

TEMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Estudos em Homenagem ao
Professor Paulo Neves de Carvalho

Coordenador:

Sérgio Mourão Corrêa Lima

Adilson de Abreu Dallari

Antônio Augusto Anastasia

Caio Tácito

Carlos Ari Sundfeld

Celso Antônio Bandeira de Mello

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Florivaldo Dutra de Araújo

Maria Coeli Simões Pires

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Sérgio Mourão Corrêa Lima

Vicente de Paula Mendes

Os novos encargos atribuídos ao Estado, no Estado Social de Direito, levaram à hipertrofia dos órgãos executivos e à ampliação desmesurada do poder de polícia do Estado.

A disposição do Estado de a tudo prover, a todos socorrer, a cada um assegurar a prestação de serviços públicos acabou por tornar ineficiente sua atuação, insatisfatórios os serviços prestados, trazendo frustração para os administrados. Como era de se esperar, sobreveio forte reação a esse Estado generoso, mas incompetente, a ponto de se pregar sua transformação em “Estado Mínimo”, “Estado Modesto” e outros termos assemelhados.

Essas novas idéias faziam parte do Processo de Desestatização e Privatização, que impôs à Administração Pública brasileira mudanças substanciais, que reduziram, expressivamente, a presença do Estado no domínio econômico, o que aconteceu em razão da *transferência de ativos de empresas estatais a grupos empresariais da iniciativa privada*.

Mais uma vez é a noção de *serviço público que irá moldar a nova forma de atuar da Administração Pública*.

Os agentes públicos passam a avaliar os serviços públicos em função de sua produtividade, rendimento e custo.

As prestações de serviço público passam a ser analisadas de acordo com os resultados obtidos em favor da comunidade administrada. O usuário dos serviços abandona a posição de passividade em que sempre se colocou e

**TEMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO:
ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR
PAULO NEVES DE CARVALHO**



№ 0246

Coordenador: Sérgio Mourão Corrêa Lima

**TEMAS DE DIREITO
ADMINISTRATIVO: ESTUDOS EM
HOMENAGEM AO PROFESSOR
PAULO NEVES DE CARVALHO**

Prefácio de Pedro Paulo de Almeida Dutra
Apresentação de Luciana de Araújo Ferraz

Adilson Abreu Dallari
Antônio Augusto Junho Anastasia
Caio Tácito
Carlos Ari Sundfeld
Celso Antônio Bandeira de Mello
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Florivaldo Dutra de Araújo
Maria Coeli Simões Pires
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Sérgio Mourão Corrêa Lima
Vicente de Paula Mendes



Rio de Janeiro
2006

1ª edição – 2006

© Copyright

Sérgio Mourão Corrêa Lima e Outros

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

T278

Temas de direito administrativo : estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho / coordenador Sérgio Mourão Corrêa Lima ; prefácio Pedro Paulo de Almeida Dutra; apresentação Luciana de Araújo Ferraz. – Rio de Janeiro : Forense, 2006.

ISBN 85-309-2094-0

1. Direito administrativo – Brasil. I. Lima, Sérgio Mourão Corrêa. II. Carvalho, Paulo Neves de.

06-1285.

CDU 342.9(81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@forense.com.br
Av. Erasmo Braga, 299 – 1º e 2º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3380-6650 – Fax: (0XX21) 3380-6667

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

<i>Homenagem a Paulo Neves de Carvalho</i>	VII
<i>Homenagem Póstuma a Paulo Neves de Carvalho</i>	XIII
<i>Prefácio</i>	XV
<i>Adilson Abreu Dallari: "Licitações nas Empresas Estatais"</i>	1
<i>Caio Tácito: "A Constituição e o Direito Administrativo"</i>	21
<i>Carlos Ari Sundfeld: "Interesse Público em Sentido Mínimo e em Sentido Forte: o Problema da Vigilância Epidemiológica Frente aos Direitos Constitucionais"</i>	29
<i>Celso Antônio Bandeira de Mello: "Competência Urbanística Municipal e Competência da União em Matéria de Telecomunicações: Interferências"</i>	49
<i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa"</i>	63
<i>Florivaldo Dutra de Araújo: "Discrecionariade e Motivação do Ato Administrativo"</i>	99
<i>Maria Coeli Simões Pires: "A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prol da Democratização do Sistema Administrativo"</i>	127
<i>Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Da Arbitragem em Contratos Administrativos"</i>	201
<i>Sérgio Mourão Corrêa Lima: "Efeitos da Reforma do Estado Brasileiro no Controle de Mercado"</i>	221
<i>Luciano Ferraz: "Parceria Público-Público: Contrato de Programa e Execução de Serviços Públicos Municipais por Entidade da Administração Indireta Estadual"</i>	251

HOMENAGEM A PAULO NEVES DE CARVALHO¹

Professor Paulo Neves de Carvalho,

Há 10 dias, recebi do Prof. Ariosvaldo Campos Pires, Diretor desta Casa de Afonso Pena, convite para saudá-lo nesta solenidade em que a Universidade Federal de Minas Gerais lhe concede o título de Professor Emérito.

A princípio, surpreso, não me senti à altura do encargo: sem os atributos da boa oratória, sabia que não poderia tornar esta solenidade ainda mais bonita; mas quando manifestei, instintivamente, ao nosso Diretor, que me via pequeno para a missão, ele me respondeu: "*Falar de Paulo Neves é fazer poesia*"... Tampouco sei fazer poesia, mas entendi o que ele queria dizer. Posso não ter palavras bonitas, mas sei falar com o coração. E aceitei emocionado o convite, como que para desfrutar de grande privilégio.

Privilégio, porque quero dizer a Vossa Excelência, para que todos neste auditório ouçam, que sempre o considerei meu mestre mais querido. E privilégio porque, tenho certeza, muitos dos que estão aqui gostariam de lhe fazer a mesma confissão.

Hoje, esta Universidade lhe concede seu maior título: de Professor Emérito. Mas emérito é um adjetivo em que não cabem todos os seus méritos. Diz o dicionário que *emérito é o que tem feito longos e bons serviços e que está se aposentando*... Isto é muito pouco.

Fui procurar no latim, nossa língua-mãe, um significado mais apropriado. Mas também lá não encontrei. *Ovídio* utilizou *emeritus* em sua poesia, para traduzir a idéia do soldado que volta vitorioso de sua missão...

Sim, vitorioso Vossa Excelência sempre foi; mas nunca terminou sua missão. Nem mesmo se aposentou... a não ser formalmente, para satisfazer exigências de leis mal-inspiradas. Há treze anos, leciona gratuitamente nos Cursos de Pós-graduação desta Faculdade.

O bom serviço Vossa Excelência sempre prestou, no ensino, na administração pública, na advocacia, na educação, por longos anos. É o professor autêntico, original, genuíno, que fertilizou mentes e corações de milhares de discípulos, sempre com alegria, encantamento e bondade. E "milhares de discípulos", aqui, não é força de expressão.

O professor vocacionado nunca conclui seu labor, porque o trabalho de ensinar é como o do agricultor; a diferença é que, em vez de cultivar o alimento, ele semeia uma flo-

¹ Proferido em solenidade da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 13 de agosto de 2002, para outorga do título de Professor Emérito da UFMG.

resta: e em cada árvore, em cada fruto, em cada semente que cai sobre a terra, renova-se a floresta, em cada alvorecer, sem nunca terminar.

Ensinar é cultivar o espírito, lançando nele a boa semente, adubando-o com o sal do conhecimento.

Vossa Excelência é também como um construtor de caminhos, que nunca se fecham, e sempre conduzem a mundos melhores. Estimulou, abriu estradas, deu oportunidades...

Quem tem gratidão, um dos mais nobres sentimentos, nunca se esquece do bom mestre. Por isso quero agradecer-lhe neste instante, em nome de todos os seus alunos, por tudo o que nos ensinou. Falo em nome de uma multidão. São tantos os seus discípulos, que não poderíamos contá-los.

Agradeço também em nome daqueles que, sem ter tido a bênção de suas lições, foram beneficiados por seu trabalho incansável, por sua bondade, por sua dedicação e solidariedade, por sua vida dedicada ao bem comum.

Paulo Neves de Carvalho nasceu em São João Del Rey, do amor de Pedro Neves de Carvalho e Augusta Neves Fernandes. Seu pai era Escriturário da Rede Mineira de Viação e, lá pelos anos de 1920, com a transferência da sede da empresa, veio para a Capital, fixando residência no tradicional Bairro da Floresta. Ele sofreu com a mudança e pouco depois veio a falecer, vítima de pneumonia, a doença da época, aos 29 anos de idade, deixando esposa e três filhos bem pequenos. Paulo não chegou a conhecê-lo.

Dona Augusta, jovem espanhola de Barcelona, cheia de coragem, decidiu permanecer aqui, onde vislumbrava melhores condições de estudo e trabalho para seus filhos. Com determinação, lutou contra todas as adversidades, para o que o essencial não faltasse em sua casa. Contraiu segundas núpcias com Bento Gomes Fernandes, espanhol simples e bom. A convivência das crianças – Pedro, Antônio e Paulo – com o padrasto, consolidou-se em laços fortes de respeito, admiração, dedicação e carinho, muito carinho, como só acontece entre filhos e pais que se amam.

A família continuou vivendo com enormes dificuldades. Teve momentos comoventes, como os nascimentos de Lourdes e Léa, e difíceis, com o falecimento do Sr. Gomes, como era conhecido o espanhol. Referindo-se ao padrasto, Paulo Neves sempre dizia: “Foi o melhor homem que jamais conheci”.

“Seu Gomes” tinha um pequeno bar, no início da Rua Conselheiro Lafaiete, no Horto. Ali começou Paulo Neves a trabalhar, no balcão do botequim, vendendo bebida, pastel e fumo de rolo, aos magarefes que, todos os dias, ao final do expediente no Madouro do Bairro São Paulo, enchiam o estabelecimento. Conta-se que Paulo Neves já lhes ensinava as primeiras letras... E a aula só acabava quando eles ficavam embriagados. Já naquele tempo, fazia discursos, no dia da Abolição da Escravatura.

Sua primeira escola foi o Grupo Escolar Barão de Macaúbas, onde fez seu curso “primário” – da primeira à quarta série do que hoje chamamos “1º grau”. Aí começou a brilhar: na formatura, com “distinção”, tendo como paraninfo Mário Casassanta, ganhou sua primeira medalha, posta sobre o aprumo de um terninho de algodão, por Dona Augusta alvejado e confeccionado...

Concluído o “primário”, seu estudo se encerraria ali, não fosse um vizinho ter escrito ao Governador do Estado, naquele tempo chamado de Presidente, pedindo-lhe uma bolsa para o menino brilhante.

A bolsa foi concedida. Na ocasião, o menino franzino foi recebido pelo Chefe de Gabinete de Olegário Maciel, que até mandou que lhe comprassem alguns pastéis quentes...

Encaminhou-o, em seguida, ao Reitor do antigo Ginásio Mineiro, na época José Maria Alkmin. Dona Augusta não teve coragem de ir junto.

Mas enquanto esteve no Ginásio Mineiro, mais tarde chamado Colégio Estadual, Paulo Neves continuou seu magistério particular, dando aulas “de reforço”, sempre disposto a explicar a seus colegas as lições de cada dia.

Dizem que Paulo Neves, além de ajudar no botequim do Sr. Gomes, dava tantas aulas particulares que um dia foi procurado por um Capitão ou Tenente, que lhe solicitou algumas aulas... O jovem professor disse-lhe que não havia mais horários, a menos que começassem às 5:30 da manhã... O militar aceitou.

Sua passagem pelo Ginásio Mineiro foi tão fulgurante que suas notas, sempre máximas, eram publicadas no *Minas Gerais*, órgão oficial do Estado. Foi nesse período que encontrou alguns amigos de toda a vida, como o Professor Amaro Xisto de Queiroz, como Celso Melo Azevedo, a quem, mais tarde, ajudaria na Administração da Prefeitura de Belo Horizonte, e Moisés Feldmann, só para citar alguns exemplos de pessoas que, mais tarde, viriam se destacar em todos os setores de Minas Gerais.

Nos anos de ginásio, já eram ouvidas histórias interessantes. O Professor Amaro Xisto me disse que Paulo Neves escrevia as declinações de *latim na porta do banheiro do bar do Sr. Gomes*, para recordá-las e não perder tempo. Tinha fascínio pela leitura. À noite, para afugentar o sono, se colocava junto ao lampião, com os pés mergulhados em água fria, pelas madrugadas afora.

Deixou o Ginásio Mineiro em 1936, com uma carta de recomendação assinada pelo então Reitor, já agora o Monsenhor Artur de Oliveira, dirigida ao Professor Francisco Brant, Diretor da Faculdade Livre de Direito, como se chamava esta Casa. Na época, o ensino aqui era pago... Mas o Diretor abriria uma exceção para Paulo Neves continuar crescendo.

Paulo Neves sempre soube multiplicar o tempo, assumindo cada vez mais encargos, mas sempre disponível a quantos o procuravam. Viveu sem férias, sem domingos, sem visitas sociais.

Perpassar a vida de Paulo Neves de Carvalho é descobrir cada passo do vocacionado educador, o amigo, o irmão, que chegava a levar seus colegas para morar em sua casa, como o Dr. Oswaldo Nobre, atual Diretor da Imprensa Oficial, que para lá foi ainda menino, e lá permaneceria até o final de seu curso superior, não como hóspede, mas como parte da família.

Durante seu estudo nos cursos “ginásial” e “científico”, continuou a oferecer suas aulas particulares, ao mesmo tempo em que ajudava fervorosamente sua mãe e seu padrasto. Como me disse sua linda esposa, a escritora e poetisa Irene de Melo Neves:

“Paulo ministrava, em meu tempo de jovem, aulas de quaisquer matérias, do latim ao francês, das matemáticas à filosofia e ciências naturais, e ao ensejo da botânica, cobria de flores silvestres, para esta aluna, a mesinha de pinho, no cômodo de estudos – e em que, entre olores e a maciez das pétalas, à vibração de cores e eflúvios da natureza, ele ensinava a crescer”.

A união com Dona Irene lhes trouxe quatro filhos: Maria Irene, Inês, João Paulo e Elisabete. Depois vieram os netos André, Juliana, Luisa, Cecília e Izabela – e, neste ano, a bisneta Taís.

Paulo Neves de Carvalho veio para esta Casa em 1937, tendo aqui concluído seu curso pré-jurídico em 1938. Em 1939, iniciou seu bacharelado em Direito, que concluiu em

1943. Sempre professor, ao longo de seu curso de Direito cabia-lhe freqüentemente a missão de repetir as aulas a outro colega que, doente, se vira impedido vir às aulas. Esse colega se chamava Oscar Dias Corrêa.

Universitário precoce, serviu ao CPOR, no cumprimento do serviço militar obrigatório, onde, apesar de usar óculos, obteve o primeiro lugar no "tiro ao alvo". Mais uma medalha... No CPOR, na "Companhia de Quadros" em que servia, era respeitado e brilhante. Chegou a Segundo Tenente e conduzia os pracinhas que iriam para a guerra pelas ruas de Belo Horizonte, até a Estação Ferroviária.

Trabalhador, sério, responsável, logo que concluiu seu bacharelado em Direito montou banca de advocacia com seus colegas Oscar Dias Corrêa, Célio Goyatá e Sérgio Otaviano de Almeida, ao mesmo tempo em que prosseguia sua atividade docente. E foi nomeado, após concurso público nacional, para o cargo público de Inspetor Federal de Ensino, em 1943, tendo sido designado para ter exercício no famoso Instituto Padre Machado.

O *curriculum vitae* do Professor Paulo Neves de Carvalho é impressionante. Não teríamos tempo para lê-lo nesta solenidade: são milhares de registros. Destacaremos apenas alguns.

Seu número de inscrição na OAB/MG é de fazer inveja nos dias de hoje: 2.709. Tem diversos registros no MEC como professor. Ministrou centenas de cursos. Na Faculdade de Ciências Econômicas, em 1951, como professor de Geografia Econômica no Curso de Preparação de Candidatos ao concurso de habilitação. Foi também professor de Estrutura das Organizações Econômicas, no Curso de Ciências Econômicas, e professor de Finanças das Empresas, no Curso de Ciências Contábeis e Atuariais, de 1949 a 1951.

Estudou e lecionou nos Estados Unidos, na Universidade da Califórnia do Sul, em Los Angeles, que lhe concedeu, primeiro, o título de *Master of Science in Public Administration*, e, em seguida, o grau de Doutor, ou PhD, em 1954. Lá também foi professor. Mas preferiu voltar.

Nesta Universidade, ingressou pela Escola de Engenharia, em 16/5/1961, como Professor Catedrático de Organização, Contabilidade, Direito Administrativo e Legislação. Retornou à Casa de Afonso Pena para ensinar em 1952, como Livre-Docente em Direito Administrativo, título obtido por concurso público. Depois, também por concurso público, tornou-se Professor Catedrático de Direito Administrativo, desde 1º.08.1967, posição que ostentou com incrível brilho até sua aposentadoria. Nos concursos para suas duas cátedras, participou, como seu examinador, seu admirador e saudosos jurista, o ministro e professor Miguel Seabra Fagundes.

Na Reitoria da UFMG, onde estive para coletar algumas informações para preparar esta saudação, anotaram em sua ficha funcional que ele *manteve* vínculo com a Universidade por 42 anos... Refazendo as contas, e considerando que sua aposentadoria foi apenas formal, ele não *manteve* – mas *mantém* – vínculo de trabalho com esta Universidade há mais de 50 anos.

Sua grande motivação, que viria a marcar sua vida, foi a de ter exercido, ainda muito jovem, a Diretoria Técnica do tradicional Colégio Anchieta. Foi aí que o educador enfrentou os desafios da administração e o homem público passou a ganhar nele uma dimensão extraordinária. Paulo Neves renovou o Colégio Anchieta e até hoje relata com orgulho fatos daquela etapa inicial de seu primeiro desafio como administrador. Daí para frente, foram-se sucedendo os encargos e as missões, sempre desempenhadas com êxito.

Notabilizou-se no Departamento Jurídico do SESI/MG, que organizou e de que foi o titular. Na época, foi convidado pelo Diretor Geral e também o Presidente da Federação das Indústrias de Minas Gerais, o saudoso Dr. Newton Antônio da Silva Pereira, de quem se tornou assessor de absoluta confiança. Durante muitos anos Paulo Neves prestou relevantes serviços ao SESI, tendo recebido diversas incumbências, incluindo delicados assuntos classificados junto à Justiça do Trabalho.

Como mestre e doutor em Administração Pública, Paulo Neves de Carvalho dedicou-se a ela profundamente. Realizou profícuo trabalho na Prefeitura de Belo Horizonte, desde o tempo em que foi Prefeito seu colega e amigo de infância e de escola Celso Melo Azevedo. Ai iniciou sua incrível caminhada pelo municipalismo, onde, ainda hoje, pontifica. É infindável a relação de municípios a quem prestou serviços, com muitos dos quais ainda mantém vínculos.

O amor de Paulo Neves pelo município chega a ser comovente. Parece que ele vê ali a possibilidade de realizar o grande sonho da boa administração pública, numa democracia real, em que o eleitor-contribuinte vê e participa do governo, como na Grécia antiga. É indescrevível seu envolvimento com nossas Cidades. Algumas vezes, eu o acompanhei em pequenas e longas viagens, pelo interior de Minas Gerais. Ficava assombrado de vê-lo, nos fins de semana, sempre gratuitamente, dar cursos e fazer palestras para prefeitos e vereadores, da manhã à noite... Depois do almoço, a preleção continuava ainda mais acesa, com mais entusiasmo, para uma platéia às vezes sonolenta e ao mesmo tempo perplexa.

Paulo Neves também sempre serviu ao Estado de Minas Gerais. Foi um dos idealizadores da COPASA, que antes se chamava COMAG, presidindo a Comissão incumbida da elaboração do respectivo projeto de lei. Foi Consultor-Chefe da Assessoria Técnico-Consultiva do Governador do Estado. Supervisor e Diretor dos trabalhos da Reforma Administrativa, sob o governo de Magalhães Pinto. Seu trabalho ainda perdura. Quem não se lembra da famosa Lei 3.214, que reorganizou o caótico quadro de pessoal? Foi o criador e o primeiro titular da Secretaria de Estado de Administração. Realizou centenas de estudos, participou de comissões, tudo isso com enorme dedicação.

Deixou a marca de sua inteligência em diversos órgãos e entidades, como OAB/MG, a Associação Médica de Minas Gerais, o Tribunal de Contas, a Junta Comercial.

Preferiu permanecer em Minas, mesmo quando convidado pessoalmente pelo Presidente Castelo Branco para dirigir o todo-poderoso DASP. Escolheu Minas ao trabalho no exterior, preterindo terras distantes, mesmo sob o patrocínio das Nações Unidas: convidado pelo então Xá da Pérsia para conduzir uma reforma administrativa no Irã, optou pela Reforma Administrativa no Estado.

Aqui, sua contribuição mais recente foi como Consultor da Comissão Constituinte da Assembléia Legislativa, em 1989. Na verdade, foi o autor intelectual e redator final de muitos dos preceitos inovadores da vigente Carta de Minas.

Mas não se limitou a Minas Gerais. É um nome nacional. Participou de seminários, comissões, deu cursos, fez conferências, sempre para platéias repletas e extasiadas. Nessa atividade de doação, anotei nada menos que 146 eventos registrados em seu *curriculum vitae* guardado discretamente. Desde há muito tempo não se realizam no Brasil congressos e seminários de Direito Administrativo sem a presença de Paulo Neves de Carvalho. Sem dúvida, é o mineiro mais ilustre, mais conhecido, mais respeitável e que mais contribuiu para o desenvolvimento do Direito Administrativo, uma de suas paixões.

O Direito Administrativo é sinônimo de sua própria pessoa. Produziu centenas de pareceres, muitos deles costumeiramente gratuitos. Mas em vez de escrever e publicar manuais e tratados, optou pela sementeira mais profícua: ensinou, formou, preparou toda a atual geração de administrativistas e professores de Direito Administrativo de Minas Gerais. Todos aqui fomos e somos seus alunos e discípulos.

Ninguém, como Paulo Neves de Carvalho, contribuiu e ainda contribui tanto para a Pós-Graduação em Direito Público e em Direito Administrativo, nesta Universidade. Quem poderia dizer quantos mestres e doutores ele orientou, formou e concedeu o grau, sempre depois de tê-los escolhido ou selecionado pessoalmente, nas comissões de concurso, com inextinguível perspicácia e intuição?

Esta Casa de Afonso Pena, Professor Paulo Neves de Carvalho, não seria a mesma sem Vossa Excelência existir. Não foi apenas meio século de trabalho e dedicação... Suas palavras, suas lições, sua imagem, permanecem em nossas salas e corredores, transmitindo-nos um pouco de sua luminosa vocação de servir. Todos nós nos deliciamos a cada dia com as lições de Vossa Excelência, com o carinho, a atenção, a amizade paternal.

Pessoalmente, ficou esperando ansioso os dias em que nos encontramos ainda, nas bancas de concurso e, principalmente, nas comissões constituídas na pós-graduação para defesa de dissertações de mestrado e doutorado. Ai tenho mais uma oportunidade de ouvi-lo e tentar absorver suas palavras como quem recolhe um tesouro.

