o reexame da decisão pelo próprio juízo que a proferiu, é um prolongamento do direito de ação. Tanto assim que Seabra Fagundes e Lopes da Costa diziam haver "um paralelismo perfeito entre a inicial da ação e a inicial do recurso".[40]

A fórmula adotada para permitir que o relator, sub-rogando-se à Turma ou Câmara, dê provimento ao recurso quando verificar que a decisão recorrida está *em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal*, *ou de Tribunal Superior* (CPC, art. 557, §1º), implica, a nosso ver, clara violação da norma constitucional (federal ou estadual) que fixa a competência do Tribunal respectivo, uma vez que,

[40] COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, p. 339 citando Seabra Fagundes.

rpgmjf.indd 244 04/11/2011 12:32:44

por meio desse expediente, o relator, na verdade, usurpa competência do órgão julgador, ainda que o seu ato fique sujeito a reexame pelo órgão colegiado, uma vez interposto recurso de agravo. Não há, porém, aí, do mesmo modo, ofensa ao princípio da separação de poderes; o que ocorre é, por assim dizer, grave arranhão no *princípio do juiz natural*.

As duas últimas hipóteses nem de longe caracterizam, portanto, o exercício de um poder normativo. Mas há inegável tendência de que isso venha a ocorrer, em outros casos, na medida em que se ampliem as hipóteses de *súmula vinculante*. Afinal, antes mesmo da instituição da *súmula vinculante* e das *súmulas impeditivas de recursos*, a vinculação do juiz a certos precedentes já se vinha insinuando, como notou o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, "pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada".[41] Não será surpresa, portanto, se outras categorias de súmulas surgirem, na esteira dessa série de medidas que a reforma do nosso Código de Processo Civil vem adotando, no empenho, sobretudo, de reduzir o volume de processos que assoberbam os tribunais... Para isso devemos estar prevenidos, conscientes de que uma tal extensão do poder jurisdicional para atribuir eficácia normativa às decisões não terá como ajustar-se ao princípio da separação de poderes.

5 Jurisdição e separação de poderes: regra da não interferência

Do mesmo modo que preocupa a hipertrofia da função jurisdicional, na medida em que rompe com as barreiras do princípio da separação de poderes, não podem deixar de despertar atenção eventuais ameaças à observância desse princípio que resultem de atos do Legislativo, quando este, mediante alteração da lei em vigor ao tempo da sentença ou da constituição do direito, afete, direta ou indiretamente, o exercício da jurisdição.

Deve-se reconhecer que a questão é delicada, não sendo fácil estabelecer os lindes da competência judiciária que o processo legislativo haverá de obedecer. O fato de o Judiciário haver atribuído à lei uma interpretação, no julgamento de determinado caso, não impede que o órgão do Legislativo altere a disciplina normativa da hipótese, regulando diversamente a matéria que fora objeto da decisão. Esta, fazendo coisa julgada *nos limites da lide e das questões decididas* (CPC, art. 468), prevalecerá no caso que foi objeto da decisão. A nova lei sobre a matéria, evidentemente, irá reger as demais situações jurídicas.

[41] *Apud* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 227.

rpgmjf.indd 245 04/11/2011 12:32:44

Michel Lesage, em monografia dedicada ao tema,[42] recordando que as soluções dadas pelos tribunais aos casos que lhes são submetidos "vont engendrer des règles de droit: les règles jurisprudentielles", observa:

> Le législateur n'est pas désarmé devant ces règles: l'existence d'une règle jurisprudentielle dans un domaine ne peut faire obstacle à l'intervention du législateur. Il n'y a là nul empiètement du législateur sur les pouvoirs du juge, à condition que législateur se borne à édicter un règre, sans avoir l'intention de toucher aux affaires soumises aux tribunaux.[43]

O professor da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Lille faz, a esse propósito, importante distinção:

> Le respect par le législateur du principe de non-intervention dans les affaires soumises aux tribunaux exige la distinction de deux séries de cas: ceux dans lesquels le législateur substitue une règle législative à une règle jurisprudentielle; ceux dans lesquels le législateur intervient avec l'intention délibérée d'exercer une influence sur les affaires en cours, au moyen d'une loi "rétroactive" ou "interprétative".[44]

A crônica judiciária no Brasil registra alguns casos em que a autoridade do Judiciário foi posta em xeque por deliberações do Legislativo, embora aquele Poder nem sempre haja interpretado assim tal ou qual aparente interferência sobre a sua esfera de competência.

No regime do Estado Novo, em que as funções legislativas achavam-se concentradas na autoridade do Chefe da Nação, verificou-se o célebre caso Paul Deleuse. Alterando a ordem de sucessão hereditária já depois de aberta a sucessão de Paul Louis Joseph Deleuse, o Decreto-Lei nº 1.907 de 26 de dezembro de 1939 deu ensejo a que se considerasse como jacente a herança do referido cidadão, em prejuízo dos que, consoante a lei anterior, seriam seus herdeiros. Estes invocaram, em Juízo, a intangibilidade do direito à herança, mas a questão culminou em decisão do Supremo Tribunal Federal que, por maioria, entendeu que a lei retroativa, no caso, seria legítima, porquanto a Constituição então em vigor — a Carta outorgada de 1937 — não consagrava o princípio da irretroatividade das leis. Votaram vencidos os Ministros Laudo de Camargo e Carvalho Mourão, sustentando

[42] *Les Interventions du Législateur dans le fonctionnement de la Justice*, Bibliothèque de Droit Public, sob a direção de Marcel Waline, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960.
[43] *Op. cit.*, p. 92.
[44] *Op.* e p. cits.

rpgmjf.indd 246 04/11/2011 12:32:44

que haveria, na hipótese, ofensa ao direito de propriedade e, só por isso, o Decreto-Lei referido seria inaplicável à sucessão já aberta.[45] Ainda que indiretamente, o poder jurisdicional foi afetado, porquanto a nova disposição legal mudou os rumos do inventário que já fora ou poderia ter sido instaurado, em face da abertura da sucessão. A hipótese se enquadra, assim, na situação verberada por Michel Lesage, por se tratar de um caso em que "le législateur intervient avec l'intention délibérée d'exercer une influence sur les affaires en cours, au moyen d'une loi 'rétroactive'".

Contemporaneamente, houve o caso da discutida anistia conferida pelo Senado da República a determinado Senador que tivera o mandato cassado por decisão do Tribunal Superior Eleitoral em virtude de abuso de autoridade, por ele cometido ao usar a gráfica daquela Casa para confeccionar material de propaganda eleitoral. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impugnou o ato de anistia, no Supremo Tribunal Federal, por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Resolução respectiva, mas a Alta Corte, por maioria, considerou o ato legítimo, julgando improcedente o pedido.[46]

No plano da jurisdição constitucional, o problema se coloca em face da reiteração de textos legislativos cujo conteúdo haja sido considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Ação Direta acerca do diploma legal originário. Como o efeito vinculante atribuído às decisões do STF nessa matéria está adstrito aos órgãos do Judiciário e da Administração Pública (Const., art. 102, §2º) e em vista da circunstância de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva do acórdão correspondente, tem-se considerado que a reprodução do dispositivo impugnado, por meio de nova lei, não implica ofensa à autoridade da Corte Suprema, suscetível de ensejar o uso da Reclamação Constitucional.[47] Pensamos, todavia, que esse expediente, sobre configurar o que Roger Stiefelmann Leal chama de "recalcitrância legislativa", envolve indisfarçável *fraude* à decisão judicial. Na linha desse entendimento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal bem poderia caminhar no sentido de coibir semelhante prática, mediante a admissão de Reclamação Constitucional contra a reiteração da inconstitucionalidade. É de invocar-se,

[45] Cf. *Revista Forense*, n. 87, p. 670-677.
[46] Cf. CONSULEX, n. 219 (28.02.2006), p. 28-32.
[47] V., sobre o tema, LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 104-106, 159-161; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 540-541, n. 7.5.5.

rpgmjf.indd 247 04/11/2011 12:32:44

a esse propósito, a velha máxima: *Se o fim é vedado*, *consideram-se proibidos todos os meios próprios para o atingir*.[48]

6 Considerações finais

O princípio da separação de poderes experimentou, nos últimos tempos, inegável transformação, tornando-se mais flexível, na medida em que as exigências da ação estatal no plano dos três Poderes clássicos fizeram com que a competência de cada um se alargasse, passando, assim, o Executivo a editar normas jurídicas dotadas do mesmo conteúdo das leis formais, o Legislativo a contribuir para a atuação administrativa ao participar mais amplamente da elaboração de políticas públicas e de diretrizes orçamentárias, e o Judiciário a exercer em maior extensão a função jurisdicional, seja na tutela de novos direitos surgidos em decorrência do primado do social nas relações jurídicas — os direitos difusos e coletivos —, seja no papel de verdadeiro protagonista do processo constitucional assumido pelo juiz na interpretação da Lei Magna, seja em virtude do alargamento dos princípios jurídicos por essa instituídos.

Mas o princípio da separação, na sua essência, subsiste inalterado, constituindo, como bem diz Paulo Bonavides, "uma das pedras inquebrantáveis do edifício constitucional" ou "a pedra angular de uma Constituição do Estado de Direito", de tal modo, como acrescenta o eminente constitucionalista, que "onde houver Estado de Direito (e Estado de Direito é sempre o Estado em que impera a limitação de poderes), haverá, de necessidade, como um dos eixos da ordem constitucional, aquele princípio, a que tanto se ligaram os nomes de Locke e Montesquieu".[49]

Disso decorre que a hipertrofia de qualquer dos Poderes ou das instituições constitucionais não se compadece com o princípio da separação nem se afina com as linhas mestras do Estado de Direito. É, ao revés, séria ameaça ao equilíbrio dos Poderes e à normalidade da vida democrática.

A pretensão de avocar-se para juízes e membros do Ministério Público papel de intérpretes do interesse público, de modo a autorizá-los a promover medidas ou adotar decisões que visem à sua realização prática, segundo o prudente critério de cada um, carece de legitimidade, antes de tudo porque não se acham eles investidos de mandato popular,

[48] Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 326, n. 315.
[49] *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 509, 511.

rpgmjf.indd 248 04/11/2011 12:32:44

como a regra fundamental da democracia representativa exige (Const., art. 1º, parágrafo único).

A implementação de políticas públicas pelo Judiciário é mais aparente do que real, uma vez que isso só pode acontecer, por via reflexa e em caráter excepcional, como decorrência da tutela jurisdicional de direitos individuais ou coletivos, que torne viável a exigibilidade de pretensões emanadas de normas constitucionais instituidoras das referidas políticas, ante a omissão da Administração Pública.