Por tudo isso, não há palavras para homenageá-lo. Vou terminar dizendo-lhe simplesmente: Muito obrigado. Que Deus o abençoe e o conserve entre nós, enquanto merecermos sua presença, e que seja ainda por muitos anos. Obrigado.

Vicente de Paula Mendes

HOMENAGEM PÓSTUMA A PAULO NEVES DE CARVALHO

O primeiro dia de aula com o Professor Paulo Neves de Carvalho era uma experiência inesquecível. Como seria possível, eu indagava, tanta simpatia reunida com tanto conhecimento, o que nos levava a uma fórmula mágica de aprendizagem, ou melhor dizendo, de encantamento. Nas palavras do mestre, os institutos de Direito Administrativo, muitas vezes áridos, adquiriam vida e magnetismo, entranhando-se de tal modo em nossas consciências que durante anos as suas palavras, os seus exemplos, a sua forma singular de explicar ficam martelando em nossas cabeças.

Eu tenho a grande sorte de ter sido aluno, discípulo, assistente e fã permanente do Prof. Paulo Neves, ou simplesmente Professor, como nós que formávamos a sua Escola, o chamávamos. Diversas gerações de estudantes da Faculdade de Direito da UFMG tiveram o privilégio de freqüentar as suas aulas de Direito Administrativo, um número um pouco menor teve a maior felicidade de estar com o Professor nos cursos de pós-graduação, e um círculo mais restrito, mas também numeroso, passou a viver gravitando em torno de sua figura única. Sou um destes felizardos!

O Professor Paulo Neves não se limitava a nos ensinar Direito Administrativo, ele nos legava um exemplo de vida. Trabalhador compulsivo, teve a vida vocacionada para o magistério desde muito jovem. Apaixonado por organização, patrocinou reformas administrativas exitosas em nosso Estado: a da Prefeitura de Belo Horizonte (na gestão de Celso Mello Azevedo) e a do Governo Estadual (na gestão de Magalhães Pinto). Convidado para dirigir o DASP, que equivalia na época ao Ministério da Administração, o Professor preferiu a companhia de seus alunos e não foi para Brasília. Estranha coincidência: o Governo Federal jamais obteve pleno sucesso em suas reformas administrativas.

Ao lecionar, o Professor encantava os seus alunos, fascinava-nos com sua lógica clara e precisa e, especialmente, nos exigia raciocínio e esforço mental. As imagens saltavam torrencialmente, formando conceitos cristalinos e inolvidáveis. Mas o que mais nos seduzia era a sua grandeza de caráter. Ai está um dos poucos homens que praticavam, na faina diária, o que pregavam. Professor Paulo Neves era, para nós, um farol, não só de sabedoria, mas também de dignidade e retidão, nem sempre encontradas com facilidade na Administração Pública, objeto de estudo do Direito Administrativo.

De minha parte, só posso registrar que grande parte do que sei e do que sou devo a ele. Sempre aprendi com o Professor, nas bancas em que estávamos juntos, quando podia levá-lo de carro a algum lugar, nos encontros acadêmicos, com o seu rigor com o português,

inimigo declarado que era do "através", do "adentrar", dentre outras expressões. E este sentimento do eterno discípulo para com o Mestre não é só meu. Poderia citar dezenas de nomes daqueles que construíram suas vidas profissionais com base em seus ensinamentos, mas vou me restringir aos professores de Direito Administrativo de nossa Faculdade de Direito da UFMG: Pedro Paulo, Vicente, Florivaldo, Maria Coeli, Delamônica, Luciano e eu mesmo, que tanto devemos ao nosso querido Professor.

As lembranças das aulas extras de sábado pela manhã, muitas vezes regadas a pastel e pé-de-moleque, são um dos tesouros de minha vida. Sem qualquer remuneração, o Professor nos prendia por horas, repassando, sem qualquer economia, os seus ensinamentos. Vez por outra, surgia um Prefeito Municipal, ansioso por consultá-lo, pois o Professor é insuperável na arte de encontrar a solução correta e adequada para os mais intrincados problemas de Administração Pública. E lá ia o nosso Mestre, sem almoço, para o interior, atender aquele caso, e sabíamos que ele nada cobraria...

É sempre com emoção, respeito, admiração e gratidão, portanto, que me refiro ao Professor Paulo Neves, uma pessoa de coração de ouro, que Deus enviou para nos ensinar o Direito e a Justiça.

Antonio Augusto Junho Anastasia

PREFÁCIO

Honra-me o Professor Sérgio Mourão Correa Lima, com o amável convite para prefiar esta obra, em que figuras exponenciais do Direito Administrativo brasileiro homenageiam o saudoso Professor Paulo Neves de Carvalho.

Homenagem mais que merecida, porque no seu abençoado magistério Paulo Neves, ao longo de seus cinquenta anos de dedicação ao ensino, escreveu suas memoráveis lições no coração de cada um de seus incontáveis alunos.

Nenhuma forma melhor para homenagear o querido mestre mineiro do que escrever sobre Direito Administrativo, que foi, ao longo de sua existência, o móvel de suas reflexões e angústias. Reflexões, porque era incansável no seu empenho em buscar o aperfeiçoamento constante do Direito Administrativo; angústias, porque não viu desaparecer o abismo existente entre a construção doutrinária do Direito Administrativo e a aplicação de seus institutos na prática.

As valiosas colaborações que consubstanciam esta obra refletem o esforço de reconstrução do Direito Administrativo, daí as referências a “revisão paradigmática”, “novos institutos consensuais”, “reforma do Estado Brasileiro”, “parcerias” etc.

É incontestável que o Direito Administrativo está, ainda, em plena evolução, que, há muito, se iniciou e que teve na Emenda Constitucional n° 19, de 4 de junho de 1998, um marco importante em razão do conjunto expressivo de medidas que foram incorporadas ao Direito Administrativo.

A par das inovações trazidas pela EC n° 19/98, ela, por si só, veio reforçar a tendência de constitucionalização do Direito Administrativo.

No passado, ela se revelara de forma significativa, quando a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, destinou todo um capítulo especialmente à Administração Pública (CF, arts. 37 e segs.).

Conseqüentemente, vários institutos do Direito Administrativo, distribuídos pelos diversos dispositivos que compõem o referido capítulo VII – Da Administração Pública, passaram a ter sede constitucional.

Este é um dado importante de sua evolução.

Se voltássemos os olhos para o passado mais distante, seria para lembrar que o episódio central da história administrativa do século XIX foi a subordinação do Estado ao regime da legalidade.

O Executivo só poderia agir submetido aos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Poder Judiciário. O papel clássico da Administração era manter a ordem e a tranqüilidade. Sua marca era a abstenção, para deixar livre o campo de atuação à iniciativa privada.

O estágio seguinte desta evolução atribuiu ao Estado a missão de disciplinar e condicionar a atividade privada, sujeitando-a aos princípios do bem comum e da justiça social.

Lembra o saudoso Professor Caio Tácito que o Estado moderno, nesta fase, assumiu sentido dinâmico, desenvolvendo atividade de regulamentação, de controle, de ensino, de transporte, entre outras.

Os novos encargos atribuídos ao Estado, no Estado Social de Direito, levaram à hipertrofia dos órgãos executivos e à ampliação desmesurada do poder de polícia do Estado.

A disposição do Estado de a tudo prover, a todos socorrer, a cada um assegurar a prestação de serviços públicos acabou por tornar ineficiente sua atuação, insatisfatórios os serviços prestados, trazendo a frustração para os administrados. Como era de se esperar, sobreviu forte reação a esse Estado generoso, mas incompetente, a ponto de se pregar sua transformação em “Estado Mínimo”, “Estado Modesto” e outros termos assemelhados.

Essas novas idéias faziam parte do Processo de Desestatização e Privatização, que impôs à Administração Pública brasileira mudanças substanciais, que reduziram, expressivamente, a presença do Estado no domínio econômico, o que aconteceu em razão da transferência de ativos de empresas estatais a grupos empresariais da iniciativa privada.

Mais uma vez é a noção de *serviço público* que irá moldar a nova forma de atuar da Administração Pública.

Os agentes públicos passam a avaliar os serviços públicos em função de sua produtividade, rendimento e custo.

As prestações de serviço público passam a ser analisadas de acordo com os resultados obtidos em favor da comunidade administrada. O usuário dos serviços abandona a posição de passividade em que sempre se colocou e passou a cobrar do Poder Público uma prestação de qualidade. Foi além, ao reivindicar sua participação na própria atividade administrativa.

O Direito Administrativo contemporâneo opta pelo abandono da vertente autoritária para estimular a harmonia entre a atividade estatal e a ação privada, valorizando os entes de cooperação.

O estágio atual do Direito Administrativo pátrio evidencia o movimento de retração da ingerência direta do Estado e a crescente participação democrática da sociedade na gestão pública. Esse fato marca o surgimento da era do Direito Administrativo Participativo.

A edição da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública, representou a consagração de um novo modelo de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Essas inovações estão sendo postas em prática. Os estudiosos do Direito Administrativo terão vasto e diversificado campo de análise. Mas só os resultados permitirão avaliar a contribuição de todas essas medidas ao aperfeiçoamento do Direito Administrativo.

Esta obra de louvável inspiração e que reúne tão eminentes administrativistas é o testemunho da admiração de todos pelo saudoso e admirável Mestre das Minas Gerais.

Belo Horizonte, 31 de março de 2006

Pedro Paulo de Almeida Dutra

LICITAÇÕES NAS EMPRESAS ESTATAIS

Adilson Abreu Dallari

Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP

Sumário: 1. Resumo da questão jurídica em exame. 2. Evolução dos textos normativos. 3. Discussão doutrinária. 4. Considerações metodológicas. 5. Conclusões.

1. RESUMO DA QUESTÃO JURÍDICA EM EXAME

A questão em debate neste estudo é relativamente simples: Estão ou não as empresas estatais obrigadas a observar as normas de licitações e contratos da Lei nº 8.666/93? Ou, dizendo de outro modo: Podem ou não as empresas estatais, em suas licitações, pautar-se por normas próprias, específicas para cada empresa, estabelecendo procedimentos simplificados? Explica-se: a resposta a tais indagações é simples; mas de difícil demonstração, obrigando que se proceda a uma ampla e aprofundada verificação do cenário, ou seja, do sistema jurídico no qual o problema está inserido.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 as empresas estatais, independentemente de serem prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas, vinham realizando suas licitações com observância das normas gerais estabelecidas pela legislação federal, muito especialmente da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, sem qualquer problema, por força do disposto no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna.

Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, essa observância uniforme passou a ser questionada, diante do tratamento diferenciado dado pelo texto constitucional às empresas estatais, especialmente aquelas destinadas à exploração de atividades econômicas, em face da nova redação do art. 173 da Constituição Federal.

Na verdade, o problema jurídico em exame surgiu um pouco mais cedo, com a edição da Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.1995, que alterou parcialmente o art. 177 da Constituição Federal, restringindo o monopólio estatal do petróleo. A nova disciplina constitucional dessa matéria deu ensejo à edição da Lei nº 9.478, de 06.08.1997, em cujo art. 67 já ficava estabelecido que a PETROBRAS (empresa estatal exploradora de atividade econômica) deveria realizar suas licitações com base em “procedimento licitatório simplificado”, aprovado pelo Presidente da República.

Entende parte considerável da doutrina que, enquanto não for editado o estatuto das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, previsto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas devem observar fielmente as normas da Lei nº 8.666/93.

2. EVOLUÇÃO DOS TEXTOS NORMATIVOS

Como ponto de partida do presente estudo, convém deixar bem claro que as empresas estatais integram a chamada administração indireta e, nessa condição, continuam sendo abrangidas pelo disposto no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, inciso este que permanece, até hoje, com sua redação original:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

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

Mesmo as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, salvo quando no exercício de suas respectivas atividades negociais específicas, na prática de atos rotineiros de comércio e indústria para os quais foram

criadas (incompatíveis com a licitação), estão, em princípio, obrigadas a licitar, não obstante tenham personalidade jurídica de direito privado. Não é o caso de se repetir neste estudo uma antiga e já superada controvérsia.

Todavia, merecem especial cuidado os dispositivos constitucionais que tiveram suas respectivas redações alteradas ao longo do processo de modernização e reforma do aparelho do Estado, que teve seu ponto alto no momento da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998.

Primeiramente, cabe transcrever em sua redação original, o inciso XXVII, do art. 22 da CF, que, ao tratar das competências da União, dispunha que competia a ela estabelecer:

“XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle; (...)” (redação original).

Tal dispositivo não fazia qualquer distinção entre entidades da administração indireta: todas elas, todas as empresas estatais, estavam sujeitas à observância das mesmas normas.

Essa situação jurídica, entretanto, foi alterada com o advento da EC nº 19/98, que deu ao mesmo dispositivo a seguinte redação:

“XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (...)” (redação dada pela EC nº 19).

Observe-se que este inciso menciona “empresas públicas e sociedades de economia mista”, mas faz remissão ao art. 173, que cuida apenas e tão-somente daquelas que se dedicam à exploração de atividades econômicas.

A nova redação faz efetivamente uma indiscutível distinção no tocante apenas às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas. Cabe, aqui e agora, apenas lembrar o vetusto aforismo: onde a lei não distingue, o intérprete não pode distinguir. Portanto, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos continuam devendo fiel observância às normas gerais de licitações estabelecidas pela legislação federal (Lei nº 8.666/93). Mas vale lembrar que, em contrapartida: onde a lei distingue, o intérprete não pode deixar de distinguir.

Esta mesma linha de pensamento deve ser aplicada ao art. 173 da CF, que disciplina a exploração de atividade econômica pelo Estado, com relação à parte aqui transcrita:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” (redação original).

Nessa redação original, em consonância com a redação original do art. 22, nem se mencionava a questão das licitações, mas, agora, em face da remissão feita pelo art. 22, estabelecendo uma distinção, foi estabelecido, no tocante às licitações, um novo regime, diferenciado, para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores” (redação dada pela EC nº 19).

Está perfeitamente claro, no § 1º, que “o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explo-

rem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” será estabelecido por uma futura lei; mas também está igualmente claro, no inciso III, que essas entidades estão obrigadas a realizar suas licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações, com observância dos “princípios da administração pública” e não mais das mesmas normas aplicáveis à administração direta e outras entidades da administração indireta.

Entendem alguns, entretanto, com base em outra linha de pensamento e num processo interpretativo radicalmente diferente do esposado neste estudo, que essa desoneração somente se verificaria após a edição do estatuto de tais empresas. Tal entendimento somente se sustenta caso se atribua ao dispositivo constitucional em exame (o § 1º do art. 173 e seus incisos) a qualidade de um NADA JURÍDICO, de uma norma total e absolutamente ineficaz.

Tal entendimento contraria flagrantemente princípios fundamentais de hermenêutica constitucional e outros postulados da ciência que estuda a interpretação das normas jurídicas, que passam a ser examinados, tomando-se como ponto de partida o fato de que tanto a EC nº 9, quanto a EC nº 19, integram um processo de reforma do Estado, com vetores, valores e objetivos perfeitamente definidos.

Conforme ensina ANTONINO PENSOVECCHIO LI BASSI, em sua preciosa obra sobre *L'Interpretazione delle Norme Costituzionale* (Milano, 1972, pp. 62 e 81), numa tradução para o português:

“O intérprete não deve esquecer que a Constituição contempla as opções políticas fundamentais de um dado sistema jurídico, devendo o intérprete das disposições constitucionais atentar cuidadosamente para os valores políticos consagrados nos princípios fundamentais esposados pela Constituição.

O intérprete das normas constitucionais deve aplicar no seu trabalho também o critério evolutivo, atentando para com a realidade e referindo as normas isoladas a um sistema constitucional em contínua evolução, como decorrência das mutações das exigências político-sociais da coletividade. Deve aplicar as normas, não com base no sistema no qual o dispositivo historicamente nasceu, mas, sim, com base no sistema atual no qual vive.

Deve levar em conta a realidade concreta, na qual operam as normas constitucionais, para trazer do exame da realidade oportunos elementos de

valorização que permitam ajustamento ao processo evolutivo das normas e evitar conclusões incompatíveis com a vida real”.

Não se pode interpretar a Constituição de maneira avarenta, dando pouca ou nenhuma importância a seus dispositivos. Nesse trabalho, não é possível olhar para trás, a não ser para observar a linha de evolução dos dispositivos.

Convém, portanto, examinar o que a doutrina está atualmente dizendo a respeito do problema, objeto deste estudo.

3. DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA

Primeiramente convém afastar qualquer identidade, no tocante às licitações, entre, de um lado, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em regime de competição e, de outro lado, as empresas privadas. Sem ir muito longe, é suficiente destacar este preciosíssimo ensinamento:

“Questão que, mesmo hoje, merece certa detença é a de se saber se sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica estão ou não sujeitas ao dever de licitação. Estarão também elas obrigadas a licitar, tendo em vista que o art. 173, § 1º, II, da Constituição as declarou ‘sujeitas ao regime próprio das empresas privadas’? Parece-nos que, com as significativas ressalvas adiante feitas, a resposta terá de ser afirmativa. E que, pois, não se pode tomar ao pé da letra a dicção do preceptivo cogitado.

Com efeito, em inúmeros outros artigos da Constituição – como no art. 37, XXI, atinente à licitação – encontram-se normas que impõem a quaisquer entidades da Administração indireta regime diverso do aplicável às empresas privadas, sem discriminar se são ou não exploradoras de atividade econômica. E em nenhum deles caberia duvidar de que também estas últimas estão abrangidas pelos sobreditos preceitos, conquanto as normas em questão lhes confiram tratamento distinto do que se aplica às empresas privadas. Assim, também, não há por que pretender que o art. 37, XXI, esbarre no art. 173, § 1º, II” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 478).

Admitindo-se, portanto, que as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas (salvo quanto ao exercício de suas atividades negociais específicas, ou seja, na prática de atos rotineiros de comércio e in

dústria, que são incompatíveis com a licitação) estão obrigadas a escolher seus contratantes mediante algum procedimento licitatório, resta saber como deverá ser tal procedimento.

Autores da maior autoridade e dignos do maior respeito entendem que a observância das normas da Lei nº 8.666/93 é obrigatória, até que seja editado o previsto estatuto das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas:

“Quanto à licitação e contratos, o artigo 37, XXI, da Constituição diz que, ressalvados casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante licitação.

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe alguma alteração na matéria de licitação e contrato referente às empresas públicas e sociedades de economia mista. Isto porque, ao alterar a redação do artigo 22, XXVII, fez remissão, com relação a tais entidades, ao artigo 173, § 1º, III; segundo esse dispositivo, a lei que definir o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e das suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços disporá sobre ‘licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública’.

Com essa alteração, abriu-se ensejo a que se estabeleça normas sobre licitação e contratos diferentes para as empresas estatais. Enquanto não for estabelecido o estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, continuam a aplicar-se as normas da Lei nº 8.666/93, já que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 394).

Essa consagrada autora destaca a distinção feita pela Constituição; afirma que a legislação ordinária poderá dar um tratamento diferenciado para as empresas em questão, mas, considerando que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável (entendimento esse do qual respeitadamente divergimos, pelos motivos e fundamentos adiante explicitados), diz que a Lei nº 8.666/93 deverá continuar sendo observada. Implicitamente, diz que a aplicabilidade da distinção constitucionalmente já estabelecida somente se dará com a edição da lei prevista no § 1º do art. 173 da CF.

Outros juristas de igual nomeada esposam entendimento um pouco diferente. MARÇAL JUSTEN FILHO concorda em que a eficácia deve promanar da “legislação infraconstitucional”, da legislação ordinária federal, mas não se restringe a uma determinada e específica lei:

“Respeitar os princípios da administração pública pode significar tanto necessidade de observar todos eles (tal como se põe com a Administração direta) como também pode ser interpretado como respeitar apenas os mais essenciais.

Enfim, a questão se resolverá no âmbito da legislação infraconstitucional” (Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativos*, 7ª ed., São Paulo, Dialética, 2000, p. 23).

Cabe destacar, entretanto, que esse mesmo renomado mestre, na mesma obra, logo adiante, destaca a inconsistência e o despropósito da aplicação das normas da Lei nº 8.666/93 às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, exatamente em face do papel que foi a elas reservada no novo cenário desenhado pelo processo de reforma e modernização do Estado:

“A disciplina das contratações administrativas deve ser compatível com o funcionamento eficiente das organizações administrativas. Logo, as entidades que desenvolvem atividade econômica não podem sujeitar-se ao mesmo regime licitatório previsto para a Administração direta e autárquica. Isso é incompatível com os próprios fins buscados por elas e acarreta frustração de sua competitividade no mercado.

É imperioso diferenciar o regime de licitações entre as pessoas integrantes da Administração Pública. A sistemática padrão da Lei nº 8.666 pode ser aplicada à Administração direta e autárquica. Também as entidades administrativas prestadoras de serviços públicos podem sujeitar-se ao mesmo regime. Mas as pessoas que desempenham atividade econômica têm de ser submetidas a regime distinto. Isso não significa liberá-las das regras sobre licitação e publicidade, mas adotar disciplina mais simples, dinâmica e compatível com a natureza da sua atuação. A sumariada formalidades no âmbito licitatório deverá ser compensada pelo incremento dos controles no âmbito de motivação e eficiência, com ampla responsabilização dos administradores por contratações despropositadas” (Marçal Justen Filho, op. cit., pp. 23 e 24).

Para que fiquem mais claros os valores, os objetivos do processo de modernização e reforma do aparelho do Estado, que tem como um dos principais princípios a implantação da chamada administração gerencial, convém ouvir o mais autorizado de seus comentadores, o então Ministro encarregado exatamente de conduzir e desenvolver tal processo:

“Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pres

supõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos.

Enquanto a administração pública burocrática concentra-se no processo; em definir procedimentos para a contratação de pessoal, para a compra de bens e serviços; e em satisfazer as demandas dos cidadãos, a administração pública gerencial orienta-se para os resultados.

Para que se proceda ao controle dos resultados, descentralizadamente, em uma administração pública, é preciso que políticos e funcionários públicos mereçam, pelo menos, certo grau de confiança. Confiança limitada, permanentemente controlada por resultados, mas ainda assim suficiente para permitir a delegação, para que o gestor público possa ter liberdade de escolher os meios mais apropriados ao cumprimento das metas prefixadas” (Luiz Carlos Bresser Pereira, “Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado”, in *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 28 e 30).

Voltando ao campo dos estudos jurídicos, merece destaque uma preciosa síntese feita por um dos mais atilados observadores e comentadores da chamada reforma administrativa:

“Em suma, cria-se uma entidade ou órgão público para satisfazer interesses públicos (finalidade), atribuindo-se-lhe poderes em tese (competência) para que sejam exercidos da forma necessária (flexibilidade) para efetivamente atendê-los em concreto (eficiência)” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 29-30).

Tendo ficado perfeitamente definido que a tônica do controle administrativo migrou dos “processos” para os “resultados” (sem, é claro, dispensar totalmente o controle dos processos) como objetivo e consequência das alterações constitucionais acima referidas, especialmente no tocante às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, é preciso, agora, enfrentar a questão da **eficácia** da norma contida no § 1º e seus incisos, do art. 173 da Constituição Federal, consignando um tratamento diferenciado no tocante aos procedimentos licitatórios.