Quando tal se verifica, não age o Poder Judiciário discricionariamente nem tem em vista controlar a prática de atos discricionários por parte da Administração. O de que se cuida é fazer atuar, no caso concreto, a norma jurídica de natureza constitucional, cujo comando estabelecia para a Administração uma atuação vinculada a que esta não atendera.

Assim como não pode o Judiciário sub-rogar-se ao Executivo com o fim aludido, assim também não lhe é lícito, em princípio, exercer o poder normativo peculiar ao Legislativo, sem ofensa ao princípio da separação de poderes. Por isso, a edição de súmulas vinculantes pelo Judiciário não pode ir além das hipóteses em que a Constituição atribua eficácia dessa ordem às decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de normas.

Por outro lado, as decisões judiciais não podem ficar à mercê de deliberações do Legislativo capazes de anular ou frustrar os respectivos efeitos, a pretexto de conferir nova regulamentação à matéria objeto do julgamento ou de reproduzir, em outro diploma legal, a norma julgada inconstitucional pela Corte Suprema. Do princípio da separação de poderes resulta, como consequência lógica, *a regra da não interferência*.

Em suma, o princípio da separação de poderes traduz a linha de equilíbrio a ser observada no exercício da função jurisdicional em relação aos atos ou omissões do Executivo e do Legislativo, tanto quanto a estes dois Poderes impõe-se, em obediência ao citado princípio, rigoroso respeito ao campo reservado à atuação do Judiciário.

Jurisdiction and Separation of Powers

Abstract: What is the scope of judicial power in relation to other powers? It is permissible for the Legislature to establish rules which could affect the exercise of judicial power in relation to specific cases? These are the main issues discussed in the text. With reference to the first hypothesis, the objective is to examine in particular the problem of implementing public policy through judicial decisions.

Key words: Jurisdiction. Separation of powers. Public interest. Principle of noninterference. Jurisdictional control.

rpgmjf.indd 249 04/11/2011 12:32:45

Referências

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Teoria do Estado e da Constituição*: direito constitucional positivo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

COSTA, Edgar. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. 2. v.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Batista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Leonardo. O acesso à justiça. *Revista Jurídica da UNIRONDON*, Cuiabá, n. 1, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LESAGE, Michel. *Les Interventions du Législateur dans la Fonctionnement de la Justice*. Paris: Blibliothèque de Droit Public, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1960.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos*: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A uniformização da jurisprudência no contexto da reforma do Código de Processo Civil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

rpgmjf.indd 250 04/11/2011 12:32:45

MORAES, Alexandre de. Consagração da constitucionalização de regras rígidas de gestão da coisa pública. *In*: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). *Constituição Federal*: 15 anos: mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdãos diversos. Relatores referidos no texto.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdãos diversos. Relatores referidos no texto.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

WATANABE, Kazuo. Processo civil e interesse público: introdução. *In*: SALLES, Carlos Alberto. *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Jurisdição e separação de poderes. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 229-251, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 251 04/11/2011 12:32:45

O fortalecimento da instância local pela globalização: um contributo para a democracia

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Professora Adjunta da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Procuradora licenciada do Município de Juiz de Fora.

Resumo: Este artigo pretende, sob o lume da metodologia dedutiva de pesquisa, abordar a problemática das repercussões da globalização sobre a democracia e demonstrar que o fenômeno, ao esmorecer as fronteiras e os referenciais nacionais, implica o fortalecimento da instância local. Assim, ele fomenta diversos mecanismos de robustecimento da democracia, sobretudo a participação cidadã, manifestações cívicas que contribuem para a melhor identificação da "vontade do povo". Pretende, ainda, demonstrar como a instância local apresenta-se mais adequada para a realização do ideal democrático, fechando, desta forma, o ciclo de aprimoramento da democracia pela globalização. Conduzido pelo referencial teórico da democracia participativa, este trabalho justifica-se pela relevância da questão democrática para a melhor condução da vida pública e tem como objetivo valorizar e fomentar os institutos da participação cidadã.

Palavras-chave: Globalização. Poder local. Participação. Democracia.

Sumário: **1** Introdução – **2** O fenômeno da globalização – **3** O fortalecimento da instância local pela globalização – **4** A participação cidadã como experiência democrática – **5** Diversas dimensões da participação cidadã – **6** A importância da instância local para a realização democrática – **7** Conclusões – Referências

1 Introdução

A globalização impingiu sérias e profundas mudanças na vida e na organização da sociedade, lançando reflexos sobre a estrutura do Estado e a forma de exercício do poder. O presente trabalho tem por escopo adentrar a análise de como este fenômeno alterou a forma de exercício da cidadania, mormente seus reflexos sobre a democracia, de sorte a responder, ao final, a intrincada questão que se propõe: com a queda das fronteiras que delimitavam a soberania estatal, como se efetiva a democracia?

Os estudos acerca da problemática proposta demonstraram que, curiosamente, a globalização fortaleceu o poder local, posto que fomentou novas formas de participação cidadã. Ao fazer ruírem as fronteiras nacionais, o fenômeno globalizante ensejou a busca, pelos indivíduos, por

rpgmjf.indd 253 04/11/2011 12:32:45

um novo referencial, que foi encontrado nos núcleos políticos locais, que lhes eram mais próximos.

Esta proposta contribui para derrubar, de vez, a falácia da democracia exercida tão somente pela via da representatividade. Diversos exemplos demonstram que as organizações da sociedade civil realmente começam a desenvolver o papel da democratização do poder político, sobretudo no espaço local, abrindo, assim, caminhos para uma efetiva participação na vida pública.

Para sustentar a hipótese de que a globalização fortalece o poder local, fórum da participação cidadã, este artigo abriga, num primeiro momento, um breve estudo das implicações da globalização sobre a sociedade. Logo após, analisa a participação como experiência democrática e debruça-se sobre o exame de suas diversas manifestações em âmbito local, global e no Município de Juiz de Fora. Por fim, analisa-se a participação cidadã como o instrumento eficaz de implementação dos direitos, nesta nova realidade impingida pelo fenômeno globalização.

A teoria da democracia participativa, ao apresentá-la como instrumento de consecução dos preceitos de uma Constituição aberta, sustenta a hipótese de que a participação cidadã materializa, em melhores proporções, o ideário democrático.

Através do percurso deste itinerário, percorrido sob o enfoque da metodologia dedutiva de pesquisa e da teoria da democracia participativa, intenta-se analisar a nova democracia pós-globalização e demonstrar como ela contribuiu para o incremento do poder local ao abrir espaço para novas manifestações da democracia, surgidas no bojo de movimentos sociais de pequenas dimensões.

2 O fenômeno da globalização

A palavra "globalização" é um vocábulo que designa um conjunto de eventos no sentido do entrelaçamento entre economias e sociedades nacionais, gerando um processo de integração econômica planetária que surgiu carregado pela força do mercado e implicou sério impacto sobre os ambientes social e cultural de cada nação.

O início da globalização está identificado com o encerramento, em 1945, da Segunda Grande Guerra, conflito armado de âmbito mundial que contrapôs, na disputa pelos mercados, as maiores potências da época. As características da globalização consistem, pois, na expansão

rpgmjf.indd 254 04/11/2011 12:32:45

extraordinária dos fluxos internacionais de bens, serviços e capitais, no acirramento da concorrência dos mercados e na maior integração entre os sistemas econômicos nacionais. O processo de globalização econômica, inspirado no chamado "Consenso de Washington", passou a ser sinônimo das medidas econômicas neoliberais voltadas para a reforma e a estabilização das denominadas "economias emergentes". Tem por plataforma o neoliberalismo, a redução das despesas públicas, a privatização, a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para a eliminação do déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior.

Em virtude de suas implicações, as noções de soberania, cultura, história, nação, território, empresa nacional, multinacional, transnacional, valores coletivos e individuais, crenças, tudo isto tem sido influenciado diretamente com o fenômeno da globalização. Hoje, ele já se revela com tranquilo assento no seio das comunidades mundiais, de sorte que o constitucionalismo moderno é acompanhado não mais do predicativo "nacional", posto que se estuda o constitucionalismo "global".[1]

Neste sentido, os Estados se apresentam com projetos políticos para os planos interno e externo, que cada vez mais se confundem e deslocam os paradigmas antigos, de sorte que o Direito Constitucional desenvolve, cada vez mais, imbricações com o Direito Internacional, tendo, ambos, por núcleo, a justiça e a preservação dos direitos humanos. Este novo Constitucionalismo global traz, entretanto, implicações diretas, também, no fenômeno democrático, volvendo-o a fronteiras supranacionais, e, entretanto, também, ao nível subnacional, ocasionando um verdadeiro giro nos conceitos anteriores.

Em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Joaquim José Gomes Canotilho apresenta algumas propostas do chamado "Constitucionalismo Global" sobre a democracia:

> Eis, então, os pontos de partida. Em primeiro lugar, a democracia e o caminho para a democracia devem considerar-se como tópicos dotados de centralidade política interna e internacional. No plano interno, a democracia é o "governo menos mau" e no plano externo, a democracia promove a paz. Em segundo lugar, na sua qualidade de princípio da autodeterminação deve ser reinterpretado não apenas no sentido de que os "povos" devem deixar de estar submetido a quaisquer formas de colonialismo, mas também no sentido de que a legitimação

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

rpgmjf.indd 255 04/11/2011 12:32:45

> da autoridade e da soberania política pode e deve encontrar suportes sociais e políticos a outros níveis — supranacionais e subnacionais — diferentes do tradicional e realístico Estado-Nação.

Como se vê, o autor vislumbra, como um dos efeitos da globalização sobre o constitucionalismo, o aparecimento de dois novos parâmetros, concomitantes e complementares, quais sejam, o supranacional e o subnacional ou local. Registra, ainda, que a democracia deve ser reinterpretada perante a nova realidade globalizada, e que a legitimação do Estado (até então, operada através da justificação de sua necessidade, enquanto ente prestador de serviços públicos) sofrerá, também, mudanças de paradigmas.

3 O fortalecimento da instância local pela globalização

Ao primeiro contato com a temática deste trabalho, pode-se supor que a globalização inspira a abolição do âmbito local, e, em virtude da importância deste último para a realização da democracia, fulmina qualquer espécie de tentativa popular de sua concreção. A pesquisa, entretanto, revela uma gratificante surpresa, posto que aponta em sentido diametralmente oposto ao daquele obtido na primeira impressão.

Abalizados autores, juristas e sociólogos já constataram que as manifestações cidadãs ganharam corpo e eficácia no mundo globalizado, que enseja, como reação ao abalo da identidade nacional, os agrupamentos locais e regionais.

De fato, a falência do referencial nacional leva à busca inevitável de uma nova instância de identificação, de uma nova forma de proteção dos interesses sociais, e este novo paradigma surge mais próximo ao indivíduo, uma vez que, calcado no conhecimento de suas verdadeiras necessidades, atende-as de maneira mais célere e precisa, incentivando, assim, este tipo de resposta local.

Mais a mais, os efeitos perversos da globalização, que caminha *pari passu* com o movimento neoliberal, são notados, no primeiro momento, no nível local. Com efeito, se não se faz palatável, para o cidadão comum, a abertura das fronteiras do país em razão do fenômeno globalizante, certamente, será de fácil percepção a mudança no padrão da prestação dos serviços públicos na esfera municipal. Desta feita, se as consequências do fenômeno emergem, com maior realce, na intimidade dos Municípios, enquanto entes federados de menor núcleo político, decerto, neles também aflorarão os primeiros movimentos de adaptação a esta tendência.

rpgmjf.indd 256 04/11/2011 12:32:45

Estas impressões ressoam no mesmo diapasão do entendimento perfilhado por André Jean Arnaud e María José Farinas Dulce, na obra *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*.[2] Analisando os reflexos da globalização sob as lentes da ciência da sociologia, os autores asseveram que "tudo seria muito simples, na verdade, se o desenvolvimento do global não levasse, na sua luta com o nacional, a um desenvolvimento contrapontístico do 'local' (...)".

A partir da citada assertiva, os autores concluem que as nações tenderão a se tornar pontos de identificação "locais" frente a um contexto globalizado, uma vez que surgirá uma tendência de proteção dos nacionais contra a lei globalizante do mercado, de sorte a evitar uma desestabilização muito grande, proveniente do estabelecimento de uma economia planetária.

No que concerne à forma de exercício do poder, Arnaud e Dulce sustentam que o poderio público desagregar-se-á, formando o "poder local" e ensejando, desta forma, uma revisão do conceito de soberania legado da filosofia jurídica e política. Este efeito culminará, segundo eles, com a extrema divisão das nações, com os povos reivindicando para si, cada vez mais, o reconhecimento de que formam uma nação, como se nota no excerto seguinte da obra citada:

> (...) Convém acrescentar, a isso, o fracionamento das soberanias provenientes da descentralização dos lugares de tomada de decisão jurídica no próprio seio de uma nação. Cada vez mais, mesmo num estado com forte tradição jacobina como a França, vê-se desaparecer elementos de soberania nacional em favos de autoridades inferiores: o que comumente se chama "local". É que o estado-nação compreendeu, por si mesmo, que podia encontrar compensações vantajosas, caso renunciasse a uma centralização, em que ele notava, até aqui, a condição primeira de toda a sua potência. Ao desencarregar-se de muitas responsabilidades sobre as coletividades locais, ele arrefece uma série de pressões que sofreu de todos os lados. Em contrapartida, vê-se surgir, em virtude dessa efetiva descentralização, um direito marginal, e que torna cada vez mais complicado o conhecimento das situações jurídicas, mesmo se as decisões tomadas nestas esferas não podem ser contrárias à lei, sempre tendo de emanar do estado central.

Como se vê, Arnaud e Dulce vislumbram que o processo inevitável da globalização, se, de um lado, faz ruir as fronteiras nacionais, lado outro, e em sentido diametralmente oposto, faz surgirem as manifestações locais, que, ainda que sob a égide de um direito centralizado, não aguardam uma

[2] ARNAUD, André Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

rpgmjf.indd 257 04/11/2011 12:32:45

decisão vinda do governo central; antes, afastam-se as imposições, para que o local se sobreponha, fazendo prevalecer a vontade da região. Inevitável, portanto, reconhecer que o fortalecimento da instância local suscita as novas formas de exercício da democracia.

A despeito da verificação do inolvidável incremento do poder local, os autores não chegam a desacreditar da importância do global, realçando sua imprescindibilidade, sobretudo, para a garantia de atividades pouco rentáveis e que envolvem riscos, tais como a seguridade social e os serviços públicos, que, segundo ele, ainda não poderiam ser patrocinados pela instância local e permanecem carecendo, portanto, da atuação nacional ou global.

Concluindo sua exposição, Arnaud e Dulce sintetizam suas ilações acerca do irremediável fomento do poder local pelo fenômeno da globalização, quando estatuem que "uma dialética entre o global e local, nos vários sentidos do termo, está, portanto, irremediavelmente instituída. É um aspecto que nenhuma pesquisa sociológica pode ignorar, porque se trata de examinar o direito e os sistemas jurídicos em geral."

Em harmonia com a tese acima elucidada encontra-se, também, o estudo de Eleonaldo Teixeira,[3] quando, após visitar diversos países, registrou o mesmo desenvolvimento dos governos locais frente à macropolítica da economia mundializada. Aponta, mesmo, que as autoridades locais, percebendo a importância das cidades para a atração de investimentos, passaram a lograr proveito dos efeitos da globalização. O excerto seguinte de sua obra *O local e o global — limites e desafios da participação cidadã* traz à baila, com precisão, seu posicionamento sobre a questão:

> Os diferentes modelos de governo local e seus impactos sobre a sociedade civil, inclusive do efeito do localismo extremado sobre instituições civis que podem ter um alcance até transnacional estão sendo crescentemente estudados (Arato, 1995) e, no Brasil, importantes pesquisas sobre o poder local estão sendo realizadas, tendo como objeto experiências inovadoras de governo local ou questões teóricas. A análise destas experiências pode conduzir à perspectiva de se conceber o poder como sua relação social contraditória (Pouzantzas, 1977; Lojkine, 1981), pois nela os atores sociais são presentes, ativos, não se submetem passivamente às autoridades mas, ao contrário, resistem, desobedecem, denunciam, constroem espaços públicos de onde novas regras e procedimentos e até decisões podem indiretamente surgir.

[3] TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global*: limites e desafios da participação cidadã. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001.

rpgmjf.indd 258 04/11/2011 12:32:45

De fato, para Elenaldo Teixeira, o processo de desenvolvimento do local traz, consigo, o aperfeiçoamento da democracia local através do desenvolvimento de novas formas de participação cidadã. Com efeito, as mudanças nas relações entre Estado e sociedade fazem surgir novos atores sociais (ONGs, associações, redes) com papéis diferenciados, inseridos em arranjos institucionais descentralizados. A entidade local passa a ter, nesse contexto, uma posição estratégica como centro de gestão do global, em termos de produtividade e competitividade econômicas (por exemplo, contribuindo para melhorar as condições de competitividade das empresas através do fornecimento de infraestrutura, meios de comunicação, recursos humanos qualificados) bem como de integração sociocultural e de gestão política.

Acrescenta-se que, mesmo que o reforço da instância global em nada contribuísse para o acentuamento da local, ainda assim haveria largo espaço de desenvolvimento desta última, uma vez que os efeitos da globalização, por si sós, já suscitam formas de participação e organização cidadã para adaptar às políticas globais.

A despeito das posições acima esboçadas, cumpre advertir que a globalização, em razão do enfraquecimento que gera nas fronteiras nacionais e das noções de Estado e soberania, poderá traduzir-se, também, no afastamento do poder de decisão local, próximo aos problemas, em razão de soluções estabelecidas pelas potências imperialistas. Entretanto, o que se buscará comprovar é que a democracia encontra, sim, neste novo contexto histórico, um sustentáculo em novas formas de participação cidadã, que contribuem em grande medida para a eficácia da proposta constitucional democrática.

4 A participação cidadã como experiência democrática

As transformações que adornaram o mundo globalizado impingiram mudanças em quase todos os fenômenos sociais. Assim também aconteceu com os conceitos de democracia, cidadania e participação cidadã. Elenaldo Teixeira[4] estuda a existência de diversos tipos de participação, entre as quais se centra nas espécies participação política, participação popular e participação cidadã.

[4] TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global*: limites e desafios da participação cidadã. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001.

rpgmjf.indd 259 04/11/2011 12:32:45

A primeira delas, a participação política, é, segundo ele, impregnada de conteúdo ideológico e utilizada tanto para contestar quanto para legitimar a dominação. O autor cita, como exemplos desta experiência, o comparecimento a reuniões de partidos políticos, a comícios, a participação em grupos de difusão de informações e a inscrição em associações culturais, recreativas ou religiosas, bem como a manifestação mediante protestos, marchas, ocupações de prédios, etc.

Norberto Bobbio, em seu clássico *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*,[5] acrescenta que a participação política depende não só das regras que podem constituir uma democracia do tipo "procedimental", mas de mecanismos próprios, institucionais ou não. Coloca que os mecanismos institucionais podem conferir um caráter de permanência e regularidade à forma de manifestação, admoestando, porém, para o risco de que sejam envolvidos agentes sociais na lógica própria do poder, na racionalidade técnico-burocrática. Salienta, portanto, a conveniência dos mecanismos não institucionais, oriundos dos mecanismos sociais, que garantem maior autonomia e potencializam o movimento frente ao Estado, à sociedade política e ao mercado.

A participação popular pode ser concebida como a manifestação dos membros da sociedade civil no processo de formação da vontade do Estado através de canais institucionalizados, como a consulta pública, as audiências públicas, o orçamento participativo, a integração de conselhos deliberatórios e o direito de petição, que permite ao indivíduo reportar-se à Administração Pública a qualquer momento e dela receber uma resposta.

No que tange à participação cidadã, Elenaldo Teixeira traz a lume a sua definição como:

> (...) processo complexo e contraditório entre sociedade civil, Estado e mercado, em que os papéis se redefinem pelo fortalecimento dessa sociedade civil mediante a atuação organizada dos indivíduos, grupos e associações. Esse fortalecimento dá-se, por um lado, com a assunção de deveres e responsabilidades políticas específicas, e, por outro, com a criação e exercício de direitos. Implica também o controle social do Estado e do mercado, segundo parâmetros definidos e negociados nos espaços públicos pelos diversos atores sociais e políticos.