Para que se possa deixar clara a orientação adotada no tocante ao problema da **eficácia das normas constitucionais**, recorre-se, agora, ao magistério de um dos mais respeitados publicistas nacionais que já se debruçou

sobre a questão da **aplicabilidade das normas constitucionais**, para afastar alguns mitos e construir pontos firmes de apoio:

“A classificação pura e simples das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, como bem demonstra o conceito de Cooley, quando fala em regras ‘sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei’. O próprio Ruy, no entanto, já reconhecia que ‘não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos’. Nem as normas ditas auto-aplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as ditas não auto-aplicáveis são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia, ainda que relativa e reduzida.

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma” (José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 75-76).

Deixando claro, desde já, que não existe dispositivo constitucional inócuo, pontuando que toda norma constitucional sempre tem um mínimo de eficácia, salientando que o grau de eficácia ou de aplicabilidade pode variar, JOSÉ AFONSO DA SILVA classifica as normas constitucionais, quanto à eficácia, em normas de eficácia plena, de eficácia contida e normas de eficácia limitada, passando a explicitar cada uma dessas espécies:

“Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permi-

tem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado” (José Afonso da Silva, op. cit., pp. 82-83).

Discorrendo, mais adiante, sobre esta última espécie, as normas de eficácia limitada, dentre as quais estão as chamadas normas programáticas, JOSÉ AFONSO DA SILVA dá ênfase a uma de suas características ou a um de seus efeitos imediatos:

“A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma eficácia interpretativa que ultrapassa, nesse ponto, outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei” (José Afonso da Silva, op. cit., p. 157).

É bastante consolidado na doutrina o entendimento no sentido de que toda norma constitucional é dotada de, pelo menos, um mínimo de eficácia, que nunca pode ser desconsiderado, conforme está sintética e objetivamente enfocado neste precioso excerto doutrinário:

“Não existem normas constitucionais destituídas de eficácia, embora nem todas tenham, por si mesmas, a normatividade suficiente para gerar seus efeitos essenciais, o que depende da completude da norma, da sua densidade normativa. Dessa forma, pode-se falar em normas constitucionais de alta densidade normativa, aptas a gerar, diretamente, e sem intervenção do Poder Público, principalmente, do Legislador, os seus efeitos essenciais, ao lado de normas com baixa densidade que podem, sem *a interpositio legislatoris*, gerar seus efeitos principais, visto que, em virtude de uma normatividade mínima que se encontra presente em toda e qualquer norma constitucional, sempre produzem algum efeito, apresentando um certo grau de eficácia” (Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Normas constitucionais programáticas*, RT, 2001, p. 127).

Somando-se estas últimas lições com aquelas acima traduzidas, de ANTONINO PENSOVECCHIO LI BASSI, chega-se a duas conclusões fundamentais: a) as normas constitucionais de eficácia limitada, as normas

programáticas, as normas cuja eficácia plena depende da edição de outras normas, possuem, sim, um mínimo de eficácia, servindo, no mínimo, como um vetor interpretativo, condicionando a interpretação e aplicação da legislação ordinária; b) as normas da legislação ordinária que contrariarem normas constitucionais, ainda que de eficácia limitada ou programática, perdem eficácia, perdem seu fundamento de validade, são, em síntese, inconstitucionais.

Ou seja: mesmo que a eficácia plena fique na dependência do legislador ordinário, é absolutamente certo que o mínimo de eficácia, sempre existente, impede a edição de normas da legislação ordinária que contrariem a norma constitucional de eficácia limitada e, o que é mais importante, torna inconstitucionais disposições de leis ordinárias já existentes com ela incompatíveis.

4. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

A questão fundamental objeto do presente estudo (necessidade ou não de observância, pelas empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, das normas da Lei nº 8.666/93) está diretamente ligada a problemas de interpretação das normas jurídicas. A doutrina já evoluiu o suficiente para saber que, normalmente, a lei comporta uma pluralidade de interpretações. Partindo de diferentes pressupostos ou animado por diferentes valores, intérpretes distintos podem chegar a conclusões até conflitantes.

Por isso mesmo, para se obter uma interpretação, a mais neutra e imparcial possível, é preciso valer-se de uma pluralidade de métodos interpretativos. Para se aferir a licitude ou ilicitude de determinada conduta, é preciso, também, considerar o conjunto normativo, as finalidades almejadas pela lei e o contexto fático onde ocorreu o problema em exame.

Não é possível determinar o conteúdo normativo de um dispositivo isolado. Toda e qualquer disposição normativa faz parte de um contexto. O conteúdo normativo de cada dispositivo tem limites, que fluem de outras normas, de princípios jurídicos afirmados pelo sistema jurídico ou até mesmo por princípios gerais e universais de direito. Toda norma jurídica é instrumental; visa a realização de uma específica finalidade que o sistema jurídico considera como de interesse público.

Interpretar os textos jurídicos, para aferir o real significado de seus mandamentos, não é um fim em si e nem uma atividade lúdica. O trabalho

do intérprete é instrumental ou, pelo menos, deve estar voltado para a busca da solução mais adequada e mais justa dos problemas suscitados.

Sem ousar, o direito não evolui. Mas ousar não é agir irresponsavelmente; é, sim, procurar extrair do sistema jurídico o máximo de seu conteúdo, como fundamento para a concretização de seus princípios mais importantes, de maior hierarquia, que estão muito acima de meras normas isoladas.

A primeira e mais elementar lição para quem pretende interpretar textos normativos é dada por CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Ed. Forense, 1984, p. 166):

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo”.

É essencial que o jurista conheça o sistema jurídico como um todo, para que possa dar a cada norma isolada uma interpretação inteligente, compatível com o conjunto normativo do qual ela necessariamente faz parte. Um dispositivo isolado pode comportar uma pluralidade de interpretações; examinando-se esse dispositivo à luz do contexto a que pertence, em face do sistema jurídico, é possível extrair a melhor interpretação, a interpretação mais ajustada ao específico caso em exame.

“Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos” (Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, Malheiros Editores, 1995, p. 54).

A menção feita à conformação teleológica indica a absoluta necessidade de se levar em consideração, na interpretação de um dispositivo, a finalidade por ele almejada. Algumas vezes essa finalidade está expressa no texto legal, outras vezes ela está implícita ou pressuposta e somente pode ser vista mediante um exame mais amplo e mais aprofundado, inclusive diante de dados da realidade histórica dos fatos da vida.

“A norma geral pode ser entendida, é claro, pelo sentido abstrato das palavras por ela utilizadas. Trata-se, porém, de mero entendimento prévio. Esse entendimento não exaure o âmbito da incidência normativa, pois ele só se consuma perante os fatos concretos da vida” (Voto do Desembarga-

dor Federal NEWTON DE LUCCA no MS nº 94.03.093099-3-SP – TRF, 3ª Região, publicado no Boletim AASP – nº 2043 – p. 473).

Volta-se, portanto, a enfocar a questão da finalidade, do específico interesse público a ser perseguido pela prática de determinado ato ou pela celebração de determinado contrato. Esse enfoque instrumental do direito deu força ao crescimento de um método de interpretação e aplicação do direito denominado jurisprudência dos interesses.

“A jurisprudência de interesses surgiu em reação à jurisprudência de conceitos que dominava o pensamento jurídico alemão (e francês) no século passado, e afirmava ser a lei perfeita, dela tirando-se soluções corretas para as questões judiciais, através de operações lógicas apropriadas. Como escola de cunho sociológico, a jurisprudência de interesses entende o direito em íntima correlação com a realidade social, sem afastar-se, contudo, do primado da lei como fonte do direito; dela extrair-se-iam as soluções, não por deduções lógicas, mas verificando-se os interesses que ela teve em mira proteger” (Maria da Conceição Ferreira Magalhães, *A Hermenêutica Jurídica*, Editora Forense, 1989, p. 73).

Quando se cuida de interpretar preceitos de direito administrativo, o norte há de ser sempre a satisfação do interesse público. Advirta-se, entretanto, que não compete ao intérprete ou aplicador da lei escolher, criar ou inventar um interesse público. O interesse público a ser satisfeito deve *emergir do sistema jurídico, especialmente de seus princípios* fundamentais, afirmados primeiramente na Constituição, cuja invocação ou utilização depende das circunstâncias de ordem fática, que determinarão qual a solução mais razoável entre as que seriam teórica ou abstratamente possíveis.

A interpretação concreta, portanto, não se resume a uma dedução de lógica pura, destinada a desvendar a única solução correta e verdadeira, mas, sim, conforme explica com invejável clareza CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE (*O problema dos métodos da interpretação jurídica*, RT, 1992, pp. 80 e 82) deve buscar a identificação do comportamento mais razoável:

“A lógica do razoável, aplicada à interpretação jurídica, supera aquela pluralidade de métodos. Diante de qualquer caso, fácil ou difícil, há que se proceder razoavelmente. A ciência jurídica não tem condições de eleger um método interpretativo, como o único correto. Mas em cada caso, o juiz deve interpretar a lei, segundo o método que conduz à solução mais justa entre todas possíveis, inclusive quando impertinentemente o legislador tenha ordenado um determinado método de interpretação. De sorte que o método correto é o que em determinado caso nos conduziu à

solução que consideramos satisfatória. E este método é o da lógica do razoável ou do humano”.

Afastese, de imediato, qualquer alegação de incompatibilidade entre os princípios da legalidade e da razoabilidade, em matéria de direito público, especialmente administrativo. O princípio da legalidade determina a submissão à lei, mas, conforme já foi salientado, é usual que a norma legal admita uma pluralidade de interpretações. Cabe ao intérprete e aplicador da lei optar pela interpretação mais razoável, em função das circunstâncias do caso concreto e das finalidades almeçadas.

Atualmente, além de acatar o princípio da legalidade, é preciso dar atendimento também a um outro novo e significativo princípio constitucional da administração Pública, o princípio da eficiência, introduzido no cenário jurídico nacional pela Emenda Constitucional nº 19/98, a chamada emenda da reforma administrativa, sobre o qual, em obra escrita em parceria com SÉRGIO FERRAZ, já fizemos algumas ponderações:

“A Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, conhecida como ‘Emenda da Reforma Administrativa’, trouxe profundas modificações na Administração Pública brasileira. O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultados. Essa linha de pensamento, esse novo valor afirmado pela Constituição, não pode ser ignorado pelo intérprete e aplicador da lei.

Não por acaso, aos princípios já previstos na redação original do art. 37, foi acrescentado o princípio da eficiência. É obvio que esse princípio já estava implícito. Ao torná-lo explícito, ao afirmá-lo expressamente, o que se pretendeu foi demonstrar a redobrada importância que ele passou a ter. Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência.

Isso significa que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade), cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados” (Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo Administrativo*, Malheiros Editores, 2000, pp. 77 e 78).

Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

Diante de uma dúvida a respeito de qual das possíveis interpretações deve ser aplicada, essa verificação sobe para um patamar mais alto. Tendo em vista os objetivos do presente estudo, cabe examinar, no tocante às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, qual delas melhor se ajusta aos princípios constitucionais vigentes, considerando os fatos que levaram a uma alteração dos dispositivos constitucionais pertinentes.

Essa necessidade de recorrer a níveis mais elevados, especialmente ao nível dos princípios constitucionais, é mais evidente quando se está diante de um aparente conflito entre duas leis.

No início deste estudo, ao se apresentar a questão jurídica a ser examinada, foi mencionado o caso específico da PETROBRAS. Como se recorda, a Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.1995, deu ensejo à edição da Lei nº 9.478, de 06.08.1997, em cujo art. 67 já ficava estabelecido que a PETROBRAS (empresa estatal exploradora de atividade econômica) deveria realizar suas licitações *com base em "procedimento licitatório simplificado"*, aprovado pelo Presidente da República. Aparentemente, haveria aí um conflito com a Lei nº 8.666, de 21.06.1993, que estabelece as normas gerais de licitações, de maneira obrigatória para a administração direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios.

Existe, entretanto, no cotejo dessas duas leis federais um importantíssimo elemento, uma distinção fundamental, que costuma passar despercebida. *A Lei nº 8.666/93 é uma lei nacional, enquanto a Lei nº 9.478/97 é uma simples lei federal.*

A caracterização e o significado dessa distinção somente podem ser feitos com auxílio do magistério do insuperável GERALDO ATALIBA (*Estudos e Pareceres de Direito Tributário*, RT, 1980, vol. 3, p. 16):

"Com efeito, ao Congresso Nacional incumbe editar leis nacionais e leis federais, cumulativamente. Embora sejam estas essencialmente distintas e inconfundíveis, dotadas que são de naturezas jurídicas diversas – o que as coloca em campos diferentes – difícil parece, muita vez, discerni-las, principalmente em razão da circunstância de formalmente se asse-

melharem e, sobretudo, originarem-se, por processos semelhantes, do mesmo órgão.

Há leis federais (ou da União), estaduais (ou dos Estados) e municipais (ou dos Municípios) dirigidas às pessoas na qualidade de administrados da União, dos Estados e dos Municípios e emendas dos legislativos, dessas entidades políticas, respectivamente. E há leis nacionais, leis brasileiras, voltadas para todos os brasileiros, indistintamente, abstração feita da circunstância de serem eles súditos desta ou daquela pessoa política. É que o Estado Federal brasileiro é pessoa de direito público internacional, categoria esta que nenhuma relação guarda com as eventuais divisões políticas internas. É o Brasil – Estado Brasileiro – pessoa soberana que figura, ao lado dos demais estados do mundo, no palco do direito das gentes. É a perspectiva ‘exterior’ ou de ‘efeitos exteriores’ da personalidade jurídica do Brasil (Estado brasileiro).

Deve-se, nela, entretanto, distinguir a feição ou o aspecto nacional do aspecto federal – em oposição a federado. Seus órgãos são alternativa ou cumulativamente nacionais (vale dizer, brasileiro) e federais (vale dizer, da União), pessoa que se não confunde com estado federado algum. Seus instrumentos, entre os quais a lei, não são, concomitantemente, nacionais e federais. São-no exclusivamente uma ou outra coisa.

A grande dificuldade, pois, demora-se exatamente aqui: o órgão é o mesmo – no que interessa ao nosso tema, o Congresso – e o fruto de sua ação formalmente idêntico, embora substancialmente tão diverso: lei federal e lei nacional. Leis que o Congresso edita enquanto órgão do Brasil – Estado Federal – leis da União, perspectiva de direito interno do Estado Federal”.

Diante dessas magníficas lições pode-se, agora, perceber algo perfeitamente claro e extremamente relevante: a Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais de licitações e contratos, é uma lei NACIONAL, e por essa razão, aplicável à União, aos Estados e aos Municípios; a Lei nº 9.478/97 é uma lei FEDERAL, aplicável apenas ao aparelho administrativo da União. A primeira foi editada com base na competência prevista no art. 22, XXVII, da Constituição Federal; a segunda foi editada com base na autonomia administrativa de todas as pessoas jurídicas de capacidade política que formam a Federação brasileira.

Após a promulgação da EC nº 9/95, que alterou a configuração constitucional do monopólio então detido pela União, esta foi compelida a alterar a legislação ordinária decorrente e redefinir a configuração e as atribuições da PETROBRAS. Ao fazê-lo, já em meio ao processo de moderni-

zação e reforma administrativa, no tocante às licitações, no art. 67 da Lei do Petróleo, autorizou a simplificação dos procedimentos e conferiu ao Presidente da República a competência para aprovar, por decreto, um regulamento específico.

A Lei nº 9.478/97 apenas permitiu um tratamento diferenciado à PETROBRAS e conferiu ao Presidente da República a competência para aprovar um único ato administrativo de caráter normativo aplicável apenas a uma única empresa estatal. Isso em nada afeta a Lei nº 8.666/93, que não foi revogada, mesmo que parcialmente, pela Lei do Petróleo, embora esta tenha sido promulgada posteriormente.

Se alguma dúvida quanto à constitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 pudesse ter surgido quando de sua edição, essa eventual dúvida foi totalmente eliminada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, que, conforme já foi visto, expressamente autorizou um tratamento diferenciado para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Não há dúvida alguma de que, hoje, esse artigo tem pleno e indiscutível suporte constitucional de validade.

A Lei federal nº 9.478/97 não briga com a lei nacional sobre a matéria. A Lei nº 8.666/93 continua em vigor e deve ser aplicada pela administração direta e indireta, salvo quando, como no caso da PETROBRAS, houver uma legislação específica, autorizando um tratamento diferenciado.

Registre-se, também, que a própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 119 já autorizava que entidades da administração indireta tivessem seus regulamentos próprios:

“Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial”.

A única observação a ser feita diz respeito à parte final do *caput* desse artigo, que diz: “ficando sujeitas às disposições desta Lei”. Essa parte não mais pode ser aplicada às empresas estatais que explorem atividades econômicas, pois isso se chocaria com o mínimo de eficácia do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal.

Obviamente, não tem suporte constitucional o dispositivo legal que determina um comportamento uniforme, quando o texto constitucional superveniente estabelece um comportamento diferenciado. Se ainda remanescer alguma dúvida interpretativa, a melhor interpretação certamente será aquela mais ajustada aos valores e objetivos afirmados pelas novas normas constitucionais, que foram promulgadas exatamente para atender às necessidades atuais da coletividade.

Quando vier a ser editada a LEI NACIONAL, estabelecendo normas gerais, configuradoras do estatuto das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, caberá, então, verificar se os regulamentos eventualmente existentes, editados com base em leis federais específicas, estão ou não conformes com tais normas gerais.

Mas é fora de dúvida que a falta desse estatuto não impede que a legislação ordinária específica estabeleça um regramento diferenciado, simplificado, para as licitações levadas a efeito pelas empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, desde que sejam observados os princípios da Administração Pública.

Esta expressão “observados os princípios da Administração Pública” não significa que basta atender aos princípios expressamente referidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Na verdade, devem ser observados todos os princípios da Administração Pública, tanto aqueles do art. 37 quanto outros contidos em outros dispositivos constitucionais e, ainda, os princípios doutrinários da Administração Pública.

Regulamento simplificado de licitação não se confunde com simulacro de licitação. Deverão ser observados também os princípios da licitação contidos na Lei nº 8.666/93 (e não todos os seus dispositivos). O que se pode (e se deve) fazer é simplificar os procedimentos existentes, dispensando um sem-número de particularidades e detalhes que servem somente para complicar a licitação e fomentar litígios perfeitamente evitáveis.

5. CONCLUSÕES

Toda norma constitucional é dotada de um mínimo de eficácia. Mesmo as chamadas normas constitucionais programáticas impedem a produção de normas legais com elas conflitantes e retiram o fundamento de validade de normas legais conflitantes anteriormente editadas. No mínimo dos mínimos, a norma programática deve servir como um vetor interpretativo, condicionando a identificação da melhor interpretação dentre as possíveis.

As empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, em suas licitações, podem valer-se dos procedimentos licitatórios simplificados estabelecidos ou autorizados por leis ordinárias, em face do disposto no art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal. Não pode ser inconstitucional o que está perfeitamente ajustado às normas, princípios, valores e objetivos da Constituição Federal, em sua redação atual.

As empresas estatais exploradoras de atividades econômicas que não estejam expressamente autorizadas, por lei, a se valer de regulamentos simplificados específicos, e todas as empresas estatais prestadoras de serviços públicos estão obrigadas a observar as normas da Lei nº 8.666/93.

O art. 173 da CF, em sua redação atual, já autoriza o legislador ordinário a estabelecer procedimentos simplificados para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas.

A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Caio Tácito

Doutor em Direito. Professor Catedrático e Emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Revista de Direito Administrativo. Advogado.

O direito constitucional precede ao direito administrativo. Este tem como origem a limitação de poder que se inaugura com a submissão do Estado ao princípio da legalidade. É quando a norma jurídica igualmente obriga ao administrado e ao administrador que se pode consatuir, com autonomia científica, uma área própria de conhecimento dedicada ao estudo do regime jurídico da administração pública.

No Estado absoluto a administração é um processo de gestão dos negócios públicos, sem que a ele se oponham direitos subjetivos dos administrados.

Os direitos do homem geram os deveres do Estado. Nos regimes absolutos, o administrador – veículo da vontade do soberano – é, como este, irresponsável. A administração é apenas uma técnica a serviço de privilégios de nascimento. O Estado de Direito, ao contrário, submete o poder ao domínio da lei: a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O Executivo opera dentro de limites traçados pelo Legislativo e sob a vigilância do Judiciário.

Em face dessa realidade, avulta o papel da Constituição como o código do poder, o instrumento superior no qual se discriminam as competências e se definem as atribuições com respeito às diversas funções que incumbem ao Estado. Nela se identificam, conforme o regime político adotado, as da administração na concretude dos princípios que emanam do sistema constitucional.

Ao direito administrativo cumpre traduzir na ação prática do Estado a efetividade das prestações, como das sujeições, que exprimem o conteúdo das relações de administração. Conforme a definição feliz de Benoit, o direito administrativo é o direito público do quotidiano.¹

Quando a atividade administrativa passa a operar subordinada à imperatividade de um sistema jurídico é que se pode verdadeiramente falar em autonomia do direito administrativo.

Zanobini indica como certidão de nascimento do direito administrativo a lei revolucionária de 28 Pluviose, Ano VIII (1800 no calendário gregoriano), que pela primeira vez atribuiu à administração francesa uma organização juridicamente garantida e externamente obrigatória.²

Mostra D'Alessio que a expressão "ato administrativo", de trânsito familiar na atualidade, aparece inovadoramente na terminologia da Lei de 16 Fructidor, Ano III (1796), quando interdita aos tribunais judiciários conhecer de atos da administração.³

Há, no plano histórico, uma identidade genética entre o princípio da separação de poderes – que forma o núcleo do Estado de Direito – e a especialização, no campo do direito público, de um ramo autônomo destinado especialmente ao tratamento jurídico da função administrativa.

O conceito clássico de Pellegrino Rossi, no sentido de que no direito constitucional estão os títulos dos capítulos (*têtes de chapitres*) do direito administrativo, mereceu de Berthelémy o aditamento de que "um é preferência do outro",⁴ ou, conforme a imagem de Manoel Maria Diez, "o direito constitucional é a espinha dorsal do direito administrativo".⁵

O direito administrativo é fruto, em suma, de um processo de autolimitação do Estado, na medida em que ele se institucionaliza e, por via de consequência, gera controles sobre sua própria atividade. Nesse sentido, Prosper Weil qualifica a existência do direito administrativo como uma espécie de milagre: "nascido do milagre, o direito administrativo não sobrevive senão por um prodígio cada dia renovado" porque o Estado, ao menos em teoria, "pode pôr fim, quando assim desejar, à autolimitação em que consentiu". É a força da história e a permanência da sociedade organizada

1 *Le Droit Administratif Français*, 1968, p. 3.

2 *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 1, p. 33.

3 *Diritto Amministrativo*, 3ª ed., vol. 2, p. 153.

4 *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1933, p. 2.

5 *Derecho Administrativo*, vol. 1, p. 323.

que formam a âncora em que se apóia a necessária continuidade de uma administração governada pelo direito.⁶

Porque a noção do direito administrativo pressupõe a prévia organização política do Estado é que a sua matriz remonta ao direito constitucional, ou seja, à Constituição como fonte e essência do poder público.

O objeto do direito administrativo se concentra, predominantemente, na atividade do Poder Executivo. A execução das leis que a este poder incumbe primacialmente (até mesmo por sua etimologia) tem como destinação eminente a manutenção da ordem pública e o funcionamento dos serviços públicos.

A dimensão dessa atividade, as prerrogativas que são inatas, as prestações a que deve atender, as limitações que legitimamente pode impor aos particulares, os deveres a que deve acudir em benefício do interesse geral, em suma, toda a estrutura normativa dentro da qual vai agir a discricionariedade administrativa, encontram sua moldura nos comandos superiores da Constituição, ou seja, na missão constitucional da administração.

Dessa premissa indispensável à própria existência do direito administrativo decorre outra indagação, de extrema oportunidade nos momentos atuais.

Qual é a órbita própria de uma Constituição? Qual a matéria constitucional por sua natureza?

As Constituições não são necessariamente textos codificados nem tampouco bastam, por si mesmas, para esgotar os princípios fundamentais do Estado. Não há, na Inglaterra, uma Constituição escrita, mas nem por isso deixa de existir um definido sistema constitucional, cujas origens mergulham nos séculos, sob a inspiração primeira da Carta Magna. A Constituição francesa mais recente continua a ter como complemento o preâmbulo da Constituição anterior e, mais ainda, conserva, como um de seus principais subsídios, a Declaração dos Direitos do Homem, ideário da Revolução do Século XVIII.

De certo modo, diante da diversidade das cartas modernas e da extrema variação dos modelos políticos, que traduzem um mundo que se transforma, é mais fácil dizer-se o que não pode deixar de ser constitucional, do que tentar impor limites ao âmbito das Constituições.

6 Prosper Weil, *Le Droit Administratif*, 1964, p. 68.

A Constituição brasileira do Império, refletindo a doutrina da época oferecia um parâmetro para a norma constitucional, assim conceituada no art. 178:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes públicos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.”

Desse modo, o trâmite especialmente prescrito na mesma Constituição para sua reforma quadrienal (arts. 174 a 177) não seria aplicado a não ser aos preceitos materialmente constitucionais, segundo a definição antes reproduzida.

A Constituição do Império resguardava a essência da Constituição em sua concepção clássica, e admitia pudesse a lei ordinária operar aquilo que a doutrina moderna veio a qualificar como o processo de desconstitucionalização da norma constitucional.

A sobriedade que, por essa forma, se preconizava (e da qual a Constituição norte-americana, em sua redação original, era um modelo perfeito) compatibilizava-se com as primícias do constitucionalismo, firmado nos princípios da separação de poderes e na garantia dos direitos individuais, sob o pálio dos valores fundamentais proclamados pela Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

O Estado liberal nascente, estático por natureza, tinha como dogma a contenção do poder, ou antes, dos poderes que reciprocamente se disciplinavam, nos termos da consagrada fórmula de que “*le pouvoir arrête le pouvoir*”.

Ordenada a separação dos poderes constitucionais e sua órbita própria de influência e declarados os direitos fundamentais do homem, tudo o mais se remetia à competência ordinária dos Parlamentos, legitimados pelo princípio da representação popular.

A ordem social e política do século XIX, caracterizada pela estabilidade das instituições, repousava no individualismo jurídico, na igualdade de direitos, na liberdade do comércio e do contrato.

O Estado era tão-somente o árbitro afirmativo dos direitos individuais e das liberdades públicas, em um mundo presumidamente de pessoas iguais.

A Revolução Industrial, que lança raízes em meados do século passado, começa, no entanto, a desfazer esse idílico equilíbrio, pelo confronto entre as forças do capital e do trabalho. Uma nova ordem jurídica começa lentamente a evoluir sob a pressão de uma nova realidade econômica. Um sopro reformista perpassa tanto o direito público como os institutos tradicio-

nais de direito privado. O Estado é convocado a disciplinar e conter os excessos do capitalismo e da propriedade privada, sujeitando-se aos princípios do bem comum e da justiça social. A tônica da atividade dos poderes públicos se desloca da abstenção para a intervenção.

Por via de consequência, as Constituições se enriquecem com novos capítulos dedicados aos direitos econômicos e sociais deslocando o centro de gravidade da ordem jurídica. O Estado transforma sua presença, ultrapassando a simples garantia da liberdade individual para ambicionar a eficácia da segurança social.

Essa tendência tem como contrapartida a ampliação dos serviços públicos e, por efeito reflexo, a expansão do direito administrativo, instrumento por excelência da intervenção do Estado no domínio econômico e social. Dilata-se o poder de polícia, diversificam-se as pessoas administrativas, multiplicam-se as prestações do serviço público, de tal modo que, para um grande número de indivíduos, mais grave se torna a omissão do Estado, relapso em seus deveres, do que a ação ilícita da autoridade pública.

O papel do Estado, que antes se exprimia em deveres negativos (dever de não fazer ou não perturbar) e na garantia do livre exercício dos direitos individuais, passa a assumir deveres positivos (obrigações de fazer), a que correspondem pretensões dos administrados.

Tais deveres novos têm como fonte a nova roupagem das Constituições, às quais se acrescentam títulos novos sobre a ordem econômica e social, em cujas bases a lei, o regulamento e a prática administrativa encontram alimento.

O direito administrativo adquire, por essa forma, um desafio para o rejuvenescimento de seus conceitos e dos modelos adequados às novas missões do serviço público. A administração se descentraliza com a recepção de autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas; o controle do poder discricionário se aprofunda com a valorização da finalidade na relação de administração, repudiando o desvio de poder; a regra da mutabilidade dos contratos administrativos torna mais flexível a ação administrativa ao mesmo tempo em que se generaliza o princípio da licitação; a responsabilidade civil do Estado se estende aos atos omissivos e se governa pela teoria do risco; o poder de polícia opera no sentido de tornar eficaz a função social da propriedade; o Estado se converte em empresário e chega ao monopólio de atividades econômicas essenciais.

O comando de uma nova ordem constitucional vai desembocar, em suma, em uma revisão e ampliação dos institutos de direito administrativo na medida em que a administração representa o braço operante do Estado intervencionista.

Os direitos econômicos e sociais são um prolongamento dos direitos e liberdades individuais, contemplando a pessoa humana, além de sua qualidade pessoal para garantir seus direitos de participação na sociedade, substituindo um conceito de justiça distributiva pelo de uma justiça comutativa que deve levar em conta as desigualdades, ou seja, tratar desigualmente os desiguais, nos termos da lição de Rui Barbosa.

A personalidade do homem não se esgota, porém, nos limites da individualidade. Mais do que apenas uma pessoa, ele é também um participante da comunidade, cujos problemas se refletem em sua intimidade.

Surge, assim, em tempos atuais, uma nova tendência no sentido de ampliar o círculo dos direitos humanos de modo a abranger, além dos direitos de pessoas determinadas, o largo campo de direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação comum, ou até mesmo os *interesses de grupos sociais integrados por uma pluralidade* de pessoas indeterminadas.

A vida moderna, sobretudo nos grandes centros urbanos, evidencia a importância de tais direitos sem titular certo, que, no entanto, se tornam essenciais ao bem-estar, e mesmo à sobrevivência de segmentos da sociedade.

As ofensas ao meio ambiente lesam o direito dos que nele convivem aos consumidores sobreleva a qualidade dos produtos, o controle de preços ou a disponibilidade da oferta; o livre acesso à informação isenta ou a proteção de valores históricos e artísticos são meios elementares de difusão e preservação da cultura.

Na medida em que a Constituição passe a contemplar a existência de tais direitos, cumprirá ao direito administrativo propiciar os meios satisfatórios à consecução dos princípios e normas que se endereçam, mediante prestação de serviços públicos especiais, ao atendimento de direitos e interesses multipessoais.

Tentamos esboçar, neste sumário, o fluxo de desenvolvimento do direito público que, partindo da oposição do poder absoluto mediante a afirmação de direitos e liberdades individuais, passou a defender, sucessivamente, os direitos sociais do homem, garantindo-lhe trabalho, saúde, educação e segurança contra a invalidez e o desemprego, e finalmente cuidando de imp

dir a espoliação dos recursos naturais e a violação dos bens da cultura. E certo que, em todo esse leque de garantias, o destinatário final continua a ser o homem, solitário ou em comunhão, defendido não apenas em seu patrimônio ou sua integridade física, como ainda em sua privacidade ou no direito de ser feliz. Contra a degradação da vida é que o direito opõe a força de sua tutela, visando a plenitude da fruição do bem-estar e da convivência, entendido o homem como um ser e um ente comunitário.

A Constituição é o grande painel dessa nova concepção de liberdade. E, contudo, na continuidade da administração que os direitos inscritos no plano superior da normatividade alcançam a perfeição da eficácia. A norma originária da constituição transita pela legislação derivada (leis e regulamentos) para alcançar a individualização de seus efeitos mediante a ação administrativa.

O direito constitucional e o direito administrativo se imbricam e se completam na prestação efetiva do Estado de Direito. Assim como o direito administrativo encontra suas bases no antiplano das Constituições, estas se tornarão inoperantes, como meras Cartas de princípios, sem o socorro do direito administrativo, que fará do sonho a realidade, da norma programática a efetividade da prestação administrativa, como duas faces que se completam na concretização dos ideais de justiça e igualdade social.

No momento em que a sociedade brasileira está situada no limiar de uma nova ordem constitucional, é oportuno lembrar a harmonia entre os dois pólos do direito público.

Se a Constituição não deve ser repositório casuístico e meramente simbólico de atendimento dos agudos problemas dos diversos grupos sociais, é mister que nela se prescrevam as linhas mestras da política legislativa e, ao mesmo tempo, forneçam os instrumentos aptos a que, pela via administrativa, se possa atingir o desejável desiderato da justiça social.

Por essa forma, sobre as bases constitucionais se construirá a presença do direito administrativo.

A Constituição é o grande painel dessa nova concepção de liberdade. E, contudo, na continuidade da administração que os direitos inscritos no plano superior da normatividade alcançam a perfeição da eficácia. A norma originária da constituição transita pela legislação derivada (leis e regulamentos) para alcançar a individualização de seus efeitos mediante a ação administrativa.

O direito constitucional e o direito administrativo se imbricam e se completam na prestação na prestação efetiva do Estado de Direito.

Assim como o direito administrativo encontra suas bases no antiplano das Constituições, estas se tornarão inoperantes, como meras Canas de princípios, sem o socorro do direito administrativo, que fará do sonho a realidade, da norma programática a efetividade da prestação administrativa, como duas faces que se completam na concretização dos ideais de justiça e igualdade social.

No momento em que a sociedade brasileira está situada no limiar de uma nova ordem constitucional, é oportuno lembrar a harmonia entre os dois pólos do direito público.

Se a Constituição não deve ser repositório casuístico e meramente simbólico de atendimento dos agudos problemas dos diversos grupos sociais, é mister que nela se prescrevam as linhas mestras da política legislativa e, ao mesmo tempo, forneçam os instrumentos aptos a que, pela via administrativa, se possa atingir o desejável desiderato da justiça social.

Por essa forma, sobre as bases constitucionais se construirá a presença do direito administrativo.

INTERESSE PÚBLICO EM SENTIDO MÍNIMO E EM SENTIDO FORTE: O PROBLEMA DA VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA FRENTE AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Carlos Ari Sundfeld

Professor Doutor da Faculdade de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.¹

Sumário: 1. Introdução. 2. As bases normativas da vigilância epidemiológica. 3. O confronto entre a liberdade individual e as medidas sanitárias. 4. A inviolabilidade do domicílio. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo – a intervenção estatal no exercício da função de vigilância epidemiológica – se insere em um dos capítulos mais apaixonantes do direito público: o das tensões entre a autoridade e a liberdade. Como se devem interpretar os mandamentos constitucionais de proteção da liberdade individual frente à exigência, igualmente constitucional, de proteção e defesa da saúde pública? Quais são a abrangência e os limites da atividade de ordenação da Administração Pública em matéria sanitária? É necessária legislação infraconstitucional específica para a realização do

¹ Este trabalho contém as conclusões pessoais do autor a partir dos resultados de pesquisa desenvolvida no *Centro de Pesquisas Aplicadas da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP* pelo seguinte grupo: Prof. Carlos Ari Sundfeld (coordenador), Prof. Conrado Hübner Mendes (diretor de pesquisa), alunos da Escola de Formação da SBDP Amauri Feres Saad, Carolina Martins Marinho, Daniel G. Falcão Pimentel dos Reis, Diogo de Carvalho e Matheus Parducci Camargo (pesquisadores em iniciação científica), bem como a ex-aluna Denise Vasques. O trabalho deriva de solicitação do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário – CEDISA.

controle sanitário visando à redução do risco de contrair uma doença com a dengue hemorrágica?

O problema prático da vigilância epidemiológica para prevenção de dengue é o fato de sua eficácia depender do acesso dos agentes sanitários aos ambientes privados, como habitações e estabelecimentos, para descoberta e combate dos focos do *aedes aegypti*.² Isso propõe duas questões jurídicas muito concretas. É viável constitucionalmente o Estado impor às pessoas o dever de suportar o ingresso de agentes sanitários nos ambientes privados? Qual a reação estatal possível em caso de frustração desse ingresso, seja por resistência, seja por ausência do morador?

- 2 Quanto aos desafios práticos envolvidos, valho-me de relato oriundo da Funasa Fundação Nacional de Saúde e subscrito por Fabiano Geraldo Pimenta Jr., responsável pelo CENEPI:

“A única forma de se evitar a ocorrência de epidemias de dengue consiste no combate ao vetor dessa doença, o mosquito *aedes aegypti*. Juntamente com a efetiva participação da população, o combate ao *aedes aegypti* depende, fundamentalmente, das ações empreendidas pelo poder público, destacando-se entre elas as seguintes: visitas domiciliares em todos os imóveis dos municípios, realizada pelo agente de saúde pública objetivando a eliminação dos potenciais criadouros do mosquito, educação em saúde buscando a adoção de medidas individuais que previnam a existência do *aedes* nas residências e a aplicação de larvicidas em recipientes que acumulam água e não são passíveis de eliminação; abastecimento de água com regularidade; coleta e destino adequado do lixo doméstico.

Quando o mosquito está disperso em várias regiões (bairros) de um determinado município, é imprescindível que todos os imóveis deste município (residências, comércio, prédios públicos, terrenos baldios) sejam trabalhados pelos agentes de saúde de com uma periodicidade máxima de 60 dias.

Um dos obstáculos para que essa atividade alcance o resultado esperado, ou seja, a redução da população de *aedes aegypti* a níveis inferiores a 1%, o que evita a ocorrência de epidemias de dengue, são os imóveis que estão fechados no momento da visita do agente e aqueles em que o proprietário não permite que se realize o seu trabalho (recusas).

Em municípios com infestação domiciliar significativa (normalmente maior do que 5%) e em estações do ano favoráveis ao desenvolvimento do vetor, com elevadas temperaturas e chuvas regulares, um índice de pendência (casas fechadas e recusas) em torno de 20%, que é a realidade de estados como Minas Gerais e Rio de Janeiro, pode ser suficiente para manter a transmissão de dengue, mesmo que o trabalho seja realizado satisfatoriamente nos demais imóveis.

Para melhor ilustrar essa situação exemplificamos com o caso do município do Rio de Janeiro, que tem aproximadamente 2.754.000 imóveis a serem visitados a cada dois meses e um índice de pendência médio de 20%. Isso significa que cerca de 550.000 não são trabalhados a cada dois meses, o que propicia condições para transmissão da dengue, principalmente no verão.”

A genérica atuação do Estado para promoção e defesa da saúde se dá no âmbito tanto de uma *Administração de Serviços*, por meio do fornecimento de prestações fruíveis individual ou coletivamente (serviços de saúde), quanto da *Administração Ordenadora*, que se manifesta pela imposição de deveres, positivos e negativos, condicionadores do exercício de direitos individuais, bem como pela fiscalização e sancionamento (vigilância sanitária e epidemiológica). É justamente nesse segundo campo, o da ordenação administrativa, que nosso estudo se insere.

Duas notas conceituais simples devem ser feitas a título de introdução, relativas, uma, ao *fundamento* da ordenação, a outra, a seu *limite*.

O pressuposto lógico da existência da ordenação administrativa é a aceitação da sujeição dos indivíduos à autoridade pública. Mas o que justifica o poder de sujeitar? A resposta, que outrora se buscou na religião ou na metafísica, o Estado contemporâneo vinculou à idéia de *função social*. Na conhecida formulação de Duguit: “o poder de dominação persiste sempre; mas não é um direito subjetivo de que o Estado como pessoa jurídica seria titular: é, acima de tudo, uma função social.”³ Nessa linha, o que fundamenta a sujeição individual é o proveito coletivo (o “*interesse público*”). Mas essa capacidade dominadora do geral sobre o particular é circunscrita pelo fato de os indivíduos desfrutarem de espaços individuais de ação, intangíveis pelo Estado (as *liberdades*, no sentido moderno). Assim, a sujeição individual pode ser imposta desde que respeitado o limite da liberdade individual.

Essas duas questões – a definição do *interesse público*, que justifica a atuação estatal, e a garantia da *liberdade individual*, que a limita – são, no Estado constitucional, eminentemente jurídicas. Frente a qualquer intervenção administrativa ordenadora é preciso, então, indagar se há um interesse público, normativamente definido, que a justifique, e se ela respeita o conteúdo necessário dos direitos individuais.

É esse o teste para aferição da legitimidade do ingresso, nos ambientes privados, dos agentes sanitários incumbidos do combate à dengue.

Para aplicá-lo, é preciso desde logo atentar para dois possíveis sentidos da expressão interesse público, a justificar um desdobramento conceitual: *interesse público em sentido mínimo* e *interesse público em sentido forte*. Quando o Direito atribui ao Estado o dever de cuidar de certo valor, está implicitamente definindo-o como interesse público, que legitima a

3 *Las transformaciones del derecho público*, tradução espanhola de Adolfo Posada e Ramón Jaen, 2ª ed., Madrid, 1913, p. 92.

atuação estatal (*interesse público em sentido mínimo*). Só que isso não importa necessariamente em tomada de posição da ordem jurídica quanto à prevalência desse valor sobre outros, que com ele se choquem, pois algo pode ser sério o bastante para ensejar a atuação do Estado, mas não sê-lo a ponto de justificar o sacrifício de outros bens. Quando o Direito consagra essa prevalência, pode-se falar em *interesse público em sentido do forte*. Essa expressão serve para descrever a *relação entre dois valores*, um que prevalece (o *interesse público em sentido forte*) e o que sucumbe (o interesse simples).

Vejamos, então, como esses conceitos incidem no campo da saúde pública.

2. AS BASES NORMATIVAS DA VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA

Foi a própria Constituição brasileira de 1988 quem qualificou a proteção e defesa da saúde como interesse público a ser perseguido pelo Estado. A ele incumbe “*cuidar da saúde*” (art. 23, II – competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou fazer a “*proteção e defesa da saúde*” (art. 24, XII – competência legislativa concorrente da União e Estados). Segundo a Constituição, *isso envolve, entre outras*, a atribuição de “*executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica*” (art. 200, II – competências do Sistema Único de Saúde).

E o que se entende por vigilância epidemiológica? A resposta não está, claro, na Constituição, mas na Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, editada pelo Congresso Nacional com base na competência legislativa do art. 24, XII, da CF), que assim define: “*entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças e agravos*” (art. 6º, § 2º).

As ações de vigilância epidemiológica estão reguladas pela Lei Federal nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, segundo a qual compete à autoridade de sanitária: a) “*proceder à investigação epidemiológica pertinente para a averiguação da disseminação da doença na população sob o risco*” (art. 11 *caput*); b) “*exigir e executar investigações, inquéritos e levantamentos epidemiológicos junto a indivíduos e a grupos populacionais determinados sempre que julgar oportuno visando à proteção da saúde pública*” (art. 11 parágrafo único); e c) “*adotar, prontamente, as medidas indicadas para*

controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente” (art. 12).

A Lei nº 6.259/75 foi expressa ao impor o dever de atender as imposições da autoridade sanitária destinadas ao controle de doenças transmissíveis. De acordo com o art. 13, “as pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas medidas referidas no art. 12, ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária”. A inobservância desse dever ficou submetida às consequências previstas na lei sobre infrações à legislação de saúde.⁴ De acordo com o art. 10 da Lei nº 6.437/77 constituem infrações sanitárias, entre outras, “impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis...” (inc. VII), “obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades sanitárias competentes no exercício de suas funções” (inc. X), bem assim a “inobservância das exigências sanitárias relativas a imóveis, pelos seus proprietários, ou por quem detenha legalmente a sua posse” (inc. XXIV).

Esse conjunto normativo, de nível constitucional e legal, parece à primeira vista capaz de suportar juridicamente medidas interventivas, como o ingresso de agentes sanitários nos ambientes privados. O “controle de doenças” é, segundo a Constituição, uma *missão pública*. Para viabilizar seu cumprimento, as leis conferiram às autoridades sanitárias competência para adotar “as medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente”, ficando as pessoas “*sujeitas ao controle determinado*” (Lei nº 6.259/75, arts. 12 e 13). Não há dúvida que o controle de doenças configura *interesse público* ao menos em *sentido mínimo*, já que a atuação estatal foi autorizada. Mas as normas foram além, pois conferiram ao Estado o poder de *sujeitar* as pessoas em nome do controle de doenças. Em princípio, estão presentes elementos para reconhecer a presença de *interesse público em sentido forte*.

A lei não contém um rol exaustivo das medidas inseridas na autorização,⁵ mas é clara ao definir seu escopo (o controle de doenças) e seu âmbito

4 À época esse papel era cumprido pelo Decreto-Lei nº 785, de 25 de agosto de 1969. Atualmente, o diploma aplicável é a Lei Federal nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que está em vigor com as alterações introduzidas pelo art. 12 da Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001.

5 A lei cita e regula com certo detalhe duas medidas, a *vacinação* (dentro do programa nacional de imunizações – arts. 3º a 6º) e a *notificação compulsória de doenças* (arts. 7º a 10), mas seu espectro é mais amplo, como se vê do citado art. 12 e de outros preceitos. São exemplos o art. 1º, *caput*, que atribui ao Ministério da Saúde a coordenação das “ações relacionadas com o controle das doenças transmissíveis, orientando sua execução inclusive quanto à vigilância epidemiológica, à aplicação da notificação

de incidência (os indivíduos, os grupos e o ambiente). A indicação das exatas medidas a adotar foi, pela lei, transformada em questão técnica, a ser resolvida a partir de juízos de discricionariedade técnica.⁶ Pela lógica normativa, para legitimar o ingresso compulsório em ambientes privados basta a demonstração de que se trata de medida indispensável ao controle dos vetores transmissores das moléstias infecciosas.⁷ Segundo os especia-

ção compulsória, ao programa de imunizações e ao atendimento de agravos coletivos à saúde, bem como os decorrentes de calamidade pública”, assim como o art. 2º, *caput*, de acordo com o qual “a ação de vigilância epidemiológica compreende as informações, investigações e levantamentos necessários à programação e à avaliação das medidas de controle de doenças e de situações de agravo à saúde”.