[5] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

rpgmjf.indd 260 04/11/2011 12:32:45

De ver-se, portanto, que a participação cidadã utiliza-se não apenas de mecanismos institucionais já disponíveis ou a serem criados, mas articula-os a outros mecanismos e canais que se legitimam pelo processo social. Não nega o sistema de representação, mas busca aperfeiçoá-lo, exigindo a responsabilização política e jurídica dos mandatários, o controle social e a transparência das decisões, através, por exemplo, da prestação de contas, tornando, assim, mais frequentes e eficazes certos instrumentos de participação semidireta.

Registre-se, portanto, que o âmbito da participação cidadã é mais amplo que sua relação com o Estado, podendo resultar de um processo de debate público, da negociação entre diferentes atores e da monitoração da aplicação de verbas públicas.

Todas as espécies, todavia, de participação derivam, como ressaltou Adriana da Costa Ricardo Schier,[6] do complexo de regras e princípios constitucionais que decorrem diretamente do Estado Democrático de Direito, e caracterizam um direito fundamental. Todas estas modalidades integram, ainda, o conceito de democracia participativa, delineada como aquela que ultrapassa a legitimação das ações estatais através do mecanismo da representatividade e exige uma real correspondência delas com a "vontade do povo".

José Luiz Quadros de Magalhães[7] registrou, no artigo intitulado "Democracia e crise: alternativas estruturais para o Brasil", a alteração aludida nos paradigmas da democracia, apontando o movimento do cidadão na busca por novos meios de participação como o instrumento de efetiva legitimação do agir público:

> Em relação a democracia, este conceito é revisto, assim como o de cidadania. O cidadão não é mais apenas aquele que vota, mas o que vota, trabalha, tem saúde, lazer, dignidade. A democracia não mais se confunde com os seus instrumentos. Democracia não é voto, mas sim a possibilidade do povo permanentemente indicar a direção que deve tomar o Estado. Trinta milhões de votos não legitima ninguém a agir contra o interesse do povo e da nacionalidade. Trinta milhões de votos, ou mais, ou menos, indicam apenas que milhões de eleitores passaram uma procuração para que aquela pessoa e aquele grupo político utilize esta procuração, este mandato, para cumprir permanentemente a vontade popular.

[6] SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[7] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e crise: alternativas estruturais para o Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3157>. Acesso em: 27 set. 2010.

rpgmjf.indd 261 04/11/2011 12:32:45

> Desta forma, não há democracia apenas com o voto, se não existem poderes do Estado, inclusive o Judiciário, que sejam sensíveis a vontade do povo e da sociedade civil organizada, que deve ser expressa diariamente.

Portanto, caso se deseje afirmar a face positiva da globalização, aquela relativa às oportunidades, aos direitos de cidadania, à solidariedade e às responsabilidades, o tema da democracia participativa é fundamental, para afirmar uma ideia da política não apenas de lideranças, não invadida totalmente pelo condicionamento midiático e pelos poderes financeiros e por sistemas eleitorais totalmente centrados na reprodução da ordem (classe) política — fatores estes que, combinados entre si, levam a uma representação política com sério risco de dependência e de separação das exigências dos cidadãos e das populações.

Todas as espécies de participação aludidas cumprem este importante papel de concretização do ideário democrático. Entretanto, diante das limitações deste ensaio, será focado contributo da participação cidadã para este propósito.

Um dos veículos da participação cidadã, o associacionismo, é o motor das solidariedades e assunção das responsabilidades comuns. A democracia participativa vive se há um tecido democrático civil capaz de exprimir um livre associacionismo protagonista para o diálogo e o conflito com o nível institucional, que assim vem democraticamente forjado e inovado por este incitamento.

O associacionismo participativo não é apenas o político-partidário, fundamental para a vida institucional, ou o sindical, decisivo para a defesa dos direitos do trabalho e para o governo democrático da economia. Há uma dimensão sempre crescente do associacionismo de promoção social, cultural, ecológico, do associacionismo autogestor, de todas as formas que deram origem ao que chamamos de terceiro setor, organizações cívicas, formas de economias populares e de solidariedade, uma verdadeira e própria dimensão nova de institucionalidade social.

Estes sujeitos desenvolvem uma ação conjunta de promoção e de tutela dos direitos e de produção e oferta dos serviços, definindo uma esfera de função pública não estatal cada vez mais essencial para expandir a afirmação dos direitos e das garantias sociais. Neste contexto, a democracia participativa exprime a sua capacidade de se aproximar à vida das instituições às exigências dos cidadãos, mas também de melhorar a eficácia

rpgmjf.indd 262 04/11/2011 12:32:45

da função pública, a capacidade de percepção e resposta da administração pública.

A democracia participativa, mormente através dos institutos da participação cidadã, é, portanto, um recurso para o desenvolvimento local e para a coesão social, um recurso para a vida e a identidade das comunidades e a solução para a sociedade preencher as lacunas deixadas pelo Estado, quando de sua retração na seara prestacionista.

5 Diversas dimensões da participação cidadã

Elenaldo Celso Teixeira[8] registra, ainda, a existência de diversos papéis da participação cidadã no processo democrático, apontando as dimensões decisória, educativa-integrativa, de controle social e expressivo-simbólica da participação.

A dimensão decisória diz respeito à importância da participação no momento da tomada de decisão por parte do Estado, chegando Sartori (1994) a afirmar que "o processo decisório é o elemento central de uma teoria democrática".

De fato, nada mais importante do que os efeitos concretos de uma ação estatal, que podem ser mais benéficos para uma comunidade quanto maior for a demonstração que ela conduzir acerca de suas expectativas e necessidades em relação ao objeto da decisão.

A outra dimensão da democracia analisada é a educativa ou pedagógica, quando é ressaltada a importância da reflexão, da compreensão dos fenômenos nos quais se visa interferir, bem como do modo de intervenção popular. Analisa-se, ademais, a democracia integrativa, que se preocupa com a inserção do indivíduo na comunidade e no processo político, ampliando o sufrágio e construindo novos direitos, com olhos na superação de desigualdades e discriminações.

Examina-se, ainda, a democracia de controle social, consistente na esfera da prestação de contas e na esfera de responsabilização dos agentes políticos praticados em nome da sociedade.

A democracia de controle traz consigo, portanto, a noção da "soberania popular", quando os indivíduos, além de elegerem seus representantes, podem exercer o controle de forma permanente, durante todo o exercício do mandato, e não somente no momento das eleições.

[8] TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global*: limites e desafios da participação cidadã. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001.

rpgmjf.indd 263 04/11/2011 12:32:45

Citando Comparato (1993), Teixeira (2001) aponta diversas formas de exercício do controle social:

- o *recall*, utilizado em certos níveis de poder nos Estados Unidos;
- a figura do representante substituível, vinculado a instruções que recebe da base;
- a desconstituição do ato lesivo.

Enaltecendo o aspecto democrático do controle social, Bobbio (1987) assevera que o caráter público da República está no próprio controle público do poder, que seria exercido pela livre formação da opinião pública. Referindo-se às formas de participação, Bobbio (1987) postula como essencial ao desenvolvimento democrático "o alargamento do controle dos centros de poder político e administrativo ideológico (meios de comunicação de massa) aos centros de poder econômico".

Por fim, analisa Teixeira (2001) a dimensão político-expressiva da participação, apontando como mecanismos de atuação instrumentos diversificados, como "o abraço de milhares de pessoas a um sítio que se quer preservar" ou "o fechamento de uma rua, uma greve de fome".

Consiste a dimensão político-expressiva, portanto, naquela em que os cidadãos preocupam-se em "aparecer", em "serem vistos", e, através da simbologia, deixar clara a mensagem que querem passar, suas vontades e prioridades.

6 A importância da instância local para a realização democrática

A importância da esfera pública local, mormente num país de dimensões continentais como o Brasil, apresenta-se inolvidável para a melhor realização do fenômeno democrático.

Com efeito, em virtude de suas menores proporções, a identificação do povo com as decisões estatais perfilhadas nesta instância reputa-se mais próxima do sucesso. Ao poder público municipal é possível conhecer as necessidades, anseios e tradições locais em melhores condições que nas esferas regional, nacional ou global, e, assim, faz-se viável a organização de políticas públicas e a elaboração de leis que mais se aproximam das desejadas pelo povo. Assim, a sua identificação com as ações estatais — ideário maior do paradigma democrático — será, induvidosamente, mais efetiva.

Ademais, o controle da sociedade — outro importante postulado da democracia — sobre os atos realizados pelo poder público municipal

rpgmjf.indd 264 04/11/2011 12:32:45

reputa-se mais factível. Ao cidadão é dado dirigir-se aos órgãos e entidades que integram a estrutura administrativa da instância local e requerer vista, bem como fica facilitada a realização do direito de petição junto ao poder público. Nem se olvide que o conhecimento empírico de supostas irregularidades na condução da máquina pública, que impulsiona o processo de busca pelas informações junto ao Estado, é de crível concretização na instância local, ao passo que fica na dependência da atuação dos grandes veículos midiáticos (e, assim, de seus interesses não raro escusos) no que diz respeito às esferas regional, nacional ou global.

Sob tais premissas, José Luiz Quadros de Magalhães[9] sustenta que "a defesa do Poder Municipal" confunde-se com "a própria essência do federalismo já adotado pela Constituição de 1988, que inclui os Municípios como entes federados". Afirma, ainda, no sentido que se postula, neste artigo, que o robustecimento do Município faz-se imperativo para o desenvolvimento do processo democrático, que, segundo ele, "só poderá ocorrer no espaço menor de poder local, onde a democracia possa ser exercida de forma direta e participativa".

Também realçando a importância do poder local para a realização democrática, Benjamin Constant (*apud* BONAVIDES)[10] chegou a postular que "se os administrados não obedecessem ao referido poder pela força ou pela coação — de que aliás ele é pouco dotado — haveriam de obedecer-lhe por interesse próprio." A partir desta ideia, Paulo Bonavides desenvolve sua concepção acerca da autonomia municipal e rechaça, com veemência, as posições doutrinárias que intentam refutá-la.[11]

Desta forma, resta inafastável a premissa de que a globalização, ao ensejar a quebra do referencial nacional e ensejar, com isso, o encontro, pelos cidadãos, de nova perspectiva de identidade na instância local, rendeu importante contributo para a democracia.

---

[9] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal:* paradigmas para o Estado constitucional brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

[10] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

[11] *Verbi gratia*, sustenta o posicionamento oposto, através da refutação à existência de autonomia na instância municipal, José Afonso da Silva, como se vê do seguinte excerto de sua obra: "A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é 'entidade de terceiro grau, integrante necessária do nosso sistema federativo'. *Data venia*, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não e porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996).

rpgmjf.indd 265 04/11/2011 12:32:45

7 Conclusões

Para a consolidação da democracia no mundo globalizado, emerge o desafio da construção de novos paradigmas, nos planos local, regional e global, paradigmas estes pautados pela abertura a novas formas de participação cidadã, numa agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, igualitário e democrático, e, sobretudo, em uma resposta ao fenômeno da globalização.