-
- 6 Essa técnica legislativa – consistente em enunciar os objetivos, sem fixar taxativamente o elenco de possíveis intervenções sanitárias – tem larga tradição entre nós, tendo sido usada no Decreto nº 68, de 18 de dezembro de 1889, editado logo após a República para tratar do “serviço de polícia sanitária e adota(r) medidas para impedir ou atenuar o desenvolvimento de quaisquer epidemias”. Seu art. 1º dispôs genericamente que “o inspetor geral de higiene tem liberdade de ação imediata, com iniciativa de execução, em todos os assuntos de saúde pública, urgentes ou regulamentados, competindo-lhe intervir direta ou indiretamente na fiscalização de todos os serviços sanitários de terra”. De outra parte, o decreto instituiu, como medidas específicas, a notificação compulsória, a desinfecção obrigatória e o isolamento nosocomial (art. 3º), bem como a vacinação obrigatória contra a varíola (art. 5º). Pouco depois, no Regulamento do Serviço Sanitário baixado com o Decreto nº 169, de 18 de janeiro de 1890, atribuiu-se à inspetoria geral de higiene “a adoção dos meios tendentes a prevenir, combater ou atenuar as moléstias endêmicas, epidêmicas e transmissíveis ao homem e aos animais” (art. 9º, III).
- 7 Registre-se que, embora a lei vigente não mencione expressamente a *visita domiciliar*, a pertinência dessa medida no contexto do controle das epidemias é historicamente admitida pelas normas sanitárias. Cite-se, como exemplo remoto, o Decreto nº 4.464, de 12 de julho de 1902, que estabeleceu “as bases para a regulamentação dos serviços de higiene de defesa na Capital Federal”, cujo art. 1º assim dispôs: “a) A polícia sanitária federal terá por objeto a averiguação dos casos de moléstias transmissíveis e o emprego dos meios adequados à extinção das epidemias e endemias, excetuados os referentes à higiene de agressão. O conhecimento dos casos ocorrentes de tais moléstias resultará da indagação e da notificação compulsória. A indagação consistirá nas visitas domiciliares em zona ou região em que aparecem casos de moléstias transmissíveis ou haja receio que apareçam. Nessas visitas a autoridade federal terá qualidade para apreciar as condições do meio em que se manifestarem as referidas moléstias e para indicar a precisa correção, quer aplicando as leis federais ou municipais, quer solicitando a quem de direito as providências extraordinárias. (...)”

listas, é esse o caso da dengue, transmitida pelo mosquito *aedes aegypti*, que prolifera em recipientes como pneus, garrafas, vasos de plantas, calhas e piscinas existentes nos ambientes privados.

Está cumprida, assim, a primeira parte do teste para aferição da legitimidade da medida, pois ela atende a um interesse público definido normativamente, na Constituição Federal e em leis no sentido formal: o de impedir a propagação das epidemias. Resta, porém, a segunda parte do teste: a medida atinge de modo impróprio o direito individual?

3. O CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE INDIVIDUAL E AS MEDIDAS SANITÁRIAS

A instituição e proteção de um *espaço de liberdade* para cada indivíduo é um dos objetivos fundantes do constitucionalismo.

Duas estratégias foram adotadas pela Constituição para implementar esse programa. De um lado, consagrou-se uma lista de direitos individuais essenciais, que não podem ser negados pela lei (ex.: direitos à vida, à liberdade de locomoção, de manifestação do pensamento). De outro, instituíram-se mecanismos de ordem formal para controle das restrições inerentes sobre os indivíduos: a reserva legal e a autorização judicial. Pela *reserva legal*, certas restrições sensíveis ficaram dependentes de previsão legal específica (o exemplo inevitável é o do art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). Algumas restrições não podem ser impostas por ato administrativo, dependendo de *autorização judicial* prévia, como nos casos da prisão (art. 5º, LXI), da expropriação (art. 5º, XXIV) e da dissolução de entidade (art. 5º, XIX).

As ações estatais no campo da saúde, conquanto atendam a objetivos públicos assumidos pela ordem jurídica vigente, com frequência são onerosas ou incômodas para os indivíduos, obrigados a agir (a notificação da ocorrência de doenças, p.ex.), a abster-se (não usar substâncias tóxicas) e a suportar interferências estatais (como a vacinação). Daí o debate sobre a legitimidade das medidas restritivas, pelo ângulo do respeito à liberdade individual. A aferição envolve a pesquisa de três aspectos: a carga ablativa da medida atinge o conteúdo mínimo de algum direito individual? Há reserva legal? É constitucionalmente viável a aplicação da medida por ato administrativo, sem autorização judicial?

A primeira questão, relativa ao conteúdo mínimo de certo direito, envolve sempre discussões constitucionais delicadas. O Supremo Tribunal Federal as vem enfrentando ao longo do tempo. Direitos individuais fre-

qüentemente invocados contra medidas sanitárias, como os da *intimidade* (art. 5º, X), *propriedade* (art. 5º, XXII) e *inviolabilidade do domicílio* (art. 5º, XI), têm sido objeto de debate na Corte.

O STF entendeu como violadora do direito à intimidade a submissão forçada de alguém a um exame laboratorial para o fim de determinar a paternidade (interesse entendido como privado), mas, na fundamentação do acórdão, ressaltou a viabilidade de outras restrições físicas determinadas pelo interesse público (como na hipótese da vacinação obrigatória).⁸ Seguindo a lógica do raciocínio, *a validade de uma medida sanitária é determinada pela importância do interesse que tutela, não pelo tipo ou grau de restrição que produz sobre o indivíduo.*⁹ Assim, o direito à intimidade não conferiria imunidade sequer frente às restrições físicas, pois estas, apesar de invasivas, seriam possíveis quando amparadas por uma causa legítima.

- 8 Trata-se do HC nº 71373-4-RS (Tribunal Pleno, rel. Marco Aurélio, j. 10.11.1999, maioria), impetrado pelo réu em ação de investigação de paternidade contra sua condução ao laboratório, debaixo de vara, para coleta de sangue destinado a exame de DNA. O relator sorteado, Francisco Rezek, votou contra o pedido, afirmando: "... direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, e nome da saúde pública. ... Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público." Ilmar Galvão aderiu nestes termos: "Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantá-la em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula". Votaram no mesmo sentido Carlos Veloso e Sepúlveda Pertence. Marco Aurélio, no voto condutor da maioria, rechaçou esse ponto de vista: "É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, de suas próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. ... Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo a busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade". Em voto também vencedor, Octávio Gallotti disse, referindo-se ao direito à determinação da paternidade: "E é um direito individual, não corresponde a um interesse coletivo, como sucederia se se tratasse de um processo criminal, ou também na hipótese, aqui aventada, de vacinação, que responde à proteção de um interesse de saúde pública". Compuseram a maioria, ainda, Celso de Mello, Sydney Sanches, Neri da Silveira e Moreira Alves.
- 9 Em princípio, serão inviáveis apenas as restrições que se choquem com o direito à vida, embora mesmo aí haja exceção: a prevista no art. 128 do Código Penal, que, em casos de gestações de alto risco, autoriza o sacrifício da vida do filho para salvar a da mãe.

Mas como aferir a existência de causa legítima para o condicionamento de um direito previsto constitucionalmente? A retórica da Corte usa recorrentemente duas expressões: *interesse público* e *poder de polícia*. Sinteticamente, as idéias são as seguintes: a) em nome do *interesse público* é viável à lei ou à Administração estabelecer condicionamentos a direitos individuais, ainda que conferidos pela Constituição; b) o Estado dispõe de um *poder de polícia* para conformar o exercício dos direitos individuais ao interesse público.

Aplicando essa formulação aos casos concretos, o STF avalia se o interesse por trás do condicionamento é relevante a ponto de merecer o rótulo de *interesse público em sentido forte*. Trata-se de uma ponderação de interesses, destinada a verificar, por um lado, a importância social da finalidade objetivada, e, de outro, a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.¹⁰

¹⁰ Nos últimos anos, a Corte vem recorrendo à noção de *razoabilidade* para fazer a apuração quanto à existência de uma causa legítima para a interferência estatal, como relata o Min. Celso de Mello, em despacho como Presidente: "A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140, rel. Min. Celso de Mello; ADIn 1063-DF, rel. Min. Celso de Mello, v.g.)" (Despacho na Suspensão de Segurança nº 1.320-9, União Federal x TRF da 1ª Região, 06.04.1999).

Como exemplo interessante de polêmica quanto ao exercício da autoridade administrativa em matéria sanitária, mencione-se caso julgado pela 1ª Câmara da Corte de Apelação do Rio de Janeiro em 1º.10.1908 (Apelação-Crime nº 509, Apelante Antônio Gonçalves Possas, Apelada Justiça Sanitária, em *O Direito*, vol. 107, p. 322, set./dez. de 1908), relativo à condenação criminal decorrente do desatendimento de intimação da autoridade sanitária para reforma em prédio, incluindo-se determinação para mudança da natureza do uso da edificação. Em seu voto vencido, contrário à manutenção da condenação, o juiz Montenegro argumentou no sentido da inadequação da exigência administrativa, *verbis*: "As atribuições, pois, que aos funcionários da higiene cometem o decreto legislativo nº 1.151, de 1904, e respectivo regulamento expedido para a sua execução, no intuito da 'vigilância e polícia sanitária' repelem o arbítrio na indicação de obras que não forem necessárias e restritamente reclamadas no interesse da 'salubridade pública' (...). A intimação por cópia a fls. 3, para a execução de obras que 'transformassem todo o pavimento térreo do prédio nº 215 da rua de S. Pedro, atualmente constituído domicílio de família' em 'armazém para fins comerciais', é uma ordem ilegal, ato de violência, que arbitrariamente transmuda o domínio, deixando, portanto, de ser obrigatória para o intimado. (...)"

Assim, p. ex., a *liberdade de profissão* pode ser limitada pela necessidade de vigilância sanitária dos bens comercializados;¹¹ a *liberdade de ir e vir* pode ser limitada pela necessidade de isolamento hospitalar em caso de doença transmissível;¹² o *direito de propriedade* pode ser limitado pela necessidade de observar as exigências administrativas de desinfecção e reparo do imóvel, fundadas na higiene pública;¹³ o *direito de posse* sobre hortas e

- 11 STF, Apelação Cível nº 1.252, Distrito Federal x Pedro Rodrigues França Leite, j. 06.05.1908 (em *O Direito*, R. Janeiro, vol. 106, p. 400, 1908). Discutia-se a proibição de comercializar carne de gado que não tivesse sido examinado em pé pelas autoridades sanitárias, proibição essa contestada como violadora do direito ao exercício profissional. Entendeu a Corte: "... a regulamentação do fornecimento de alimentação à população ... pertence exclusivamente à polícia do Estado, e são lícitas as restrições postas à liberdade de profissão, desde que se trata de serviços que devem ser executados ou fiscalizados pelo Estado."
- 12 STF, HC nº 2.642, paciente Roberto Francisco Bernardes, j. 09.12.1908 (em *O Direito*, R. Janeiro, vol. 107, p. 609, 1908). Disse o Tribunal: "Não constitui constrangimento ilegal contra Roberto Francisco Bernardes o fato de ter este, afetado de peste bubônica, sido removido para o hospital de São Sebastião, mormente quando a respeito foram observadas as prescrições da lei da higiene administrativa."
- 13 A jurisprudência nesse sentido foi firmada pelo STF a partir dos acórdãos 363, de 22 de agosto de 1900, e 372, de 13 de outubro de 1900, acolhendo o entendimento de que "o ato da autoridade sanitária praticado no alto interesse da saúde pública não constitui ameaça de turbação de posse" (a referência a esses julgados está no Agravo nº 501, Comendador Anselmo José Barbeito x Juízo Federal, j. 01.08.1903, em *O Direito*, R. Janeiro, vol. 93, p. 41, 1904). Várias decisões posteriores confirmaram essa jurisprudência, valendo menção as seguintes: a) STF, Agravo cível, Arthur Paulo de Souza x Juízo Federal da 2ª Vara, j. 08.04.1905 (em *O Direito*, R. Janeiro, vol. 98, p. 88), questionando intimação da autoridade sanitária para fazer obras em prédio, que seria violadora do direito de propriedade; pedido negado pelo Tribunal pois "evidentemente não se atenta contra a posse do agravante com as exigências da saúde pública constantes da notificação de fls. 4, compreendendo a limpeza do prédio, que aliás permanece em toda sua integridade"; b) STF, Agravo Cível nº 1.211, Antonio José da Fonseca Moreira x União Federal, j. 1º.12.1909 (em *O Direito*, R. Janeiro, vol. 115, p. 553, 1911), acórdão em que se manteve decisão denegatória de mandado de manutenção de posse requerido contra a Diretoria Geral de Saúde Pública para afastar "o ingresso da autoridade sanitária (em prédio particular) a fim de desinfecção e determinar a limpeza e os reparos necessários, de acordo com o regulamento sanitário em vigor", uma vez que "as medidas administrativas emanadas daquela diretoria não constituem turbação de posse, pois foram unicamente expedidas em virtude de atribuições legais, reclamadas pela higiene pública"; c) STF, Agravo nº 1.170, Casimiro Pereira Cotta x A Saúde Pública, j. 28.08.1909 (em *O Direito*, R. Janeiro, vol. 110, p. 264, 1909), no qual se decidiu que "a autoridade sanitária administrativa é competente para interditar prédios; contra os atos dessa autoridade não podem ser expedidos mandados proibitórios".

capinzais pode ser limitado pela necessidade de destruí-los, em benefício da saúde pública;¹⁴ a *liberdade de culto* pode ser limitada pela necessidade de respeitar a precedência de outra igreja no uso de ritos e vestes tradicionais;¹⁵

Essa doutrina não deixou, contudo, de suscitar polêmica, valendo citar parecer de Lafayette Rodrigues Pereira: “A Diretoria da Saúde não pode obrigar os proprietários a fazerem obras nos seus edifícios, a reconstruí-los, a alterar-lhes o plano. Tais atos são dominicais, isto é, de senhor e possuidor; e praticá-los a autoridade pública importa tanto como intervir no governo e administração do patrimônio particular e destarte infringir o citado § 17 do art. 72 da Constituição. Um semelhante procedimento só seria possível no regime do *Estado Socialista*, segundo o qual os indivíduos são considerados pupilos, sob a tutela do poder público, ao qual é entregue o governo e a administração da propriedade particular. A Constituição da República não ousou consagrá-lo” (em *O Direito*, vol. 97, p. 86, maio/ago. de 1905).

-
- 14 STF, Agravo nº 360, Ferreira da Silva e C. e outros x União Federal, j. 04.08.1900, em *O Direito*, R. Janeiro, vol. 84, p. 90, jan./abr. 1901. Tratava-se de agravo contra o indeferimento de mandado de manutenção de posse, pretendido para afastar a turbação causada por ato do diretor geral de saúde pública, que mandara destruir hortas e capinzais do interessado. No mérito, o Tribunal entendeu que “careciam de razão jurídica a violência e turbação de que se queixam os agravantes, porquanto: – Considerando que as medidas tomadas pela autoridade competente, de acordo com uma lei preexistente, o decreto municipal supracitado, em benefício da saúde pública, de modo algum deve ser considerado violência a nenhum direito de posse, que tenda a autorizar a ação de força turbativa; – Considerando que, se aos indivíduos fosse permitido, em tempo de peste ou guerra, semelhante remédio possessório, estaria *ipso facto* entorpecida a ação da autoridade, incumbida de velar pelo bem público; e assim – Considerando que em tais casos, aos prejudicados só é lícito pedir indenização do dano em sua propriedade, nos casos e nos termos permitidos na lei; – Assim julgando, confirmam o despacho agravado (...)”.
- 15 STF, MS nº 1.114, Igreja Católica Apostólica Brasileira x Presidente da República, j. 17.11.1949, rel. Hahnemann Guimarães, maioria (um voto vencido). Discutiu-se se a Igreja originada de um cisma da Igreja Católica Apostólica Romana podia ser impedida de funcionar, para evitar a confusão e o conflito entre ambas. O STF entendeu que sim. Dos votos vencedores dos Min. Ribeiro da Costa e Edgard Costa se pode co-lher a síntese do argumento que seduziu a maioria: Disse o primeiro: “... a questão toma aspecto simples, a ser estudado exclusivamente sob o ponto de vista do exercício do poder de polícia. Compete à autoridade policial tomar providências para impedir que adeptos de um culto venham a perturbar a ordem pública, pretendendo usar as insígnias, as práticas, os ritos, as vestes de outro culto, secularmente praticado e universalmente reconhecido”. Completou o segundo: “A liberdade de consciência e de crença, essa é, por dispositivo expreso da Constituição, inviolável e irrestrita. A liberdade do exercício do culto não é, porém, absoluta. É relativa. Subordina-se aos interesses da ordem pública, aos interesses dos bons costumes e vai até onde não interfira com a liberdade conferida ou atribuída a terceiros.”

a *liberdade de ir e vir* pode ser limitada pela necessidade de proteger a moral e os bons costumes;¹⁶ o *direito individual à preservação das tradições culturais* pode ser limitado pela necessidade de proteger os animais contra a crueldade.¹⁷ Em todos esses exemplos, a presença de valores reconhecidos pela Corte como interesses públicos em sentido forte permitiu a compressão do conteúdo potencial de direitos assegurados na Constituição.

No tocante à ação da vigilância epidemiológica no combate à dengue, a questão conflituosa é a do acesso das autoridades sanitárias aos ambientes privados. O teste para aferição de sua legitimidade deve, portanto, ser aplicado considerando o *direito à inviolabilidade do domicílio*.¹⁸

- 16 STF, Recurso no HC nº 59.518, Pleno, Francinete Soares de Castro x Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 26.08.1982, rel. Cordeiro Guerra, maioria (2 votos vencidos). Debateu-se a concessão de *habeas corpus* em favor de prostituta para garantir seu direito de fazer o *trottoir* sem ser molestada pela autoridade pública. O Tribunal negou a medida. O fundamento está resumido na confirmação de voto do relator: "... não contesto o direito de ir e vir da paciente. O que eu sustento é que não pode exercê-lo em detrimento da moral e dos bons costumes. Acho que a Constituição da República dá os parâmetros fundamentais para assegurar as normas de bem viver. E não vejo, no poder de polícia, exercitado com moderação e equilíbrio, no interesse da moralidade e dos bons costumes, nenhum constrangimento à liberdade dos cidadãos brasileiros."
- 17 STF, RE nº 153.531, 2ª T., APANDE x Estado de Santa Catarina, j. 03.06.1997, rel. Marco Aurélio (um voto vencido). *Estava em questão a proibição* da prática da farra do boi, que o STF considerou necessária, pois "não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso" (voto vencedor do Min. Francisco Rezek).
- 18 Interessante observar que, abstraindo-se o problema da inviolabilidade do domicílio, a legitimidade das medidas sanitárias também pode ser discutida pela ótica da relação entre o próprio *direito de propriedade* e a *reserva de jurisdição*, se o atendimento dos interesses da saúde pública exigir uma intervenção mais radical no próprio bem, para destruí-lo ou modificá-lo. Quando, na vigência da Constituição de 1891, empreendeu-se larga campanha sanitária, uma concepção reverente à propriedade fez com que a legislação limitasse o efeito das ordens administrativas sanitárias cujo cumprimento envolvesse "despejo, demolição, interdição, desapropriação, obras de prédio ou qualquer propriedade", bem como a "cobrança de multas e taxas sanitárias". Para todos esses casos, a "efetividade dos mandados e ordens das autoridades sanitárias" dependia da propositura de "ações e processos civis e criminais em matéria de higiene e salubridade pública", cujo conhecimento cabia ao "Juízo dos Feitos da Saúde Pública", conforme os arts. 279 a 292 do Regulamento dos serviços sanitários a cargo da União, editado pelo Decreto nº 5.156, de 8 de março de 1904, bem como o Regulamento processual da Justiça Sanitária editado pelo Decreto nº 5.224, de 30 de maio de 1904. Assim, instituiu-se uma *reserva jurisdicional* para a execução das medidas

4. A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

A Constituição de 1988 prevê, entre os direitos individuais, o da *inviolabilidade do domicílio*, nos seguintes termos: “a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, *por determinação judicial*” (art. 5º, XI). Esse direito tinha uma configuração algo distinta na Carta de 1969, como segue: “a casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, *fora dos casos e na forma que a lei estabelecer*” (art. 153, § 10).

A casa, que é objeto da proteção constitucional, foi definida pelo art. 150 do Código Penal ao tipificar o crime de violação do domicílio.¹⁹ De acordo

de intervenção na propriedade. Aplicando essa solução, o STF, no Agravo nº 841, j. 13.10.1906 (em *O Direito*, vol. 102, p. 304, jan./abr. 1907) manteve despacho do Juiz da 2ª Vara Federal, segundo o qual “(...) As esferas de ação das duas autoridades – a administrativa e a judiciária – estão neste ponto perfeita e nitidamente demarcadas. À primeira compete, nem podia deixar de competir, interditar os prédios e indicar os reparos, notificações e obras que o seu critério científico reputa indispensáveis, de acordo com os interesses da saúde pública, para que os mesmos prédios se tornem habitáveis. À segunda incumbe a execução destas medidas mediante fórmulas que se destinam principalmente a garantir a propriedade particular contra possíveis arbítrios. O mandado de fls. 12 não desconhece a competência da autoridade administrativa: tão-somente veda que ela exorbite e invada as atribuições da autoridade judiciária, executando por suas próprias mãos as notificações que expediu ao autor.”

19 O Código foi editado pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, à época da Carta de 1937, que tratava do assunto em seu art. 122, 6, limitando-se a assegurar o direito “à inviolabilidade do domicílio..., salvo as exceções previstas em lei”. A atualidade, frente à ordem constitucional de 1988, do conceito de casa cunhado pela lei penal, foi afirmada recentemente em despacho do Presidente do STF: “Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de casa, para os fins da proteção jurídico-constitucional, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de casa revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera individual e de liberdade pessoal (RT 214/409; RT 277/576; RT 467/385; RT 635/341)” (Despacho do Min. Celso de Mello – Presidente, na Suspensão de Segurança nº 1.203, Distrito Federal x TJDF, j. 08.09.1997, em *RDA* vol. 210, p. 270).

com a lei, por casa se entendem tanto os compartimentos habitados (inclusive os de habitação coletiva), como os destinados ao exercício de profissão ou atividade, desde que não abertos ao público (§ 4º). Não são casa os estabelecimentos abertos, como as tavernas e casas de jogo, e também hospedarias, estalagens e outras habitações coletivas, salvo quanto aos aposentos ocupados (§ 5º).

Aparentemente, a Constituição atual tornou mais rígido o direito à inviolabilidade da casa.²⁰ Na ordem pretérita, a lei poderia prever outros casos de ingresso forçado em domicílio alheio, estabelecendo a respectiva forma; não havia impedimento constitucional a que, se a lei o autorizasse, a medida fosse tomada por decisão administrativa auto-executória. Na Carta vigente, porém, esse ingresso depende de determinação judicial.

A previsão, constante da antiga ordem constitucional, de que a lei poderia prever casos de ingresso no domicílio, disciplinando a respectiva forma, ensejava debate quanto à existência ou não de uma *reserva legal*. O tema foi analisado no STF pela primeira vez em 1905, quando decidiu ser inconstitucional o tratamento da matéria por simples regulamento administrativo, ainda que autorizado por lei.²¹ Depois, e durante 30 anos, a partir de

20 Sobre o tema, consultar amplamente Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, S. Paulo, Malheiros, 1993, pp. 87 e segs.

21 STF, HC nº 2.244, paciente Manoel Fortunato de Araújo Costa, j. 31.01.1905 (em *O Direito*, R. Janeiro, vol. 98, p. 469). O caso ocorreu na vigência da Constituição de 1891, cujo art. 72, § 11, dispunha: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar, de noite, sem o consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei."

O Decreto legislativo nº 1.151, de 5 de janeiro de 1904, que havia reorganizado os serviços de higiene administrativa da União, conferira ao Governo competência para estabelecer "as medidas repressivas necessárias, a fim de tornar efetivas a notificação das moléstias infectuosas, a vigilância e a polícia sanitárias, e enfim todas as necessárias medidas executivas e disposições regulamentares" (art. 1º, § 1º). Com base nisso, por meio do Decreto nº 5.156, de 8 de março de 1904, o Executivo editara um regulamento dos serviços sanitários pelo qual se previu que: a) "a polícia sanitária será exercida pelos inspetores sanitários com superintendência dos delegados de saúde, em visitas sistemáticas a todas as habitações particulares ou coletivas, estabelecimentos de qualquer espécie..." (art. 84); b) "nos casos de oposição às visitas a que se referem os regulamentos da diretoria geral de saúde pública, o inspetor sanitário intimará o proprietário ou seu procurador, arrendatário, locatário, morador ou administrador a facilitar as visitas no prazo de 24 horas, recorrendo, quando a intimação não for cumprida, à respectiva autoridade policial a fim de ser realizada a visita, e impon-

1925, invocando a proteção constitucional da inviolabilidade do domicílio, entendeu pacificamente que o morador locatário não poderia ser constrangido a, no interesse do proprietário, permitir a visita do imóvel por pretendentes à aquisição, pois não havia lei que o impusesse.²² Porém, em 1955, a 1ª Turma da Corte decidiu diferentemente, com base em voto do Min. Nel-

do, ao mesmo tempo, a multa de 200\$ por desobediência à ordem legal” (art. 128); e c) “ordenada a desinfecção pela autoridade sanitária, ninguém poderá dela eximir-se, nem embarçar ou impedir sua execução, sob pena de multa de 200\$ ou prisão por 8 dias a um mês, devendo o inspetor sanitário requisitar auxílio da polícia para que a operação sanitária seja levada a efeito imediatamente” (art. 172).

O paciente, invocando a inviolabilidade domiciliar, foi ao STF contra a ordem de inspetor sanitário para franquear sua residência a fim de que se procedesse à desinfecção por motivo de febre amarela. Confirmaram-se os considerandos do acórdão: “– Considerando, porém, que a entrada forçada em casa de cidadão para o serviço de desinfecção, sendo apenas autorizada por uma disposição regulamentar, importa flagrante violação do art. 72, § 11, da Constituição Federal, o qual cometeu à lei o encargo de prescrever em que casos é permitida de dia a entrada em casa particular sem consentimento do respectivo morador; – Considerando também que não colhe o argumento de que o Regulamento de que se trata foi expedido em virtude de autorização conferida pela Lei nº 1.511, de 5 de janeiro de 1904, a qual encarregou o Poder Executivo de organizar o respectivo serviço sanitário, visto como, restringida a questão à espécie vertente nos autos, sendo função exclusivamente legislativa regular a entrada forçada em casa de cidadão nos expressos termos do mencionado parágrafo 72, não podia o Congresso nacional subdelegar essa atribuição ao Governo sem ofender a mesma Constituição Federal, que traçou a esfera do poder político; – Considerando, pois, sendo inconstitucional a disposição regulamentar que faculta à autoridade sanitária penetrar, até com o auxílio da força pública, em casa particular para levar a efeito operações de expurgos, a coação que de tal ato possa provir é manifestamente injusta, e, portanto, a iminência dela importa ameaça de constrangimento ilegal que legitima a concessão do *habeas corpus* preventivo”.

Apesar dessa peremptória tomada de partido da Corte Constitucional, Carlos Maximiliano, em suas anotações ao dispositivo, sustentou, referindo-se ao ingresso de autoridade em domicílio: “Dá-se a entrada de dia quando autorizada por lei ou regulamento administrativo” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 2ª ed., R. Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1923, p. 672).

22 O precedente mais remoto é o acórdão de 16.05.1925 (*Revista Forense* 47/110), seguido dos acórdãos de 06.07.1948 (2ª T., Rec. nº 13.377, rel. Lafayette de Andrada, em *Direito* 53/273), 20.12.1948 (1ª T., rel. Ribeiro da Costa, em *DJ* de 09.08.1950), 08.05.1951 (2ª T., RE nº 18.516-DF, rel. Lafayette de Andrada) e 12.01.1954 (2ª T., Agravo de Instrumento nº 16.557-DF, rel. Orosimbo Nonato).

son Hungria, segundo quem a lei “não permite o abuso do direito, o exercício do direito pelo só e acintoso capricho de exercê-lo. É certo que ao morador assiste o direito de excluir do âmbito de seu domicílio pessoas estranhas, mas todo direito tem limites racionais, dentro dos próprios princípios gerais da ordem jurídica, e um desses limites é, precisamente, aquele que não permite que exerça um direito além de sua necessidade prática, por mero capricho ou emulação e em detrimento de outrem”.²³ Posteriormente, acolhendo embargos a esse acórdão, o Plenário, embora dividido, restabeleceu sua jurisprudência anterior.²⁴

No regime constitucional de hoje, a primeira impressão, resultante da literalidade da norma, é que o ingresso forçado de autoridades sanitárias em ambiente privado só seria viável por determinação judicial. Sequer a lei poderia obrigar o indivíduo a suportar o ingresso sem tal determinação. Haveria, portanto, uma *reserva de jurisdição* a respeito. Será correta essa leitura?

As decisões do STF relativas a invasões, policiais ou não, com objetivos de investigação no interior do domicílio, têm sido no sentido da im-

- 23 1ª T., RE nº 27.866-DF, 04.04.1955. Votou vencido o Min. Ribeiro da Costa, amparado na jurisprudência anterior da Corte e declarando que “dentre as medidas concernentes aos direitos e garantias individuais, remanesce e perdura desde a Constituição do Império ... o princípio da inviolabilidade do domicílio, sujeito apenas às exceções da lei. Só a cláusula legal, pois, pode derogar essa garantia, limitando-se aos casos expressamente prescritos, a fim de preservar o locatário na defesa do seu lar, resguardando a intimidade de sua família, o próprio pudor desta, e, assim, opondo-se à entrada de terceiros, desconhecidos.” Em 24.01.1957, a 1ª T., no RE nº 31.137-DF, rel. Candido Mota Filho, confirmou o entendimento acolhido pela maioria no RE nº 27.866-DF.
- 24 Tribunal Pleno, Embargos ao RE nº 27.866-DF, 27.08.1957, rel. Lafayette de Andrada (4 votos vencidos). Ao que parece, a Corte não voltou depois ao assunto, pois a lei do inquilinato passou a prever expressamente o dever de o inquilino permitir a visita do imóvel. A lei atual, nº 8.245, de 18.10.1991, editada já na vigência da Carta de 1988, prevê, no art. 23, IX, entre os deveres do locatário o de “permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros, na hipótese prevista no art. 27” (isto é, de alienação do imóvel). Não consta a existência de impugnações a essa norma ao fundamento de que a Constituição vigente teria exigido ordem judicial como condição do constrangimento ao direito à inviolabilidade do domicílio, mas isso se explica porque o locador não tem meios para executar por si a pretensão de vistoriar ou visitar, de modo que a recusa do locatário conduzirá sempre à necessidade de intervenção judicial, apesar de não exigida expressamente pela lei.

prescindibilidade do mandado judicial.²⁵ Ademais, em caso no qual o Estado pretendeu, sem mandado judicial, evacuar área pública indevidamente ocupada por barracos, o Presidente da Corte Constitucional a isso se opôs, entendendo que a medida feriria o direito à inviolabilidade domiciliar dos moradores.²⁶ A tônica comum, nas hipóteses que geraram essa juris-

25 As seguintes referências da jurisprudência constitucional podem ser colhidas em Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada*, S. Paulo, Atlas, 2002, pp. 236/238: a) "... nem a Polícia Judiciária, nem o Ministério Público, nem a administração tributária, nem quaisquer outros agentes públicos podem, a não ser afrontando direitos assegurados na Constituição da República, ingressar em domicílio alheio, sem ordem judicial ou sem o consentimento de seu titular com o objetivo de, no interior desse recinto, procederem a qualquer tipo de perícia ... ou de apreenderem, sempre durante o período diurno, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público" (STF, RE nº 251.445-4/GO – rel. Min. Celso de Mello, despacho); b) "... nem a Polícia Judiciária, nem a administração tributária podem, afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. A Constituição Federal prescreve, no art. 145, § 1º, que a administração tributária está sujeita, na efetivação das medidas e na adoção de providências que repute necessárias, ao respeito incondicional aos direitos individuais, dentre os quais avulta, por sua indiscutível importância, o direito à inviolabilidade domiciliar" (STF, Ação Penal nº 307-3/DF, DJU 13.10.1995, trecho do voto do Min. Celso de Mello); c) "... a essencialidade da ordem judicial para efeito de realização das medidas de busca e apreensão domiciliar nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade do domicílio. Daí a advertência – que cumpre ter presente – feita por Celso Ribeiro Bastos, no sentido de que 'é forçoso reconhecer que deixou de existir a possibilidade de invasão por decisão de autoridade administrativa, de natureza policial ou não. Perdeu portanto a Administração a possibilidade da auto-executoriedade administrativa'" (STF, Ação Penal nº 307-3/DF, DJU 13.10.1995, trecho do voto do Min. Celso de Mello).

26 Despacho do Min. Celso de Mello – Presidente, na Suspensão de Segurança nº 1.203, Distrito Federal x TJDF, j. 08.09.1997 (*RDA* vol. 210, p. 270), do qual se colhem estes trechos: "A Carta Federal, pois, em cláusula que tornou juridicamente mais intenso o coeficiente de tutela dessa particular esfera de liberdade individual, assegurou, em benefício de todos, a prerrogativa da inviolabilidade domiciliar. Sendo assim, ninguém, especialmente a autoridade pública, pode penetrar em casa alheia, exceto (a) nas hipóteses previstas no texto constitucional ou (b) com o consentimento de seu morador, que se qualifica, para efeito de ingresso de terceiros no recinto doméstico, como o único titular do respectivo direito de inclusão e exclusão. (...) Sendo assim, nem os organismos policiais e nem a Administração Pública, afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, podem invadir domicílio alheio, sem prévia e necessária existência de ordem judicial, ressalvada a ocorrência das demais

prudência, está na individualidade das medidas e na ocorrência de algo mais do que a simples vulneração da intimidade do lar, pois em todas elas a invasão tinha como subproduto um efeito negativo para o particular: ou a produção de prova de infração penal ou administrativa, ou a perda da própria moradia.

O ingresso forçado no contexto de um programa de vigilância epidemiológica em que se busque a cobertura total (como no caso da dengue) é uma situação muito diferente. A medida é claramente geral, envolvendo todos os ambientes de uma dada região. Não há um endereço específico, nem cunho de pessoalidade. Na decisão de vistoriar não se leva em conta qualquer característica individual do morador, o qual pode permanecer no anonimato; dele nada se subtrai, contra ele nada se produz. Daí a impertinência do mandado judicial.

A exigência de prévia autorização judicial para certas interferências estatais na vida privada não é formalidade vazia. Trata-se da atribuição, ao Judiciário, do ônus de verificar a existência de fatos específicos e sérios capazes de legitimar a medida excepcional da intromissão. É uma precaução contra o abuso policial e administrativo, contra a ação sem causa individual legítima. Mas que sentido haveria no requerimento, formulado pela autoridade sanitária, de autorização judicial para ingresso forçado em todas as casas de uma cidade à cata de criadouros de mosquitos? Que exame fático caberia ao juiz?

5. CONCLUSÃO

Essas ponderações e perplexidades são suficientes para a conclusão de que o acesso compulsório aos ambientes privados pelos agentes da vigilância epidemiológica incumbidos do programa de combate à dengue não depende da autorização judicial a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição Federal. Caso, no entanto, por apego à literalidade da regra, se queira obter

exceções constitucionais. (...) O respeito (sempre necessário) à garantia da inviolabilidade domiciliar decorre da limitação constitucional que restringe, de maneira válida, as prerrogativas do Estado e, por isso mesmo, não tem o condão de comprometer a ordem pública, especialmente porque, no caso, como é enfatizado, as limitares em referência não impedem o Governo do Distrito Federal de exercer, com regularidade, o poder de polícia que lhe é inerente, circunstância esta que lhe permite adotar as providências administrativas necessárias à evacuação da área, desde que observadas as concernentes prescrições constitucionais."

essa autorização – até por cautela, visto o rigor da sanção penal contra a violação de domicílio (Código Penal, art. 150) – o requerimento poderá ser genérico, englobando a totalidade dos imóveis a vistoriar, já que a causa da medida é o combate universalizado a uma epidemia, não qualquer circunstância ligada a uma casa em particular. Não é preciso que a autoridade comprove previamente a resistência do morador, pois a causa do pedido não é a recusa, mas a necessidade de entrar.

A dúvida remanescente é quanto à suficiência ou não das leis existentes, seja para a ação administrativa direta, seja para a via mais conservadora, de pedido de autorização judicial genérica. Há em vigor, como visto, lei atribuindo às autoridades sanitárias competência para sujeitar as pessoas a medidas de controle das doenças, mas não há previsão legal específica quanto ao ingresso forçado nos domicílios. Terá essa ausência efeito proibitivo? Constatamos que o Supremo Tribunal Federal assim entendeu no passado, mas também é verdade que o fundamento dessa jurisprudência, que era a reserva legal expressa na norma constitucional sobre inviolabilidade domiciliar, desapareceu na Constituição de 1988. De modo que a questão passou a se sujeitar à regra geral de legalidade do art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual as restrições à liberdade são viáveis quando feitas “*em virtude de lei*”, não precisando ser necessariamente feitas *pela própria lei*. A legislação atual é, portanto, suficiente.

Uma última questão é pertinente. O que sucederá se um morador resistir, impedindo o ingresso dos agentes sanitários em sua casa? A hipótese se subsume à Lei nº 6.437/77, que prevê as sanções de “advertência e/ou multa” para quem “impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis” (art. 10, VII). Mas essas penalidades, se têm muitas vezes efeito dissuasório, não resolvem o problema da resistência continuada. Qual a solução?

Pela mesma lei, a imposição das sanções principia pela lavratura de um auto de infração (art. 12), com notificação do envolvido (art. 17). Se “subsistir, ainda, para o infrator, obrigação a cumprir” (como a de dar acesso ao domicílio), “será expedido edital fixando o prazo de 30 dias para o seu cumprimento” (art. 18, *caput*), podendo esse prazo “ser reduzido ou aumentado, em casos excepcionais, por motivos de interesse público, mediante despacho fundamentado” (art. 18, parágrafo único). O edital “será publicado uma única vez, na imprensa oficial, considerando-se efetivada a notificação 5 dias após a publicação” (art. 17, § 2º).

E se, passado o prazo concedido no edital, insistir o morador em sua recusa obstinada? Aí sim poderá ocorrer a “execução forçada”, ou, se a

Administração o preferir, “a imposição de multa diária, arbitrada de acordo com os valores correspondentes à classificação da infração, até o exato cumprimento da obrigação, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação vigente” (art. 19).

É inevitável a constatação quanto à pouca utilidade dessa execução forçada, no contexto de um programa de combate à dengue envolvendo milhares de imóveis, em toda uma região ou cidade. O procedimento é, reconheça-se, longo, oneroso e, por isso, caro. Dificilmente se poderá ver na execução forçada o instrumento para tornar efetiva a cobertura total; será, quando muito, mecanismo pedagógico, a empregar seletivamente, para efeito publicitário. Só que talvez o nó não esteja na complexidade desse procedimento, que de resto pode ser abreviado por lei, mas na impropriedade da violência como instrumento de universalização de programas públicos.

Aí o desafio da eficácia terá de ser vencido mesmo com as velhas estratégias da ameaça de sanção – e a multa, sanção econômica, é nesse caso muito mais capaz de intimidar – e da campanha pelo engajamento cívico.

COMPETÊNCIA URBANÍSTICA MUNICIPAL E COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE TELECOMUNICAÇÕES: INTERFERÊNCIAS

Celso Antônio Bandeira de Mello

Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Constitucional e de Ciência Política.

1. O art. 24, I, da Constituição Federal estabelece que compete à União, concorrentemente com Estados e Distrito Federal “*legislar sobre direito urbanístico*” (art. 24, I, da Constituição Federal). Sem embargo, consoante preceptivo do § 1º, a titulação da União, ali prevista, é unicamente para expedir “*normas gerais*” às quais, conforme estatui o § 2º, haverão de se conformar a legislação estadual ou distrital editada para suplementá-las. À falta delas, entretanto, os Estados exercerão competência plena “*para atender a suas peculiaridades*”, como estabelece o § 3º. Contudo, sobrevindo ditas normas, fica suspensa a eficácia da legislação estadual no que lhes for contrária. É o que dispõe o § 4º. Registre-se ser também da alçada da União, a teor do art. 182, § 4º, expedir a lei “federal” *que defina os termos segundo os quais fica facultado ao Poder municipal exigir do proprietário do solo urbano não edificado, mediante lei própria e específica para área incluída no Plano Diretor (também este aprovado por lei municipal), que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de* consequências previstas nos incisos I a III do mesmo dispositivo.

2. De par com as precitadas competências legislativas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, compete ao Município, a teor do art. 30, I – e já agora privativamente – expedir as normas urbanísticas que sejam de “*interesse local*”. Também lhe compete “*suplementar a legislação federal e estadual no que couber*”, conforme previsto no inciso II deste mesmo artigo. Acresce, ainda, que, a teor do inciso VIII, assiste-lhe, outrossim, “*promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*”.

Finalmente, em decorrência do art. 182, “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes”.

Eis, pois, que as competências mais significativas em matéria urbanística, na prática, são as do Município. Aliás, basta uma leitura do chamado Estatuto da Cidade, ou seja, da Lei Nacional nº 10.257, de 10.07.2001, expedida para regular os arts. 182 e 183 da Constituição, para se perceber que tal reconhecimento, nela, está claramente expressado.

3. É óbvio que as assinaladas competências das diferentes pessoas jurídicas têm que se harmonizar, de sorte a não haver um pisoteamento de umas sobre outras ou um entrechoque que as contraponha. Uma vez mantidas cada qual na respectiva esfera que lhes foi assinalada pela Constituição, adscrevendo-se todas ao campo de ação que lhes corresponde, elas são compatibilizáveis. Com efeito: “Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos”, sintetizou CARLOS MAXIMILIANO. E logo além: “Sempre que descobre uma contradição, deve o hermeneuta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos textos ao parecer inconciliáveis...” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Ed. Forense, 1995, p. 134).

Dessarte, por muito difícil que seja – e muitas vezes o é – o exegeta não pode deixar de estabelecer uma composição entre normas oriundas destas diferentes esferas jurídicas (União, Estados, e Municípios) para que convivam sem se desautorizarem reciprocamente.

No Texto Constitucional há indicações claras apontando, ao menos, os vetores interpretativos que se deve obedecer para deslinde da questão.

4. Viu-se que, em se tratando de “normas gerais”, a competência é da União. Uma vez que as leis são sempre (ou quase sempre) normas gerais, há de se entender que quando o Texto Constitucional menciona “normas gerais” está a demandar algo além da generalidade que é comum a quaisquer leis, verificação óbvia que não espanca a notória dificuldade, ainda hoje irresoluta, para se proceder a uma identificação precisa do que sejam normas gerais.

Relembre-se inicialmente lições de GERALDO ATALIBA, ao tratar, em estudo profundo, das normas gerais de direito financeiro e tributário previstas na Carta de 1967 e mantidas na Carta de 1969, dita Emenda nº 1 à referida Carta. De acordo com o referido jurista deveriam ser consideradas como normas gerais tão-somente as que previnem conflitos entre as pessoas de direito público e as que preenchem lacunas constitucionais insuscetíveis

de serem supridas pelas próprias pessoas de direito público interessadas (“Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios”, *RDP*, vol. 10, pp. 45 a 80).

5. Nós mesmos ensaiamos algumas diretrizes para qualificação das normas gerais, apontando que são gerais as que, ao contrário das outras, veiculam *apenas*:

“a) Preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria. Isto é: daquelas que produzirão a ulterior disciplina específica e suficiente, ou seja, indispensável, para regular o assunto que foi objeto de normas apenas “gerais”.

Segue-se que não serão caracterizáveis como disposições veiculadoras de normas gerais as que exaurem o assunto nelas versado, dispensando regramento sucessivo. É claro, entretanto, que o dispositivo que formula princípios ou simples critérios não perde o caráter de norma geral pelo fato de esgotar os princípios ou critérios aplicáveis, visto que nem uns, nem outros, trazem consigo exaustão da disciplina da matéria sobre a qual se aplicam.

b) Preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o País, por se adscreverem a aspectos nacionalmente indiferenciados, de tal sorte que repercutem com neutralidade, indiferentemente, em quaisquer de suas regiões ou localidades.

Segue-se que não serão normas gerais aquelas que produzem consequências díspares nas diversas áreas sobre as quais se aplicam, acarretando, em certas áreas, por força de condições, peculiaridades ou características próprias da região ou do local, repercussão gravosa sobre outros bens jurídicos igualmente confortados pelo Direito” (*Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Malheiros Ed., 2002, pp. 473/474).

JOSÉ AFONSO DA SILVA aponta como conteúdo possível das normas gerais **de direito urbanístico** da alçada da União, “aquelas que, expressamente mencionadas na Constituição, fixem os princípios e diretrizes para o desenvolvimento urbano nacional, estabeleçam conceitos básicos de sua atuação e indiquem os instrumentos para sua execução” (*Direito Urbanístico Brasileiro*, 3ª ed. revista e atualizada, Malheiros Ed., 2000, p. 64).

Tomando em conta estas indicações até agora feitas, nota-se que a competência da União relativa à expedição de normas gerais de direito urbanístico dificilmente se confundirá, em algum caso, com o campo competencial de Estados e Municípios. O mesmo se dirá no que atina às atribuições legislativas da União supostas no art. 182, § 4º.

6. Quanto às competências estaduais na matéria, também são discerníveis das competências municipais, normalmente sem dificuldades de grande monta, porque, como disse o precitado JOSÉ AFONSO, são propostas a “estabelecer normas de coordenação dos planos urbanísticos no nível de suas regiões administrativas, além de sua expressa competência para, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” (op. cit., pp. 55/56).