A sociedade civil pode contribuir para a democratização do poder político e para mudar as relações com o Estado e o mercado, contribuindo, com erros e acertos, na busca de caminhos para uma efetiva participação cidadã e para a satisfação de suas carências.

O importante, neste momento atual, é criar mecanismos novos de discussão e operacionalização deste novo fenômeno chamado globalização. Não há como desconhecê-lo, até porque ele é real na mais simples comezinha ação desenvolvida por alguém no lugar mais distante de todos os centros de decisão político-administrativa mundial. Em um contexto cada vez mais marcado pela relação entre estados, regiões e instituições internacionais, este novo milênio reserva com maior débito e desafio a globalização da democracia e a equalização de serviços até então tidos como públicos, mediante manifestações de fortalecimento do poder local.

O sucesso de uma mudança dessa magnitude exige que o Estado seja tratado como organização e como sistema social, do qual a sociedade é parte umbilicalmente integrante. Isso requer uma reavaliação de práticas e valores que estão arraigados na mente dos indivíduos, e uma disposição para refutar o comodismo e reconhecer as próprias responsabilidades. Qualquer que seja a solução, não estará somente em um ato ou uma ação, mas num sólido projeto de conscientização, mudança da cultura política e educação para a cidadania.

As ações comunitárias locais representam uma proposta cuja eficácia, a despeito das muitas dificuldades, já restou comprovada através de inúmeras experiências históricas, que, além de terem o poder de fazer repercutir, a nível global, suas soluções, têm contribuído, ademais, para a ampliação da experiência democrática.

A participação cidadã difundida se apresenta, portanto, como uma resposta à ineficiência do velho modelo estatal e às demandas sociais crescentes de uma emergente sociedade globalizada, nesse início do século XXI, sendo a única capaz de equacionar, de fato, os problemas advindos do novo mundo globalizado.

rpgmjf.indd 266 04/11/2011 12:32:45

Abstract: This article intends, under the light of the deductive methodology of inquiry, to board the problematics of the repercussions of the globalization on democracy and intends to demonstrate that the phenomenon, when the frontiers and the national referential systems flagged, implicates the strengthening of the local persistence. So, it promotes several mechanisms of strengthening of the democracy, specially the citizen participation, civic demonstrations that contribute to the best identification of "people's will". Intend, still, to demonstrate like the local persistence it presents itself more appropriate for the realization of the democratic ideal, closing, in this way, the cycle of increasement of democracy by globalization. Driven by the theoretical referential system of the participating democracy, this article is justified by the relevance of the democratic question for the best driving of the public life and has the goal to value and to promote the institutes of citizen participation.

Key words: Globalization. Local power. Participation. Democracy.

Referências

ABREU, Alexandre Périssé. *Estado, serviço público e interesse privado no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

ALMEIDA, César. *Mobilização de comunidade resgata espírito de cidadania*. Juiz de Fora: Tribuna de Minas, 27 de julho de 2003, p. 4.

ARNAUD, André Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Globo, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

GORDILLO, Augustin. *Princípios gerais do direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e crise: alternativas estruturais para o Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3157>. Acesso em: 27 set. 2010.

rpgmjf.indd 267 04/11/2011 12:32:45

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal*: paradigmas para o Estado Constitucional brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Digo Figueiredo. Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, jan./mar., 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*?: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994. 2. v.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública*: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Global e o Local*: limites e desafios da participação cidadã. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001.

ZUGNO, Renato. *Espaços públicos compartilhados entre a Administração Pública e a sociedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ZIPPELLIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. O fortalecimento da instância local pela globalização: um contributo para a democracia. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 253-268, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 268 04/11/2011 12:32:45

Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls

Bruno Camilloto Arantes

Professor de Direito Constitucional, Filosofia Jurídica e Ciência Política do Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto.

Resumo: A obra *A teoria da justiça* de John Rawls influenciou o pensamento jurídico-político-filosófico contemporâneo ensejando grande discussão no mundo anglo-saxão e nos principais países ocidentais. A construção de um pensamento voltado para a fundamentação de uma democracia em meio a uma sociedade pluralista é feita com base no tema central da justiça. Para Rawls a justiça é a virtude primeira das instituições sociais pela qual é possível reorganizar a sociedade. Logo, a justiça torna-se um princípio básico de toda e qualquer sociedade. A busca pela justiça, na obra de Rawls, tem por fundamento a questão do contrato social e conduz, invariavelmente, à teoria da constituição. O presente ensaio visa apresentar uma leitura da teoria da constituição à luz da teoria da justiça de Rawls buscando avaliar se os princípios da justiça apresentados pelo autor norte-americano servem de fundamento a uma democracia constitucional.

Palavras-chave: Teoria da justiça. Teoria da constituição. Democracia.

Sumário: **1** Introdução – **2** Desenvolvimento – **3** Conclusão – Referências

A justiça é a primeira das instituições sociais.

(Rawls)

1 Introdução

O constitucionalismo contemporâneo se afirma como um sistema público de normas que pretende organizar a sociedade de uma forma justa. A teoria da constituição, então, passa a dominar o pensamento jurídico-político e a ocupar um lugar de destaque e relevância no sistema normativo estatal. Há, então, na história do pensamento jurídico, uma passagem de um sistema normativo privatístico (família romano-germânica) para um sistema normativo que priorize as normas de organização de poder (direito constitucional). Logo, a teoria da constituição se relaciona com temas importantes para a sociedade como a teoria do poder constituinte, a teoria do estado e a teoria da justiça.

O pensamento filosófico de John Rawls se destaca na filosofia política por ser uma das formas de alicerçar as contemporâneas democracias constitucionais. Sendo assim, pretendemos demonstrar que o desenvolvimento

rpgmjf.indd 269 04/11/2011 12:32:45

de uma *teoria da constituição* adequada ao sistema jurídico brasileiro contemporâneo pode ser feita com o aporte teórico oferecido por John Rawls nos três primeiros capítulos de sua obra *Uma teoria da justiça*. A preocupação de Rawls com o estabelecimento de princípios que devem gerenciar a estrutura de base da sociedade nos indica que há uma relação entre sua teoria da justiça e a teoria da constituição. Logo, podemos nos perguntar se a teoria da justiça de Rawls pode estruturar uma teoria da constituição nos moldes democráticos. Como hipótese para a questão, a resposta preliminar nos indica que é possível a fundamentação da teoria da constituição, que se norteie por princípios democráticos, a partir da teoria da justiça de Rawls.[1]

O artigo 3º, I, da Constituição da República brasileira de 1988 dispõe que é objetivo do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária. Para o cumprimento desse objetivo, a Constituição consagra em seu texto uma série de direitos e garantias fundamentais como, por exemplo, liberdade, igualdade e direitos políticos de exercício do poder. A teoria da justiça de Rawls privilegia princípios que servirão de alicerce para a construção de uma teoria da constituição adequada ao modelo de Estado Democrático de Direito, quais sejam, (a) Princípio da liberdade igual: a sociedade deve assegurar a máxima liberdade para cada pessoa compatível com uma liberdade igual para todos os outros; (b) Princípio da igualdade: b.1) Princípio da diferença: a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, exceto se a existência de desigualdades econômicas e sociais gerar o maior benefício para os menos favorecidos; b.2) Princípio da abertura de todos os cargos: as desigualdades econômicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos em condições de justa igualdade de oportunidades. Todos esses princípios informam que o pensamento de Rawls se preocupa com a construção de uma sociedade democrática.

2 Desenvolvimento

Historicamente o direito constitucional é construído a partir de três grandes movimentos: (a) revolução inglesa onde os ingleses possuem

[1] O pensamento político de Rawls influencia o mundo político ocidental na medida em que rediscute a questão do liberalismo. Nesse sentido a teoria da justiça é o início do pensamento de Rawls que se desenvolve até sua obra *Liberalismo político*. Não será nosso objeto acompanhar o desenvolvimento do pensamento de Rawls, mas, sim, destacar que o questionamento lançado já na teoria da justiça é pertinente para o pensar sobre o tema da justiça no mundo contemporâneo.

rpgmjf.indd 270 04/11/2011 12:32:45

uma compreensão do poder constituinte como um processo histórico de desvelamento da carta política (Constituição); (b) a revolução norte-americana que impacta a teoria do poder constituinte na medida em que traz o elemento "povo" para criar a carta política. No modelo constitucional norte-americano o poder constituinte é o instrumento funcional para redefinir a Constituição e estabelecer as regras do jogo entre os poderes e a sociedade; (c) a revolução francesa que universaliza a ideia de homem incorporando, ainda, o pensamento revolucionário francês com a ideia de assembleia constituinte. O pensamento francês traz à cena a ideia de "nação" que passa a figurar no centro do debate político. Se o poder constituinte é aquele responsável por criar a norma constitucional, tal poder deve ser exercido por um titular que, no modelo francês, deve ser exercido pela nação (CANOTILHO, 2003).

O pensamento de John Rawls impacta de forma única o direito na medida em que recupera a noção de justiça e a traz para o centro do debate, ou seja, Rawls restitui o tema da justiça se afastando do pensamento utilitarista clássico que predomina naquele momento.[2]

> Rawls, como muitos outros liberais, defenderá uma concepção não-consequencialista ("deontológica"), isto é, uma concepção segundo a qual a correção moral de um ato depende das qualidades intrínsecas dessa ação — e não, como ocorre nas posturas "teleológicas", de suas conseqüências, de sua capacidade para produzir certo estado de coisas previamente avaliado. (GAGARELA, 2008, p. 3-4)

Ao restabelecer o tema da justiça, Rawls busca na ideia de contrato social uma fundamentação teórica e racional para a escolha de princípios. Logo, desde o início de sua proposta teórica, Rawls já se encontra em diálogo com a teoria da constituição, uma vez que a escolha dos princípios que fundamentarão a sociedade irá implicar a sua consagração na estrutura político-jurídica. O contratualismo, que é tema caro para os políticos liberais, insere-se, assim, de forma imprescindível na teoria da justiça de Rawls. O destaque do contratualismo na obra de Rawls pode ser percebido na lição de Gargarela (2008, p. 14):

> Em linhas gerais, poderíamos dizer que a especial importância do contratualismo deve-se ao fato de nos ajudar a responder, de modo interessante, a duas

[2] O pensamento utilitarista não possui uma única vertente. Todavia, para os limites deste trabalho, o pensamento utilitarista será tratado, daqui para a frente, como aquele que se paute pelo princípio da eficiência em atenção ao princípio da maximização.

rpgmjf.indd 271 04/11/2011 12:32:45

perguntas básicas de qualquer teoria moral: a) O que a moral exige de nós? E b) Porque devemos obedecer certas regras?