7. Em vista do que até agora se disse resulta perceptível que nem União, nem Estados, fixam normas urbanísticas “intramunicipais”, mas apenas normas que contemplem aspectos “intermunicipais”. Segue-se que, naquela intimidade o que vai sobrelevar é a competência do Município. A este é que assistirá expedir as licenças para ocupação do solo urbano municipal (art. 30, VIII: “controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”), sempre que dita ocupação esteja conforme às leis municipais que a regulem.

Nada obstante, cabem aqui algumas importantes anotações para que se possa melhor gizar a extensão de liberdade que o Município terá ou, dito pelo reverso, para encarecer algumas constringências a que estará sujeito para não se incompatibilizar com competências alheias.

8. Desde logo, é certo que legislação da alçada da União ou dos Estados, ao incidir sobre matéria estranha ao direito propriamente urbanístico, pode, entretanto, repercutir neste campo. Em tais casos a legislação edilícia ou urbanística do Município não poderá trazer consigo violação ou amesquinamento daquilo que resulta de lei ou ato federal ou estadual legitimamente exarados, pois circunscritos à temática sobre a qual podiam dispor e tenham disposto em termos comedidos. Vale dizer, as normas municipais pertinentes terão de manter compatibilidade com o que em outra esfera haja sido regularmente disposto.

Tome-se como exemplo imediatamente visível a legislação estadual que fixasse uma determinada cubagem mínima de ar como o piso de salubridade tolerável para compartimentos habitáveis. Disto resultaria a impossibilidade da legislação edilícia municipal admitir que nas plantas das habitações uni ou plurifamiliares fossem aceitos como dormitórios compartimentos cujas reduzidas dimensões acarretassem uma cubagem de ar inferior à estabelecida na legislação sanitária estadual.

9. Similarmente, sendo de competência *privativa* da União, consoante dispõe o art. 22, IV, da Constituição Federal, legislar sobre *telecomunica-*

ções, daí decorre que são obrigatórias em todo o País – e não podem ser dispensados ou agravados por disposição estadual ou municipal – as normas que nesta esfera sejam regularmente expedidas no que concerne aos *correspondentes equipamentos e respectivos requisitos de segurança* quanto aos *padrões considerados necessários e suficientes para preservação da saúde humana e salubridade ambiental*.

Ademais, posto que o art. 21, XI, do Texto Constitucional dispõe competir à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”, *compreende-se que a outorga que faça de tais serviços não pode ser, diretamente ou por vias transversas, impedida, frustrada, tornada ineficaz ou desnecessariamente perturbada em decorrência de lei estadual ou municipal*. Dessarte, é incensurável a Lei Federal nº 8.919, de 15.07.1994, de acordo com a qual ao “permissionário de qualquer serviço de radiocomunicação é assegurado o direito de instalação da respectiva estação, bem como do necessário sistema ou conjunto de antenas, em prédio próprio ou locado, observados os preceitos relativos às zonas de proteção de aeródromos, heliportos e de auxílio à navegação aérea”, “obedecidos os princípios técnicos inerentes ao assunto e observadas as normas de engenharia e posturas federais, estaduais e municipais aplicáveis às construções, escavações e logradouros públicos”.

10. Uma vez que a telefonia móvel celular é serviço de telecomunicações e seu funcionamento pressupõe instalação de estações rádio-base, a concessão, efetuada pela União, de serviços de telefonia celular traz *consigo a qualificação da concessionária no direito de efetuar as necessárias instalações* cujos requisitos técnicos, *inclusive no que concerne à obediência aos padrões de salubridade em vista da emissão de radiações*, evidentemente são definidos na esfera da União e de ninguém mais.

A expedição pela União do ato concessivo, ou quando for o caso da permissão ou autorização, confere desde logo ao beneficiário a correspondente titulação que o habilitará ao exercício da atividade em causa, para cujo desempenho independerá de aquiescência de qualquer outra pessoa jurídica de direito público.

É de meridiana clareza que os sujeitos competentes para definição dos padrões técnicos de segurança e de salubridade pessoal ou ambiental relacionados com radiações oriundas de estações rádio-base (ERB's) são as pessoas jurídicas ou órgãos encartados na administração direta ou indireta da União aos quais dita competência haja sido atribuída nos termos da

legislação federal pertinente. Aliás, em matéria de radiação, consta que a ANATEL adotou os limites preconizados pela Organização Mundial de Saúde. Ditos padrões impõem-se obrigatoriamente para Estados e Municípios, os quais, à toda evidência, não podem minorá-los nem agravá-los. Ou seja, quanto a tais aspectos não há espaço para legislação estadual ou municipal. Assim, serão *inconstitucionais* se incidirem sobre o referido tópico em descompasso com o disposto pelo Poder Público federal.

Dessarte, é visível que descabe a edição de lei municipal ou estadual para regular distâncias sobre o ponto de radiação de antena transmissora e a divisa do imóvel ou sobre a base desta e as divisas do lote, maiormente se o fizerem de maneira discrepante daquela que resulte das normas técnicas federais atinentes à garantia da salubridade circunvizinhante.

Em suma, conquanto seja livre de qualquer dúvida ou entredúvida que a instalação de estações rádio-base (ERB's) se assujeita às disposições urbanísticas municipais, também é livre de dúvidas ou entredúvidas que ditas normas do Município *terão de atender a parâmetros de razoabilidade* e jamais poderão ser fonte de impedimento à aplicação de normas regularmente editadas nas órbitas federais ou estaduais, assim como menos ainda poderão *se constituir em obstáculo inarredável* à produção de efeitos de atos regularmente expedidos nas esferas da União ou dos Estados.

11. As atividades de telecomunicações se exercitarão em diversos pontos do território nacional e, obrigatoriamente, na intimidade do espaço territorial de um Município, por ser este a menor unidade geográfica político-administrativa em que se encontra dividido o País. Assim, instalações físicas, como as ERB's, demandadas para o desempenho do que haja sido autorizado, concedido ou permitido, haverão de sediar-se em território municipal.

Se o Município desfrutasse da prerrogativa de concordar ou não com a possibilidade de serem efetuadas tais instalações, é óbvio que a palavra definitiva sobre as conseqüências efetivas das referidas autorizações, concessões ou permissões ficaria retida em suas mãos. Já não seria a União, como quer o Texto Constitucional, quem decidiria sobre a real concreção de tais atos, porquanto estes ficariam na pendência de uma aquiescência municipal. Ora, as competências irrogadas à União no art. 21 não são o enunciado de palavras fátuas; não podem ser havidas como outorga de poderes inseqüentes, isto é, despojados do atributo de produzir, por si mesmos, as repercussões concretas na realidade em função das quais são exercitados.

A entender-se de outro modo, seria forçoso concluir que, na matéria, a esfera de atribuições da União teria de concertar-se com as decisões municipais, pena de se tornar inoperante na vida real, isto é, inapta a produzir os efeitos pretendidos pelos atos em que se traduzem.

É óbvio que ninguém sufragaria entendimento que abicasse em disparate de tal ordem. Evidentemente, na outorga pelo Poder Federal das habilitações previstas no artigo 21, XI, está implícito que não poderão ser antepostos, por quem quer que seja, mediante lei ou mediante ato administrativo, obstáculos frustradores do sentido prático, objetivo, daquelas decisões da União.

12. Certamente por força de suas atribuições em matéria urbanística, o Município poderá disciplinar a utilização dos espaços urbanos e, pois, estabelecer condições a serem atendidas por quaisquer sujeitos que os queiram ocupar. Aliás, a própria Lei nº 9.472, de 16.07.1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações, as ressalva, embora reportada a normas sobre construção e utilização de espaços em “logradouros públicos”. De fato, seu art. 74 estatui que “a concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção e à instalação de cabos e equipamentos em *logradouros públicos*”.

Daí, entretanto, como é hialinamente claro, não se segue que, a título de fixar dito regramento, possa erigir empecos que representem, *in concreto*, para os titulados pela União como autorizados, concessionários ou permissãoários de serviços de telecomunicações, a inviabilização física, técnica ou econômica, do **direito** de utilizarem os espaços imprescindíveis para implantação de equipamentos que neles se tenham de instalar para a adequada prestação da atividade em vista da qual foram regularmente qualificados pelo poder federal.

Isto significa que, embora a legislação municipal possa estabelecer normas preordenadas a assegurar adequada utilização dos espaços urbanos, de maneira, inclusive, a que sejam respeitados critérios até mesmo estéticos, sobretudo em áreas nobres, não poderá fazê-lo de molde a tornar proibida em determinadas zonas a instalação de equipamentos – como as ERB’s, por exemplo – se nelas necessitarem se ubicar por razões de ordem técnica, sob pena de comprometimento da adequada prestação do serviço, sobretudo nos casos em que seja obrigatório, perante o Poder concedente, alcançar determinados padrões ou metas de qualidade.

Pelos mesmos fundamentos jurídicos aduzidos, também não são admissíveis disposições municipais, estabelecidas em lei ou em atos subalter-

nos, como os provenientes do Executivo, que, mesmo não se apresentando como um impedimento direto à instalação dos sobreditos equipamentos, abíquem transversalmente em resultado igualmente obstativo, por via de exigências tão onerosas que a inviabilizem *economicamente* ou a tornem *excessivamente gravosa*, alterando de modo significativo os custos que estariam implicados se não houvera tais exigências.

Ante as considerações óbvias de que as habilitações deferidas pela União em matéria de telecomunicações produzem efeitos por força própria, decorre que não ficam assujeitadas à concordância do Município em conferir-lhes condições de efetiva produção de efeitos práticos. Evidencia-se, então, igualmente, que os sujeitos a quem o Poder Federal outorgue tais habilitações **têm direito** ao exercício das sobreditas atividades, no que está evidentemente implicado, a utilização dos meios para tanto imprescindíveis.

13. Ora, se há, pois, *direito* ao exercício das atividades em causa e, conseqüentemente, à utilização dos meios e equipamentos que lhe são inerentes, segue-se, por derivação lógica irrefragável, que o Município não dispõe de aptidão jurídica para, a seu critério, isto é, *discricionariamente*, deferir ou indeferir licenças para instalação dos equipamentos em apreço. Deveras, se a autoridade municipal pudesse, ao seu libido, invocar razões de interesse público *para outorgar ou denegar licenças* de instalação, nela é que estaria retida a aptidão jurídica para ensejar ou obstaculizar as atividades de telecomunicações. Em suma, a União ficaria a depender de um *nihil obstat* editado pelos Municípios, conclusão esta que ninguém da área jurídica, em seu juízo normal, encamparia.

Assim, é forçoso reconhecer que o Município não tem *competência discricionária* para livremente aquiescer ou denegar a instalação de ERB's. Antes e pelo contrário, uma vez atendidos os normais requisitos da legislação urbanística, está, de direito, obrigado a aquiescer em que sejam instaladas dentro de perímetros nos quais, por razões de ordem técnica, devam obrigatoriamente se alocar para o bom funcionamento do serviço a que estão prepostas. Portanto, trata-se de ato vinculado.

Com as expressões “discricionário”, “discricionariedade”, estamos a significar *margem de interferência subjetiva do administrador* na decisão a ser tomada. Negando a existência dela na apreciação relativa à expedição de licenças para instalação de ERB's, estamos a afirmar que o Município não pode outorgar ou negar licença para que sejam instaladas mediante critérios subjetivos. Sua decisão quanto a isto terá de estar assentada no contraste entre normas jurídicas descritivas de uma *situação objetivamente*

reconhecível e a pretensão formulada pelo sujeito titulado para o serviço de telecomunicação celular, de tal sorte que se este se encontrar conforme à legislação será obrigatória a expedição da licença, tal como seria obrigatória sua denegação no caso de desacordo com a lei. Em suma: o que está em pauta é um ato vinculado.

Se inexistir lei municipal específica contemplando as estações rádio-base, tendo em vista que o Município não poderia obstar o funcionamento de um serviço de telecomunicações concedido pela União – o que ocorreria se fossem negadas licenças para instalação das ERB's – a solução será aplicar as disposições legislativas municipais que se aplicam à generalidade das edificações, atendendo-se as normas existentes no que concerne a coeficientes de edificação e taxas de ocupação.

Em tal caso, ainda que seja menos evidente a ausência de liberdade administrativa, mesmo assim, havendo, como há, direito do concessionário instalar a ERB em área onde seja tecnicamente indispensável para a correta prestação do serviço, tudo se resumirá em atender *exigências razoáveis* que a Administração haja estabelecido com base nas disposições gerais sobre o direito de edificar previstas na legislação urbanística. Vale dizer: a outorga ou denegação da licença não serão jamais decisões tomadas meramente com base em um entendimento do administrador sobre ser ou não conveniente que se instalem ERB's na área.

14. Firmados estes pontos, outrossim se exhibe como conclusão inadversável a de que a expedição de licença municipal para instalação de ERB's no local tal ou qual não pode ser, nem mesmo pela legislação do Município, condicionada a manifestações concordantes dos moradores da área ou de suas circunvizinhanças.

Com efeito, uma vez assente que os titulados a serviços de telecomunicações têm **direito** a desenvolver as correspondentes atividades e que tal direito abrange como consectário lógico inafastável o de instalar as ERB's dentro dos perímetros em que, por razões de ordem técnica, necessitem se ubicar, resulta que ninguém, seja ou não vizinho de tais locais, poderia validamente sufocá-lo. É do mesmo modo claro que, se fosse aceita tal possibilidade, os atos que a Constituição atribuiu à União passariam a ter sua eficácia jurídica e fática pendente da concordância deste segmento dos moradores locais, com manifesta violação da competência federal na matéria, porquanto na Lei Maior inexistente qualquer clausulamento desta natureza.

15. As estações rádio-base são edificações, isto é, torres com implementos. Assim, os atos municipais que liberam suas instalações têm a mesma natureza daqueles que liberam as edificações em geral. Vale dizer:

ainda que expedidos sob outra designação (autorização, permissão ou qualquer outro) são verdadeiramente *licenças de edificar*, ou seja, atos notoriamente vinculados e que uma vez emitidos **perfazem atos jurídicos perfeitos e geram direito adquirido**.

Deveras, edificações para prestar serviços de telecomunicações por todo um largo período da concessão não se erigem com propósitos precários, mas se fazem com ânimo de permanência, além de envolverem dispêndios obviamente incompatíveis com precariedade. Ademais, não é a licença que compõe o direito a edificar. Este precede a edificação. Apenas o exercício de tal direito é que está condicionado a um ato administrativo cuja função específica é conferir se há ou não há conformidade entre a edificação pretendida, isto é, a ereção da estação rádio-base, e os condicionamentos normativos a que está sujeita. Em suma: a licença é ato que remove obstáculo ao **exercício** de um poder jurídico preexistente mas cuja atuação está condicionada a uma conferência administrativa.

16. É bem de ver, portanto, que o deferimento de licença nada tem de precário. Com efeito, a voz “precário”, reportada ao ato administrativo, significa provisório, cancelável a qualquer tempo, instável. É evidente que um ato cognitivo de direito nada pode ter de precário, de instável, de provisório.

Daí haver HELY LOPES MEIRELLES enunciado, com propriedade, a diferença existente entre os alvarás de licença, atos definitivos e os de autorização, atos precários, nos seguintes termos:

“O alvará pode ser definitivo ou precário: será definitivo e vinculante para a Administração quando expedido diante de um direito subjetivo do requerente como é a edificação, desde que o proprietário satisfaça todas as exigências das normas edilícias; será precário e discricionário se a Administração o concede por liberalidade, desde que não haja impedimento legal para sua expedição, como é o alvará de porte de arma ou de uso especial de um bem público. O alvará definitivo consubstancia uma licença; o alvará precário expressa uma autorização” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 6ª ed. atualizada, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, pp. 111/112).

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, o eminente professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, professa lição em que sublinha os mesmos traços, ao dizer:

“A primeira, a licença, de caráter vinculado envolve direito subjetivo oponível à própria Administração, a última, autorização ou permissão, eminentemente discricionária é precária e revogável” (*Direito Administrativo Didático*, 1978, p. 252).

17. De resto, seria simplesmente absurdo imaginar-se precariedade na licença para construir, tanto em face de seu caráter meramente aferidor de um direito preexistente, quanto à vista dos relevantes efeitos patrimoniais que são envolvidos com base neste ato administrativo. Deveras, uma vez obtida a licença, o interessado investe recursos de monta. Sem abalançar-se a riscos descomedidos, ninguém alocaria importâncias de tomo, assumindo a álea de suportar prejuízos de assinalado porte.

Conseqüência, então, do quanto se vem de dizer é a de que as licenças de edificar, porque retratam atos jurídicos perfeitos e conferem direito adquirido, não podem ser afetadas por legislação superveniente que altere os termos dantes vigorantes para expedi-la. Assim, as licenças já emitidas para instalação das ERB's, mesmo que hajam sido deferidas sob a denominação de "autorizações" ou de "permissões" ou sob qualquer outra nomenclatura, não serão afetadas na hipótese de sobrevir legislação ulterior que regule diversamente a matéria.

18. De toda sorte, tendo em vista a quantidade de problemas suscitados pela instalação de estações rádio-base, a solução mais adequada para implantar segurança jurídica na matéria seria a expedição, pela União, de norma geral capaz de prevenir conflitos de competência entre os diversos titulados para legislar sobre matéria urbanística e para compor diretrizes que, na ausência de legislação municipal específica para as sobreditas estações, fornecessem critérios seguros para desate da questão.

19. Assim, podem ser sumuladas umas tantas conclusões ao cabo das anotações precedentes. A saber:

I – Em matéria urbanística, a competência da União é restrita à expedição das chamadas "normas gerais" (art. 24, § 1º, da Constituição Federal), portanto, normas que fixam princípios, critérios e diretrizes gerais, que fornecem a caracterização básica dos instrumentos urbanísticos e que previnem conflitos de competência legislativa entre as pessoas jurídicas de capacidade política. Compete-lhe, outrossim, a expedição da lei prevista no art. 182, § 4º, da Lei Maior, para definir os termos segundo os quais o Município poderá exigir do proprietário do solo urbano não edificado e sito em área incluída no Plano Diretor que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de conseqüências previstas nos incisos I a III do mesmo dispositivo.

Já a competência dos Estados e do Distrito Federal, previstas concorrentemente com a da União no art. 24, com os suplementos delineadores dos parágrafos 1º a 4º, tem sobretudo por objeto, como bem o disse JOSÉ AFONSO DA SILVA, "estabelecer normas de coordenação dos planos

urbanísticos no nível de suas regiões administrativas, além de sua expressa competência para, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

A competência urbanística do Município, privativa no que concerne aos assuntos de interesse local (art. 30, I), comporta, ainda, a suplementação da legislação federal e estadual (inciso II) e se destina a “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (inciso VIII). Assim, os Municípios exercem as competências urbanísticas mais relevantes em termos práticos, pois enquanto os outros sujeitos fixam normas preocupados com os aspectos “inter” ou “supramunicipais”, estes disciplinam os tópicos mais concretos e diretos da matéria, isto é, os “intra” municipais.

Uma vez mantidas cada qual na respectiva esfera que lhes foi assinalada pela Constituição, adcrevendo-se todas ao campo de ação que lhes corresponde, elas são compatibilizáveis, uma vez que, conforme o exposto, ainda que todas versem matéria urbanística, possuem objetos discerníveis.

II – As competências municipais para legislar sobre matéria urbanística sofrem indiscutíveis limitações jurídicas decorrentes do exercício, por União e Estados, de competências de outra ordem que lhes sejam pertinentes. Em tais casos a legislação edilícia ou urbanística do Município não poderá trazer consigo violação ou amesquinçamento daquilo que resulta de lei ou ato federal ou estadual legitimamente exarados, pois circunscritos à temática sobre a qual podiam dispor e tenham disposto em termos comedidos. Sirva de exemplo legislação estadual que fixasse como piso de salubridade para compartimentos habitáveis uma determinada cubagem mínima de ar. Disto resultaria a impossibilidade da legislação edilícia municipal admitir que nas plantas das habitações uni ou plurifamiliares fossem aceitos como dormitórios compartimentos cujas reduzidas dimensões acarretassem uma cubagem de ar inferior à estabelecida na legislação sanitária estadual. Similarmente, sendo de competência privativa da União, consoante dispõe o art. 22, IV, da Constituição Federal, legislar sobre *telecomunicações*, daí decorre que são obrigatórias em todo o País – e não podem ser dispensadas ou agravadas por disposição estadual ou municipal – as normas que nesta esfera sejam regularmente expedidas para regular os correspondentes equipamentos e seus requisitos de segurança quanto aos

padrões de radiação considerados necessários e suficientes para preservação da saúde humana.

III – É procedente o entendimento de que à União e unicamente a esta esfera governamental é que assiste competência para definir os padrões técnicos de segurança e de salubridade pessoal relacionados com radiações oriundas de estações rádio-base, excluindo-se, portanto, a possibilidade de terceiros fixarem para elas, em função de radiações, recuos ou afastamentos.

IV – A concessão federal de serviços de telefonia celular é, em si mesma, suficiente para assegurar ao concessionário o direito à instalação de ERB's (necessariamente em território municipal) na conformidade de exigências técnicas impostergáveis para o adequado funcionamento do sobredito serviço. Assim, o Município não pode, em nome do interesse local, contrapor-se a isto.

V – O Município não pode, em nome de sua competência reguladora e ordenadora do uso e ocupação do solo, proibir a instalação de ERB's em determinadas áreas, como nas estritamente residenciais. Assim também, não pode estabelecer condições que abíquem transversamente em resultado igualmente obstativo, como ocorreria se impusesse exigências que as inviabilizassem *economicamente* ou as tornassem *excessivamente dispendiosas*, alterando de modo significativo os custos que estariam implicados se não houvera tais exigências.

VI – A emissão da competente aquiescência para a instalação de ERB's por parte do Município – falece ao Estado tal competência – não é ato discricionário, mas vinculado ao disposto na lei regeadora da espécie. Se inexistir lei municipal específica contemplando as estações rádio-base, tendo em vista que o Município não poderia obstar o funcionamento de um serviço de telecomunicações concedido pela União – o que ocorreria se fossem negadas licenças para instalação das ERB's – a solução será aplicar as disposições legislativas municipais que se aplicam à generalidade das edificações, atendendo-se as normas existentes no que concerne a coeficientes de edificação e taxas de ocupação. Em tal caso, ainda que seja menos evidente a ausência de liberdade administrativa, mas, havendo, como há, direito do concessionário instalar a ERB em área onde seja tecnicamente indispensável para a correta prestação do serviço, tudo se resumirá em atender *exigências razoáveis* que a Administração haja estabelecido com base nas disposições gerais sobre o direito de edificar previstas na legisla-

ção urbanística. Vale dizer: a outorga ou denegação da licença não serão jamais decisões tomadas meramente com base em um entendimento do administrador sobre ser ou não conveniente que se instalem ERB's na área.

VII – A legislação municipal não pode fazer com que a expedição de licenças para instalação de ERB's fique na dependência de manifestação concordante dos moradores das vizinhanças.