Percebe-se, portanto, que a teoria da constituição prescinde na obra de Rawls da teoria do contrato social. Buscar um acordo original que fundamente o sistema público de normas é o início para buscar a construção da carta política. Logo, discutir e encontrar os princípios que organizam e instituem a constituição é fundamental para se discutir o tema da justiça.

Justiça, para Rawls, é uma virtude primeira e se relaciona com as instituições sociais. Rawls coloca, portanto, o problema da justiça anteriormente ao Direito. A construção teórica de Rawls deixa claro que a relação entre a Filosofia Política e a Filosofia Jurídica deve ser intermediada pela teoria da constituição. Isto porque a discussão sobre os princípios escolhidos no momento do contrato social implica, necessariamente, a discussão sobre a estrutura do Estado e do Poder.[3]

Uma sociedade justa deve estabelecer como princípio liberdades de cidadania e direitos que não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais.[4] Há, portanto, um momento de decisão que construirá aquilo que é mais desejável como ideia de justiça, isto é, a justiça (entendida como o conjunto de princípios escolhidos racionalmente) que se torna elemento estabilizador da convivência humana. Afasta-se, assim, a corrente do utilitarismo como fundamento das relações sociais. A sociedade é um empreendimento cooperativo que visa o benefício mútuo e é marcada pelo conflito de interesses. Surge, então, a necessidade de se estabelecer um acordo[5] (contrato) para a convivência social. Tal acordo se revelará como a constituição política de cada sociedade.

Rawls desloca o eixo argumentativo da utilidade/interesse (do pensamento liberal-utilitarista) para a temática da justiça reconduzindo, portanto, o tema da justiça para o Direito. Apesar de afastar o pensamento

[3] Deve se ressaltar que há, também, outro aspecto que merece atenção: a teoria dos regimes. Contudo, por questões metodológicas, não se discutirá esse tema no presente ensaio.

[4] Novamente surge a preocupação de Rawls em afastar o utilitarismo.

[5] Rawls parte do pressuposto de que o acordo original é hipotético sem, contudo, apresentar uma versão idealizada do contratualismo. Para tanto, ver Gargarella (2008, p. 15). Outra questão interessante que é possível pensar a partir do contrato hipotético de Rawls é que se retirarmos o arcabouço teórico do contrato para onde regressaremos? Isto é, Rawls se vê às voltas com a crítica de que o contrato hipotético pode ser impraticável uma vez que só existe em tese. Mas ao retirarmos esse carga conceitual, o que acontecerá com as instituições da sociedade? Logo, percebe-se que a construção de Rawls, nesse aspecto, é coerente e pertinente para a discussão da justiça uma vez que pensa a Justiça em relação a uma sociedade com suas instituições de base.

rpgmjf.indd 272 04/11/2011 12:32:45

utilitarista clássico, Rawls toma por base de sua teoria as sociedades de mercado contemporâneas, ou seja, o pensamento de Rawls é marcado pelo pressuposto da sociedade como um conjunto de indivíduos que possuem interesses próprios. Todavia, ao trazer o tema da justiça para o centro do debate, Rawls o elege como o núcleo da filosofia política não aceitando os pressupostos do liberalismo clássico como fundamento de uma teoria social.

Diante dos interesses individuais de determinada sociedade surge a necessidade do estabelecimento de um acordo principial. É esse acordo principial que visa estabelecer os princípios da justiça social que são compreendidos como o modo de atribuir direitos e deveres dentro da sociedade. Nesse contexto a justiça pública é aquilo que constitui como a carta política de uma associação humana bem ordenada.

Tendo por tema a justiça social, o objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade. Essa estrutura pode ser compreendida como o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.

As instituições mais importantes devem fazer parte da constituição política. Certa concepção de justiça social nos oferece um padrão que nos permite avaliar os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade. Logo, o conceito de justiça rawlsiano pode ser definido pelo papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das vantagens sociais.

A ideia de justiça em Rawls se relaciona com a teoria do contrato social na medida em que os princípios de justiça constituem o objeto do acordo original. Assim os princípios norteiam o estabelecimento do contrato e a escolha dos princípios é feita por detrás do véu da ignorância.[6] A justiça como equidade começa com a escolha dos princípios primeiros de uma concepção de justiça que tem por objetivo a regulação de todas as subsequentes críticas e reformas das instituições.

Rawls afasta o princípio da utilidade dizendo que o mesmo é incompatível com a concepção de cooperação social. Os princípios escolhidos por Rawls são a) igualdade na atribuição de direitos e deveres fundamentais

[6] O véu da ignorância é artifício teórico que impede os indivíduos que têm o dever de escolher os princípios básicos da sociedade de conhecer qual é sua situação na realidade (classe social, cor, sorte ou azar, inteligência, aptidões, raça, geração etc.), ou seja, a escolha deve ser feita sem que os participantes saibam exatamente quais serão todas as consequências de suas escolhas. Isso, segundo, Rawls, os faria escolher por princípios básicos que garantissem a todos uma distribuição de direitos e deveres que preservassem as liberdades (civis e políticas) e a igualdade de participação da distribuição dos bens primários.

rpgmjf.indd 273 04/11/2011 12:32:45

e b) desigualdades sociais e econômicas só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos, em especial para os menos favorecidos. A teoria da justiça é, então, parte de uma teoria da escolha racional.

A posição original é uma cena criada por Rawls para estabelecer os pressupostos do contrato. O véu da ignorância é uma construção lógico-hipotética que permite, do ponto de vista teórico, construir o acordo pela perspectiva da razão.

O ponto de partida para a construção de uma teoria da justiça fundada no contrato é, então, a verificação de quais princípios seria razoável adotar numa certa situação contratual. A decisão racional deve levar em consideração os seguintes aspectos: a) conhecimento dos interesses das partes; b) relação entre esses interesses; c) opções de escolha; e d) procedimento para tomada da decisão.

A teoria da justiça implica a) a interpretação da situação inicial e uma formulação dos diversos princípios disponíveis para escolha e b) um argumento que demonstre quais desses princípios seriam, de fato, adotados. O objetivo, então, é apresentar e discutir os princípios para as instituições.

Os princípios da justiça social têm por objeto a estrutura de base da sociedade. Logo, a organização das principais instituições sociais devem se pautar pela cooperação na atribuição (e distribuição) de direitos e deveres dentro da sociedade. As instituições, portanto, correspondem a um sistema público de normas que definem cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, e exige a) um acordo público de normas e b) a obrigatoriedade de suas normas.

Há, assim, a presunção de que os princípios da justiça são escolhidos no espaço público onde tais princípios são alçados à condição de fundamentos da instituição. Justiça formal é a administração imparcial e coerente das leis e instituições, sejam quais forem seus princípios. Logo, a justiça formal pressupõe adesão ao princípio e obediência ao sistema sendo um aspecto do Estado de Direito que ampara e garante expectativas legítimas. Rawls enuncia dois princípios de justiça que nortearam seu arcabouço conceitual, a saber:

a) "(...) cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema de liberdades para as outras pessoas" (RAWLS, 2008, p. 73);

rpgmjf.indd 274 04/11/2011 12:32:45

b) "(...) as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos" (RAWLS, 2008, p. 73).

A filosofia política sempre se depara com as dificuldades da escolha e a atualização dos princípios. Isto informa que a escolha dos princípios não é neutra e, mais ainda, que determina as formas sociais, isto é, a sociedade nasce da escolha de princípios que necessitam de interpretação.

Das possibilidades de interpretação do segundo princípio Rawls escolhe aquela que intitula como Sociedade Liberal Democrática. Essa interpretação nos diz que as vantagens (que pressupostamente devem estar abertas a todos) distribuídas em sociedade devem levar em consideração as diferenças sociais onde o indivíduo é o ator principal da sociedade. Ou seja, Rawls propõe um sistema de distribuição dos bens e riquezas sociais mediante uma igualação de chances aos indivíduos que compõe a sociedade. Afasta-se, assim, da distribuição das vantagens com base no princípio da eficiência que tem por pressuposto a ideia de competição. O princípio da eficiência nesta chave hermenêutica produz uma sociedade altamente competitiva que prima pelo princípio da igualdade formal. Nesse ponto, a teoria do Direito, em especial a teoria da constituição, pode ser utilizada como fundamento do direito de igualdade reproduzindo, na realidade, as desigualdades do sistema. Logo, o princípio da eficiência sozinho não é fundamento da teoria da justiça. Rawls combina o princípio da eficiência com o princípio da diferença que impõe o estabelecimento de mecanismos de igualação de chances.

O fundamento de uma teoria da justiça em Rawls está alicerçado em dois princípios basilares: a) igualdade na atribuição de direitos e deveres fundamentais e b) desigualdades sociais e econômicas só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos, em especial para os menos favorecidos. A teoria da justiça é, então, parte de uma teoria da escolha racional. Por isso a interpretação do segundo princípio proposta por Rawls intitulada como Sociedade Liberal Democrática nos parece constitucionalmente adequada para a fundamentação da teoria da constituição à luz da teoria da justiça. Isto porque Rawls não interpreta a igualdade dentro dos contornos formais da norma jurídica, ou seja, o princípio da igualdade em Rawls diz respeito a uma igualdade material com ações públicas para igualação de chances.

rpgmjf.indd 275 04/11/2011 12:32:45

Logo, a teoria de Rawls não pode ser considerada formalista, mas, sim, uma teoria política que visa à fundamentação de uma sociedade que se diga justa de alguma maneira. Nesse sentido, fugindo do propósito inicial deste trabalho, tomamos a liberdade de citar *O liberalismo político* de John Rawls (2000, p. 427) para ilustrar a importância de seu pensamento na construção de uma sociedade democrática:

> (...) a concepção de justiça como equidade se volta para aquele impasse de nossa história política recente que se revela na ausência de acordo sobre a forma pela qual as instituições básicas devem ser organizadas para estar em conformidade com a liberdade e igualdade dos cidadãos enquanto pessoas. Desse modo, a justiça como equidade dirige-se não tanto aos constitucionalistas, mas aos cidadãos de um regime constitucional. Apresenta uma maneira para que eles concebam seu *status* comum e garantido de cidadãos iguais e tenta conectar uma determinada forma de entender a liberdade e igualdade como uma concepção específica de pessoa que penso ser afim às noções compartilhadas e convicções essenciais implícitas na cultura pública de uma sociedade democrática.

3 Conclusão

A realidade brasileira é marcada por uma histórica má distribuição dos bens, riquezas e cargos públicos à sociedade.[7] Por outro lado, a Constituição de 1988 traz uma necessária formalização de liberdades fundamentais e de instituições que tem por objetivo a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I). Logo, a obra de Rawls nos ajuda a pensar a necessidade de efetivação dos preceitos constitucionais, uma vez que tais normas são os princípios constitutivos da sociedade. Isto é possível com a interpretação que Rawls faz do segundo princípio.

O pressuposto de Rawls é que vivemos numa sociedade de indivíduos que possuem interesses diferenciados, ou seja, as sociedades contemporâneas são complexas. Nesse sentido:

> É comum qualificarmos a sociedade atual como uma sociedade complexa, onde as possibilidades de agir são infindáveis, na qual só ingenuamente existem informações simples, em síntese, uma sociedade pluralista e funcionalmente diferenciada. Entretanto, nem sempre se enfrenta ou se problematiza diretamente essa crescente complexidade inerente à modernidade, ou seja, o risco de toda decisão e a incerteza quanto ao futuro em uma realidade em si mesma contingencial. (PRATES, 2004, p. 519)

[7] Não podemos nos esquecer que historicamente o Estado brasileiro é marcado pelo autoritarismo e pelo formalismo jurídico com a supressão dos direitos e garantias fundamentais.

rpgmjf.indd 276 04/11/2011 12:32:45

Todavia, apesar da complexidade das sociedades contemporâneas, segundo Rawls deve haver algum ponto de encontro entre os indivíduos que permita o estabelecimento de uma vida comum.[8] Cabe, então, aos indivíduos estabelecerem os princípios da convivência social que formarão os princípios de justiça. Assim a escolha dos princípios provoca consequências práticas que se ligam à questão da igualdade. Logo, o tema da justiça é tratado do ponto de vista de uma teoria da justiça social se relacionando com duas questões: a) desigualdade e b) constituição política.

O texto constitucional brasileiro de 1988 traz como princípios fundamentais a estruturação do Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. O pensamento de Rawls não pode ser considerado como utópico, ou seja, seus argumentos nos convidam a pensar sobre a realidade social e, mais especificamente, sobre a realidade jurídica. Nesse contexto é que a teoria da justiça de Rawls pode ser conectada com a teoria da constituição, isto é, pode ser fundamento de uma teoria da constituição que vise, no caso brasileiro, à implementação dos direitos fundamentais[9] como forma de realização dos princípios estruturantes escolhidos pelo Poder Constituinte Originário.

Abstract: The book *The theory of justice* by John Rawls thought influenced the legal, political and philosophical discussion in the contemporary great opportunity Anglo-Saxon world and in major Western countries. The construction of a thought turned to the reasons for a democracy in the midst of a pluralistic society is based on the central theme of justice. For Rawls justice is the first virtue of social institutions by which it is possible to reorganize the society. Therefore, justice is a basic principle of any society. The search for justice in the work of Rawls, is based on the question of the social contract and leads, invariably, the theory of the constitution. This essay aims to present a reading of the theory of the constitution's in light of the theory of justice Rawls trying to assess whether the principles of justice submitted by the American author serve as the basis for a constitutional democracy.

Key words: Justice. The theory of Constitution. Democracy.

[8] Carlos Henrique Cardin leciona na apresentação da obra *O liberalismo político* de Rawls (2000, p. 7): "A questão que o autor pretende responder diz respeito à estabilidade das instituições democrático-representativas diante das grandes divergências existentes na sociedade. Mediante a identificação das estruturas socais em que se apóia aquela estabilidade, os social-democratas (liberais) estarão em condições de indicar que caminhos devem ser seguidos, a fim de assegurá-la no futuro."

[9] Lembramos, ainda, a afirmação de Streck e Morais que o Brasil não passou pelo modelo do Estado Social havendo, portanto, um déficit de legitimidade do Estado Democrático de Direito.

rpgmjf.indd 277 04/11/2011 12:32:46

Referências

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

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*: contribuições para uma teoria discursiva da Constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor por Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo; revisão da Tradução Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Atica, 2000.

RAWLS, John. *História da filosofia moral*. Organização de Barbara Herman; tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A idéia do liberalismo político em J. Rawls: uma concepção política de justiça. *In*: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (Org.). *Filosofia contemporânea*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 251-271.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARANTES, Bruno Camilloto. Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 269-278, jan./dez. 2011.

rpgmjf.indd 278 04/11/2011 12:32:46

Índice

Doutrina

página

Autor

ARANTES, Bruno Camilloto
- *Artigo*: Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls 269

BAPTISTA, Patrícia
- *Artigo*: Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros 195

BINENBOJM, Gustavo
- *Transcrição de Palestra*: A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito 219

CAMPOS, Rogério Junqueira Homem de
- *Artigo*: Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas 137

CARVALHO FILHO, José dos Santos
- *Artigo*: Estado mínimo x Estado máximo: o dilema 89

CASTRO, Lorena Nascimento
- *Monografia vencedora de concurso*: Agentes comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal . 11

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades
- *Artigo*: O fortalecimento da instância local pela globalização: um contributo para a democracia..... 253

FERNANDES, Bernardo Gonçalves
- *Artigo*: Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo* 25

GABARDO, Emerson
- *Artigo*: O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988 167

GALVÃO, Ciro di Benatti
- *Artigo*: Políticas públicas da atuação local 111

GODOY, Marcos Vinícius Ferreira de
- *Monografia vencedora de concurso*: Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal..... 37

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa
- *Artigo*: Jurisdição e separação de poderes 229

PARADELA, Valesca Athayde de Souza
- *Artigo*: Judicialização da saúde..... 153

REIS, Luciano Elias
- *Artigo*: O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988 167

SILVA, Vasco Pereira da
- *Obra Literário-Jurídica*: "É sempre a mesma cantiga" – O contencioso da responsabilidade civil pública..... 61

rpgmjf.indd 279 04/11/2011 12:32:46

página

Título

ADVOCACIA Pública e o Estado Democrático de Direito, A
- *Transcrição de Palestra*: Gustavo Binenbojm 219

AGENTES comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal
- *Monografia vencedora de concurso*: Lorena Nascimento Castro..... 11

BREVE abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*
- *Artigo de*: Bernardo Gonçalves Fernandes..... 25

DEMOCRACIA, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls
- *Artigo* de: Bruno Camilloto Arantes..... 269

"É SEMPRE a mesma cantiga" – O contencioso da responsabilidade civil pública
- *Obra Literário-Jurídica*: Vasco Pereira da Silva 61

ESTADO mínimo x Estado máximo: o dilema
- *Artigo de*: José dos Santos Carvalho Filho 89

FORTALECIMENTO da instância local pela globalização: um contributo para a democracia, O
- *Artigo de*: Luciana Gaspar Melquíades Duarte..... 253

FUNÇÃO social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal
- *Monografia vencedora de concurso*: Marcos Vinícius Ferreira de Godoy 37

página

JUDICIALIZAÇÃO da saúde
- *Artigo de*: Valesca Athayde de Souza Paradela 153

JURISDIÇÃO e separação de poderes
- *Artigo de*: Paulo Roberto de Gouvêa Medina..... 229

LIMITES constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros, Os
- *Artigo de*: Patrícia Baptista 195

POLÍTICAS públicas da atuação local
- *Artigo de*: Ciro di Benatti Galvão 111

SEGURANÇA jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas
- *Artigo de*: Rogério Junqueira Homem de Campos 137

TERCEIRO setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988, O
- *Artigo de*: Luciano Elias Reis, Emerson Gabardo 167

Assunto

A

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
- *Ver*: "É sempre a mesma cantiga" – O contencioso da responsabilidade civil pública. *Obra Literário-Jurídica*: Vasco Pereira da Silva 61
- *Ver*: Judicialização da saúde. *Artigo de*: Valesca Athayde de Souza Paradela ... 153

ADVOGADO PÚBLICO
- *Ver*: A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Transcrição de Palestra*: Gustavo Binenbojm..... 219

ALEXY
- *Ver*: Judicialização da saúde. *Artigo de*: Valesca Athayde de Souza Paradela ... 153

rpgmjf.indd 280 04/11/2011 12:32:46

página

ATIVISMO
- *Ver*: Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*. *Artigo de*: Bernardo Gonçalves Fernandes 25

AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA
- *Ver*: Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. *Artigo de*: Patrícia Baptista..... 195

C

CONSTITUCIONALISMO
- *Ver*: Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. *Artigo de*: Patrícia Baptista..... 195

CONSTITUIÇÃO
- *Ver*: O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988. *Artigo de*: Luciano Elias Reis, Emerson Gabardo..... 167

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA
- *Ver*: Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. *Artigo de*: Patrícia Baptista..... 195

CONTROLE JURISDICIONAL
- *Ver*: Jurisdição e separação de poderes. *Artigo de*: Paulo Roberto de Gouvêa Medina..... 229

D

DECISÕES
- *Ver*: Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas. *Artigo de*: Rogério Junqueira Homem de Campos..... 137

DEMOCRACIA
- *Ver*: Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls. *Artigo de*: Bruno Camilloto Arantes..... 269
- *Ver*: O fortalecimento da instância local pela globalização: um contributo para a democracia. *Artigo de*: Luciana Gaspar Melquíades Duarte..... 253

DESPESAS
- *Ver*: Agentes comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Lorena Nascimento Castro.... 11

DILEMA
- *Ver*: Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Artigo de*: José dos Santos Carvalho Filho 89

DIREITO MUNICIPAL
- *Ver*: Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Marcos Vinícius Ferreira de Godoy..... 37

DIREITO URBANÍSTICO
- *Ver*: Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Marcos Vinícius Ferreira de Godoy..... 37

E

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
- *Ver*: A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Transcrição de Palestra*: Gustavo Binenbojm..... 219

ESTADO MÁXIMO
- *Ver*: Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Artigo de*: José dos Santos Carvalho Filho 89

rpgmjf.indd 281 04/11/2011 12:32:46

página

ESTADO MÉDIO
- *Ver*: Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Artigo de*: José dos Santos Carvalho Filho 89

ESTADO MÍNIMO
- *Ver*: Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Artigo de*: José dos Santos Carvalho Filho 89

ESTADO
- *Ver*: Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Artigo de*: José dos Santos Carvalho Filho 89

F

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
- *Ver*: Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Marcos Vinícius Ferreira de Godoy..... 37

G

GESTORES PÚBLICOS
- *Ver*: Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas. *Artigo de*: Rogério Junqueira Homem de Campos..... 137

GLOBALIZAÇÃO
- *Ver*: O fortalecimento da instância local pela globalização: um contributo para a democracia. *Artigo de*: Luciana Gaspar Melquíades Duarte..... 253

GOVERNANÇA LOCAL
- *Ver*: Políticas públicas da atuação local. *Artigo de*: Ciro di Benatti Galvão..... 111

I

INTERESSE PÚBLICO
- *Ver*: Jurisdição e separação de poderes. *Artigo de*: Paulo Roberto de Gouvêa Medina..... 229

J

JURISDIÇÃO
- *Ver*: Jurisdição e separação de poderes. *Artigo de*: Paulo Roberto de Gouvêa Medina..... 229

página

L

LEI DA ANISTIA
- *Ver*: Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*. *Artigo de*: Bernardo Gonçalves Fernandes 25

M

MUNICÍPIOS
- *Ver*: Agentes comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Lorena Nascimento Castro.... 11

P

PARTICIPAÇÃO SOCIAL
- *Ver*: Políticas públicas da atuação local. *Artigo de*: Ciro di Benatti Galvão..... 111

PARTICIPAÇÃO
- *Ver*: O fortalecimento da instância local pela globalização: um contributo para a democracia. *Artigo de*: Luciana Gaspar Melquíades Duarte..... 253

PLANEJAMENTO URBANO
- *Ver*: Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Marcos Vinícius Ferreira de Godoy..... 37

PODER LOCAL
- *Ver*: O fortalecimento da instância local pela globalização: um contributo para a democracia. *Artigo de*: Luciana Gaspar Melquíades Duarte..... 253

POLÍTICAS PÚBLICAS
- *Ver*: Políticas públicas da atuação local. *Artigo de*: Ciro di Benatti Galvão..... 111

PONDERAÇÃO
- *Ver*: Judicialização da saúde. *Artigo de*: Valesca Athayde de Souza Paradela ... 153

rpgmjf.indd 282 04/11/2011 12:32:46

página

PRINCÍPIO DA NÃO INTERFERÊNCIA
- *Ver*: Jurisdição e separação de poderes. *Artigo de*: Paulo Roberto de Gouvêa Medina 229

PROPORCIONALIDADE
- *Ver*: Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas. *Artigo de*: Rogério Junqueira Homem de Campos..... 137

PROPRIEDADE
- *Ver*: Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Direito Municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Marcos Vinícius Ferreira de Godoy..... 37

R

RESPONSABILIDADE CIVIL PÚBLICA
- *Ver*: "É sempre a mesma cantiga" – O contencioso da responsabilidade civil pública. *Obra Literário-Jurídica*: Vasco Pereira da Silva 61

S

SAÚDE
- *Ver*: Judicialização da saúde. *Artigo de*: Valesca Athayde de Souza Paradela ... 153

SEGURANÇA JURÍDICA
- *Ver*: Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas. *Artigo de*: Rogério Junqueira Homem de Campos..... 137

SELEÇÃO
- *Ver*: Agentes comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Lorena Nascimento Castro.... 11

SELF RESTRAINT
- *Ver*: Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *Self restraint* ou pelo *ativismo*. *Artigo de*: Bernardo Gonçalves Fernandes 25

SEPARAÇÃO DE PODERES
- *Ver*: Jurisdição e separação de poderes. *Artigo de*: Paulo Roberto de Gouvêa Medina..... 229

SOCIEDADE
- *Ver*: Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Artigo de*: José dos Santos Carvalho Filho 89

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
- *Ver*: Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*. *Artigo de*: Bernardo Gonçalves Fernandes 25

SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL
- *Ver*: O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988. *Artigo de*: Luciano Elias Reis, Emerson Gabardo..... 167

T

TCE-MG (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais)
- *Ver*: Agentes comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Lorena Nascimento Castro..... 11

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO
- *Ver*: Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls. *Artigo de*: Bruno Camilloto Arantes..... 269

rpgmjf.indd 283 04/11/2011 12:32:46

página

TEORIA DA JUSTIÇA
- *Ver*: Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls. *Artigo de*: Bruno Camilloto Arantes 269

TERCEIRO SETOR
- *Ver*: O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988. *Artigo de*: Luciano Elias Reis, Emerson Gabardo..... 167

TRATATOS INTERNACIONAIS
- *Ver*: Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*. *Artigo de*: Bernardo Gonçalves Fernandes 25

página

V

VIDA
- *Ver*: Judicialização da saúde. *Artigo de*: Valesca Athayde de Souza Paradela ... 153

VÍNCULO
- *Ver*: Agentes comunitários: apontamentos sobre forma de seleção, vínculo e cômputo das despesas na administração municipal. *Monografia vencedora de concurso*: Lorena Nascimento Castro 11

rpgmjf.indd 284 04/11/2011 12:32:46

Normas para publicação de artigos

As propostas de trabalhos para edição na *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora* (*RPGMJF*) deverão ser encaminhadas para o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora na Av. Brasil, 2001, 1º andar, Centro, Juiz de Fora, MG / CEP 36070-060 em três vias impressas e uma digital, pelo e-mail <rogeriojhc@hotmail.com>. Dúvidas poderão ser esclarecidas pelo telefone do CEJ (32) 3690-7252. Os trabalhos deverão ser apresentados visando à publicação em uma das seguintes categorias: I – artigos científicos; II – trabalhos estrangeiros; III – trabalhos de personalidades jurídicas; IV – pareceres jurídicos; V – peças processuais; VI – transcrições de palestras; VII – trabalhos peculiares de relevante pertinência à linha editorial da RPGMJF, observando-se as seguintes normas:

1 Os originais dos trabalhos devem ser apresentados de forma completa, dentro da seguinte estrutura física: título do artigo (na língua do texto e em inglês), nome do autor, filiação institucional, qualificação (mestrado, doutorado, cargos etc.), resumo do artigo, de até 250 palavras (na língua do texto e em inglês – *Abstract*), palavras-chave, no máximo 5 (na língua do texto e em inglês – *Key words*), sumário do artigo, epígrafe (se houver), texto do artigo, referências. O autor deverá fazer constar, no final do artigo, o local e a data em que foi escrito o trabalho de sua autoria.

2 Os originais, apresentados em CD-ROM ou pen-drive, deverão estar digitados em qualquer editor de texto, sem qualquer tipo de formatação, a não ser de caracteres (evitar o uso de negrito ou sublinhado) e marcas de tabulação, e só podem conter mais de 25 laudas ou menos de 10 laudas se houver justificativa expressa aprovada pelo Editor-Chefe.

3 Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica. A escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

4 Para agilizar o trabalho de editoração, aconselha-se que os originais sigam as seguintes normas de padronização:

- boa legibilidade, sem acréscimos, rasuras e cortes;

rpgmjf.indd 285 04/11/2011 12:32:46

- digitação na fonte Times, tamanho 12, espaçamento entrelinhas de 1,5;
- todas as páginas numeradas sequencialmente na margem superior direita;
- as margens utilizadas devem ser idênticas de 3 cm;
- para qualquer destaque no corpo do texto, use de preferência aspas;
- citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores;
- a capitulação deverá ser realizada da seguinte forma: título principal em negrito, com as palavras principais iniciadas em letra minúscula, exceção para os nomes próprios e para a primeira palavra do título, centralizado; títulos parciais em negrito, com as palavras principais iniciadas em letra minúscula, exceção para os nomes próprios e para a primeira palavra do título, alinhados à esquerda, com o uso da numeração progressiva em algarismos arábicos;
- as citações textuais longas (mais de quatro linhas) devem constituir um parágrafo independente, com recuo esquerdo de 2 cm (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entrelinhas simples e tamanho da fonte 10;
- as citações textuais pequenas (até quatro linhas) devem ser inseridas no texto, entre aspas e sem itálico, e o número da chamada (em algarismos arábicos, na entrelinha superior, sem parênteses), referente à nota bibliográfica, virá depois do sinal de pontuação;
- unificar a forma de uso das expressões em língua estrangeira, destacando-as em itálico;
- padronizar "grifos meus", "grifos nossos" ou "grifos acrescentados" etc.;
- evitar o uso do *op. cit.*, do *ibidem* e do *idem* nas notas bibliográficas e usar sempre o nome da obra por extenso;
- unificar o modo de citar os nomes das obras dentro do texto, sempre em *itálico*, com as palavras principais iniciadas em letra minúscula, exceção para os nomes próprios e para a primeira palavra do título;
- as notas em geral (incluindo citações) deverão ser realizadas ao pé de página, utilizando-se espaçamento entrelinhas simples e tamanho da fonte 10, também em letra Times, de forma completa na primeira citação e resumida nas seguintes;
- as referências ficam alinhadas na margem esquerda, mesmo que mudem de linha (seguir instruções da NBR 6023 ago. 2002);
- evitar o uso do "enter" para separar os parágrafos.

rpgmjf.indd 286 04/11/2011 12:32:46

5 Importante: os trabalhos deverão ser acompanhados de folha avulsa, contendo o nome do autor, filiações institucionais, breve currículo, telefone, endereço completo e e-mail.

6 A apresentação do artigo implica cessão total do direito autoral, livre de qualquer pagamento ou retorno de caráter econômico.

7 As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

8 Os artigos a serem publicados na RPGMJF deverão ser preferencialmente inéditos e poderão ser novamente publicados, desde que citada a fonte. Neste caso, uma nota deverá indicar a fonte original do trabalho.

9 Caso a publicação tenha imagens, enviar em arquivo separado, no tamanho natural que será utilizado, em alta resolução (300 dpi), em arquivos de extensão .jpg, .tif, .eps, ou arquivos do Photoshop (.psd), formato vetorial CorelDRAW (.cdr) ou Adobe Illustrator (.ai).

Eventuais dúvidas poderão ser aclaradas pelo telefone (31) 2121-4913 ou pelo e-mail: <conselhorevistas@editoraforum.com.br>.

rpgmjf.indd 287 04/11/2011 12:32:46

Esta obra foi composta em fontes New Baskerville e Humnst 777, corpo 9/12 e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa) pela Gráfica e Editora O Lutador. Belo Horizonte/MG, novembro de 2011.

rpgmjf.indd 288 04/11/2011 12:32:46