VIII – Legislação superveniente, estadual ou municipal que modifique os requisitos para instalação de ERB's não pode afetar a situação das que já estejam instaladas com base em atos municipais precedentemente expedidos, pois isto implicaria ofensa a atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos.

IX – Ante a multiplicidade de pessoas tituladas para emissão de normas urbanísticas e a freqüente ausência de normas municipais específicas sobre a instalação de ERB's, a alternativa jurídica mais adequada para solucionar os problemas daí derivados, com vistas a se obter a necessária segurança jurídica, seria a edição, pela União, de norma geral capaz de prevenir conflitos de competência entre os diversos titulados para legislar sobre matéria urbanística e para compor diretrizes que, na ausência de legislação municipal específica para as sobreditas estações, fornecessem critérios seguros para desate da questão.

NOVOS INSTITUTOS CONSENSUAIS DA AÇÃO ADMINISTRATIVA

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Doutor pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (hoje UFRJ). Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes. Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Professor da EMERJ. Professor Conferencista da American University (Washington, DC, USA), da Georgetown University (Washington, DC, USA), da Universidad Complutense de Madrid (Madrid, Espanha) dentre outras instituições acadêmicas internacionais. Pós-graduação em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador-Geral do Estado da Guanabara.

Sumário: 1. As bases. 1.1. Consenso e civilização – As excelências da ação consensual no desenvolvimento das sociedades e a justa medida da coerção. 1.1.1. O papel do consenso na evolução das culturas. 1.1.2. O papel do consenso no desenvolvimento. 1.1.3. O monopólio da coerção e o modelo de convivência que veio a caracterizar o Estado-Nação. 1.2. Um pequeno histórico da administração imperativa à administração consensual – A democracia chega à Administração Pública: 1º) Os direitos fundamentais; 2º) A subsidiariedade; 3º) A participação e 4º) A Constituição como norma. 1.2.1. Surgimento do conceito liberal de função administrativa do Estado, ao lado das funções legislativa e judicial. 1.2.2. Evolução assimétrica das três funções estatais, evidenciando-se a remanescência das características autoritárias do *ancien régime* no ramo administrativo e o desequilíbrio nas relações sociedade e Estado. 1.2.3. A recuperação dos valores humanísticos e liberais com o surto democrático iniciado no segundo pós-guerra e os quatro vetores dessa mudança: 1º) Os direitos fundamentais; 2º) A subsidiariedade; 3º) A participação e 4º) A Constituição como norma. 1.2.4. Os direitos fundamentais como fatores determinantes na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado na política e direito contemporâneos. 1.2.5. A subsidiariedade e a redistribuição dos papéis do indivíduo, dos grupos sociais secundários e das instituições políticas. 1.2.6. A participação se adensa em consequência das novas relações entre sociedade e Estado. 1.2.7. A contribuição do conceito de Constituição como ordem de valores e a estrutura jurídica das novas relações entre sociedade e

Estado. **1.3.** A redefinição teórica do interesse público no estado democrático de direito. **1.3.1.** O conceito de interesse público passa de obstáculo a aspecto essencial da administração pública por consenso. **1.3.2.** Histórico da redefinição: o conceito de interesse público antes do Estado de Direito, no Estado de Direito e no Estado Democrático de Direito. Graus de comprometimento da ação do Estado com a vontade da sociedade. **1.3.3.** O interesse público no constitucionalismo de resultado: da eficácia à efetividade. **1.3.4.** Reavaliação das relações sob os critérios postos pelos direitos fundamentais e pelos instrumentos da participação processualizada. Da relação de supremacia à relação de ponderação. **1.4.** A participação pública no Estado Democrático de Direito: a eficiência como fim e o processo como meio. **1.4.1.** Ainda a participação. Atuação impulsionadora da ação do Estado (escolha democrática de opções políticas) maximizadora da ação do Estado (exigência democrática finalística da eficiência). **1.4.2.** A participação e a processualidade como seu inafastável instrumento democrático. **2.** Eclode a administração consensual. **2.1.** Expansão da admissibilidade do consenso na administração pública – Das modalidades contratuais às não-contratuais. **2.1.1.** O consenso como instrumento de ação estatal. Uma classificação das modalidades pela natureza jurídica das prestações: o contrato e o acordo. **2.1.2.** A reduzida admissibilidade histórica do contrato e a expansão de sua admissibilidade como instrumento de ação administrativa pública. **2.1.3.** A expansão do pacto no Direito Administrativo contemporâneo com a admissão de vários tipos de acordo como modalidades não-contratuais. **2.2.** Os três gêneros da administração pública consensual: a decisão consensual, a execução consensual e a solução de conflitos consensual. **2.2.1.** Uma classificação das modalidades consensuais da administração concertada segundo a natureza da função e o resultado administrativo visado, em face dos interesses públicos a serem promovidos, satisfeitos ou recuperados. **2.2.2.** Intensidade da atuação consensual: o consenso como coadjuvante e como determinante da ação administrativa. **3.** Gêneros e espécies de administração consensual. **3.1.** O consenso na tomada de decisão administrativa – Exemplos de espécies: plebiscito, referendo, coleta de opinião, debate público, audiência pública, assessoria externa, co-gestão e delegação atípica. **3.1.1.** O consenso como elemento *coadjuvante* da formação da vontade administrativa. Exemplos de espécies: coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa. **3.1.2.** O consenso como elemento *determinante* da formação da vontade administrativa. Exemplos de espécies: plebiscito, referendo, audiência pública, co-gestão e delegação atípica. **3.2.** O consenso na execução administrativa – Exemplos de espécies: contratos administrativos de parceria e acordos administrativos de coordenação. **3.2.1.** A execução associada com sua característica sinérgico-sociopolítica de potenciar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços. **3.2.2.** A execução associada por *contrato* e a sinergia da *parceria*. Espécies de contratos administrativos. **3.2.3.** A execução associada não-contratual por *coordenação* e sua sinergia. Modalidades: a cooperação e a colaboração. Execução mista: por *cooperação* e por *colaboração*. Exemplos de espécies de acordos administrativos: convênios, acordos de programa, *joint ventures* públicas e conferências de serviços.

3.3. O consenso na prevenção de conflitos administrativos – Exemplos de espécies: comissões de conflito e acordos substitutivos. 3.3.1. A prevenção consensual de conflitos e suas características e excelências sócio- políticas. Extensibilidade das soluções. 3.3.2. Espécies: as comissões de conflito e seu papel antecipatório e regulatório; os acordos substitutivos e sua natureza jurídica. 3.4. O consenso na composição de conflitos administrativos – Exemplos de espécies: conciliação, mediação, arbitragem, ajustes de conduta e similares. 3.4.1. A composição administrativa consensual de conflitos e suas características e excelências sociopolíticas. Extensibilidade das soluções. 3.4.2. Espécies: a conciliação, a mediação, a arbitragem, os acordos substitutivos, os ajustes de conduta etc. 4. Conclusões. 4.1. Consensualidade enquanto princípio e suas possibilidades 4.1.1. A consensualidade enquanto princípio e sua inferência constitucional. 4.1.2. Fomento público, subsidiariedade da coerção e a construção de um Estado de Justiça.

1. AS BASES

1.1. Consenso e Civilização – As Excelências da Ação Consensual no Desenvolvimento das Sociedades e a Justa Medida da Coerção

1.1.1. O papel do consenso na evolução das culturas

A determinação dos indivíduos, dos grupos sociais bem como a das nações, a que se agregam os respectivos meios de expressão – físicos e psíquicos – gera o **poder** de que dispõem para atingir a seus objetivos.¹

É do emprego construtivo do poder em todos os seus níveis – pessoal e coletivos – que resulta a paulatina formação dos acervos de instituições que, em seu conjunto, conformam as várias **culturas** as quais, em certas circunstâncias, desabrocham em **civilizações**.

No processo formador de culturas e de civilizações, o dinamismo do poder comporta dois tipos de relações cratológicas: a **cooperação** e o **antagonismo**.

O **antagonismo**, que leva aos confrontos de poder, aos conflitos e às guerras, tem na competição a mola do progresso, mas é uma forma eticamente pobre, pois não raras vezes cobra um alto preço em vida e valores humanos. Por isso, desenvolveram-se imemorialmente instituições desti-

¹ O poder tem a antigüidade do homem e sempre exerceu fascínio, atração, assombro e medo, sendo, por isso, considerado, junto com o amor, por um de seus tratadistas clássicos, ADOLFO A. BERLE, “um dos mais velhos fenômenos das emoções humanas”. (V. nosso *Teoria do Poder*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 33.)

nadas a realizar a **prevenção** e a **composição dos conflitos**, para que deles se pudesse retirar os benefícios da competição sadia, ou seja, minimizando o agonal e maximizando o arquetônico.

Mas, por outro lado, está na **cooperação** o tipo de relacionamento que possibilita a coordenação de diversas expressões de poder para o atingimento de fins comuns, desenvolvendo virtudes sociais como a **tolerância** e a **confiança**, possibilitando a concertação de vontades e o surgimento do **consenso**: o tema central deste ensaio.²

1.1.2. O papel do consenso no desenvolvimento

A moderna literatura sociopolítica sobreleva o papel das instituições do consenso na construção de sociedades livres, em substituição aos sistemas que se fundavam fortemente nas instituições de comando.

É certo que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades humanas mas também é certo de que não é suficiente para que elas progridam livremente, de modo a permitir o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais.

Por outro lado, a **desconfiança**, que leva à divergência, porque deriva do instinto de sobrevivência, é inata, ao passo que a confiança, que conduz à convergência, surge no plano da consciência e exige um nível de refinamento cultural na medida em que as instituições vão criando fatores comportamentais que atuem reduzindo as inibições e, ao revés, promovam a ativação de uma etologia do desenvolvimento.³

Em resumo, essa hipótese de trabalho se assenta na idéia de que o desenvolvimento sustentado de povos e de civilizações “*reside na confiança acordada à iniciativa pessoal, à liberdade explorativa e inventiva*”, embora reconhecendo a contrapartida de limites e de deveres.⁴

2 *Consenso*, no sentido psicológico, é a coincidência de sentimentos; no sentido sociológico é a coincidência de propósitos e no sentido jurídico, que lhe confere DE PLÁCIDO E SILVA, é a coincidência na “manifestação de vontade” (*Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, vol. II, p. 520).

3 Acompanha-se, quanto à etologia comparada do desenvolvimento, as lições de ALAIN PEYREFITTE em sua vigorosa contribuição à sociologia do desenvolvimento: *La Société de Confiance*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995, especialmente pp. 11 a 23.

4 Obra supracitada, p. 15.

1.1.3. O monopólio da coerção e o modelo de convivência que veio a caracterizar o Estado-Nação

Os modelos políticos antigos raramente abriam espaços a essa fundamental e necessária liberdade individual e, por isso, não eram propícios à formação de pólos de consenso na sociedade; ao contrário, fundavam-se na concepção oposta, de que era necessária a existência de um pólo de poder dotado de suficiente concentração de poder para impor comportamentos e assegurar uma convergência fundada na coerção.

Ainda assim, foram esses modelos antigos que serviram de base para a criação do modelo renascentista do Estado-Nação, que até hoje, embora com muitas alterações, é o que se perpetua na organização política dos povos, mantendo-lhe as características de imperatividade. Como sua orientação germinal não foi a busca do consenso, mas a imposição da coerção, explica-se a mult centenária evolução desse modelo, passando pela importante mudança novecentista do **Estado de Direito**, de corte iluminista, para chegar, na segunda metade do século passado, ao **Estado Democrático de Direito**, nele já se podendo distinguir, dentre sua plêiade de princípios de inspiração libertária, um **princípio do consenso** em construção, que pode ser sumariamente definido como o **primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado**.

Inaugura-se, assim, uma era de relações paritárias entre esses dois protagonistas da cena política, mas precisamente entre os **cidadãos** e a **Administração**, como a seguir se desenvolve.

1.2. Um Pequeno Histórico da Administração Imperativa à Administração Consensual – A Democracia Chega à Administração Pública: 1º) Os Direitos Fundamentais; 2º) A Subsidiariedade; 3º) A Participação e 4º) A Constituição como Norma

1.2.1. Surgimento do conceito liberal de função administrativa do Estado, ao lado das funções legislativa e judicial

A desagregação do exercício do poder estatal concentrado no soberano, que produziu originariamente três complexos de funções autonômicas, desde então designadas como “poderes”, por metonímia, foi uma auspiciosa

dádiva das três revoluções liberais: a **inglesa**, que afirmou a instituição parlamentar como sede autônoma do exercício da função legislativa; a **americana**, que criou um sistema judiciário com garantia de autonomia para o exercício da função judicial; e a **francesa**, que transferiu do rei a uma burocracia autônoma o exercício da função administrativa.

1.2.2. Evolução assimétrica das três funções estatais, evidenciando-se a remanescência das características autoritárias do *ancien régime* no ramo administrativo e o desequilíbrio nas relações sociedade e Estado

Mas, enquanto, a partir do legado inglês, a evolução da função legislativa e a da função judicial assinalavam uma crescente harmonização entre a sociedade e o Estado, pavimentando nos últimos duzentos anos o desenvolvimento de uma sólida teoria de **direitos fundamentais** e do primado da **cidadania**, de modo discrepante, a função administrativa ainda manteria, durante muito tempo, a postura imperativa herdada dos tempos do absolutismo, mostrando-se impérvia à absorção de valores liberais e democráticos, só cedendo no curso do século vinte, graças à evolução metodológica do Direito e do Direito Administrativo em particular.⁵

Assim é que coube ao **Direito Administrativo tradicional** suprir com uma brilhante elaboração doutrinária e jurisprudencial esse déficit liberal e democrático dos sistemas políticos do Estado de Direito, restabelecendo o equilíbrio real entre as três funções tradicionais e seus respectivos complexos orgânicos, os assim chamados três poderes do Estado e, mais do que isso, buscando a paridade das relações entre o Estado-administrador e o cidadão-administrado.

A abertura proporcionada, desbastando o poder de império que havia ficado concentrado no ramo executivo do Estado, possibilitou, entre outros aperfeiçoamentos, o exame do **mérito** do ato administrativo, imprescindível para o controle do correto exercício da discricionariedade; a **processualização** da ação administrativa, em benefício da segurança das relações entre

5 Entre outras contribuições críticas sobre os aspectos aqui tratados, vale consultar o trabalho de JOSE EUGENIO SORIANO GARCÍA, *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, Bolonha, Publicação do Real Colégio de Espanha, 1993, especialmente seu Capítulo 2, sob o título: *Los fundamentos históricos del Derecho Administrativo: la Revolución Francesa y sus consecuencias para nuestra disciplina*.

os entes públicos e privados; e a desmitificação do conceito positivista de **interesse público**, até há pouco formulado em tese em termos absolutos, para que se considerassem, em cada hipótese, a concorrência de outros valores, iguais ou supraordinados, em termos de ponderação.

1.2.3. A recuperação dos valores humanísticos e liberais com o surto democrático iniciado no segundo pós-guerra e os quatro vetores dessa mudança: 1º) Os direitos fundamentais; 2º) A subsidiariedade; 3º) A participação e 4º) A Constituição como norma

Foi, contudo, sob o influxo dos dramáticos acontecimentos que marcaram a Segunda Guerra Mundial e das conquistas prodigalizadas pela Revolução das Comunicações, que a sociedade se mobilizou para varrer definitivamente os restolhos do antigo regime, que até então parecia ter apenas substituído o poder do rei pelo poder absoluto do Estado, mantendo o imenso distanciamento da sociedade que caracterizava a relação com súditos.

Esse **súdito**, com a ressurreição democrática do Segundo Pós-Guerra, logo transformar-se-ia em **cidadão**, dando-se a recuperação dos valores liberais dormitantes e dos valores democráticos substantivos; encerrava-se um período em que tanto o liberalismo quanto a democracia estavam limitados e comprometidos pelo decisionismo político e pelo formalismo jurídico.

Com as novas democracias, emergentes da catástrofe bélica, afirmavam-se quatro vetores principiológicos: os **direitos fundamentais**, a **subsidiariedade**, a **participação** e a **Constituição como ordem de valores**.

1.2.4. Os direitos fundamentais como fatores determinantes na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado na política e direito contemporâneos

A **inspiração libertária** dos **direitos fundamentais**, à feição francesa, surgida no século XVIII como reação à concentração do poder real, embora importante, foi insuficiente para servir de base às novas relações entre sociedades abertas e democráticas e Estados igualmente abertos e limitados, não apenas pela legalidade como também pela legitimidade e pela licitude no emprego do poder.

A **inspiração igualitária**, que tanto enriqueceria o rol dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, também ficaria muito a

dever, como hoje é reconhecido, ao trabalho de grandes juristas, que pavimentaram com valores permanentes e universais os sendeiros que seguiriam os Direitos de seus respectivos países.⁶

1.2.5. A subsidiariedade e a redistribuição dos papéis do indivíduo, dos grupos sociais secundários e das instituições políticas

Este segundo vetor, dos quatro destacados, atua como reorganizador não apenas das relações aqui tratadas, entre sociedade e Estado, como de todas as relações internas entre entidades e órgãos que dele se vão desdobrando em um processo contínuo de desmonopolização do poder. Com a subsidiariedade ocorre, assim, uma nova e mais dinâmica aplicação do luminoso princípio da separação de poderes, hoje, mais apropriadamente, relido como separação de funções autônomas.

Em síntese, atende-se ao princípio da **subsidiariedade** sempre que a decisão do poder público venha a ser tomada da forma mais **próxima** possível dos cidadãos a que se destinem.⁷ Tal proximidade visa a garantir que o órgão administrativo considerará sempre em suas decisões: primeiro, que sejam respeitados os direitos e iniciativas dos cidadãos e das entidades privadas; segundo, que qualquer intervenção administrativa só se produza em caso de inexistência ou insuficiência da iniciativa individual ou social; terceiro, que neste caso, a intervenção só se dará na medida indispensável para atender ao interesse público legal e legitimamente definido; e, quarto,

6 Vale transcrever aqui, do administrativista maior da latinidade, EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, e de TOMAS RAMON FERNANDEZ, as palavras com que resumem a importância da contribuição do direito dos juristas, mesmo enfrentando tempos politicamente difíceis e os encastelamentos dos radicalismos ideológicos:

"Es un hecho... que las obras clásicas de los grandes juristas mantienen un valor permanente, por encima de los cambios legislativos, incluso, aún más, por encima de los respectivos derechos nacionales; lo cual no es sino una consecuencia de que esas obras alumbran o explicitan principios institucionales permanentes, no caducables con el cambio de las normas escritas que ocasionalmente los reflejan, directamente o aún por vía de contraste y oposición" (Curso de Derecho Administrativo, 5ª edição, Madri, vol. I, p. 75 – nosso destaque em negrito).

7 Cf. as *Conclusões do Conselho Europeu de Edimburgo*, de 12 de dezembro de 1992, referidas ao Princípio de Subsidiariedade: enfoque geral de aplicação, pelo referido Conselho, deste princípio e do art. 3º do Tratado da União Européia (*Gazeta Jurídica de la CEE*, B-81, jan./fev. de 1993, p. 63).

que outros entes ou órgãos administrativos menores não tenham condições de agir com eficiência.

Assim, nas atuais sociedades humanas, que deixaram de ser **uniclasse** e monolíticas ou divididas em duas ou poucas classes sociais e com quase nenhuma mobilidade interna, como no passado, para se tornarem sociedades **pluriclasse** e de alta mobilidade, somente a aplicação desse princípio pode proporcionar as condições para um atendimento diversificado e, por isso mesmo, adequado, das plúrimas necessidades que demandam satisfação coletiva pelos meios atribuídos ao Estado.

1.2.6. A participação se adensa em consequência das novas relações entre sociedade e Estado

A efetiva aplicação dos dois vetores tratados – o dos direitos fundamentais e o da subsidiariedade – dependerá do grau de aproximação e de homogeneidade entre as reivindicações da sociedade e a atuação administrativa, ou seja, em última análise: a **legitimidade** da ação do poder público.

A solução da democracia indireta, em que representantes eleitos poderiam decidir sobre todas e quaisquer políticas públicas, salvo as que tivessem sido constitucionalmente definidas, é falha, porque parte de uma **presunção de legitimidade**, mas a evolução em curso para uma democracia direta ou semidireta, conforme a hipótese decisória de que se cogite, passa a depender da **participação cidadã**, aberta, assegurada e incentivada pelo Estado.

A doutrina italiana, por certo pelo pioneirismo da inserção constitucional explícita do princípio da participação,⁸ tem tratado o tema da **legitimação** extra-representativa como uma *nuova democraticità*, que se caracteriza pela legitimação imediata, contemporânea à administração, e pela criação de uma nova categoria de fontes normativas de aplicação administrativa; um fenômeno ainda em aperfeiçoamento e que, por isso, se ressent de difícil sistematização sob critérios positivistas clássicos ainda cabalmente superados e, também, por esse motivo, de difícil hierarquização nos esquemas rigorosamente kelsenianos.

Nessas condições, o procedimento passa a ser, por via de regra, a nova e dinâmica forma de dar legitimação democrática imediata à ação

⁸ Art. 3 da Constituição da Itália de 1948.

administrativa, sem intermediação política ou com um mínimo indispensável de atuação dos órgãos legislativos, e, do mesmo modo, através do procedimento, a abertura à participação de interessados, conduzindo à tomada de decisões não apenas as casuísticas, mas as gerais e, nesta hipótese, com a produção de regras igualadoras com aplicação a todos os que se encontrem nas mesmas circunstâncias reguladas.⁹

1.2.7. A contribuição do conceito de Constituição como ordem de valores e a estrutura jurídica das novas relações entre sociedade e Estado

Um dos grandes avanços do constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra, consolidando alguns dos vetores apresentados e tantos outros mais, de magna importância na estruturação do Direito Público contemporâneo, foi a reintrodução de uma **ordem de valores** como alicerce constitucional.

Essa **revolução metodológica** apoiou-se em notáveis subsídios doutrinários, como, desde logo, os lançados por KARL LARENZ¹⁰ em 1960, tempo em que ensinava na respeitável Universidade de Munique, para não deixar de destacar este extraordinário mestre de gerações. Não obstante criticada pela **abertura a referências metafísicas**, foi essa a necessária ruptura com uma metodologia fria e anquilosada, mas sobretudo descomprometida com a legitimidade, que permitiu, em seus desdobramentos dogmáticos subseqüentes, que se alcançasse o conceito, hoje reconhecido como mais adequado e difundido, de **repositório ordenado de valores fundamentais** (*Grundwerte*) o que, para alguns autores, já estaria até em simultâneo processo de universalização e de “personalização” para se tornar fundamentalmente um **repositório ordenado de direitos fundamentais** (*Grundrechte*).¹¹

9 No mesmo sentido, versando esses dois tópicos – procedimento e participação – como momento de legitimação da administração pública, o recente e bem travejado trabalho de IGNAZIO MARIA MARINO, *Aspetti della Recente Evoluzione del Diritto degli Enti Locali*, Palermo, Ed. Quattrosoli, 2002, pp. 91 e segs.

10 *Methodenlehre*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 1960.

11 JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 163 e 164.

Está claro que essa reavaliação do constitucionalismo não só elevou a importância dos princípios, que até então eram tidos pelo positivismo jurídico apenas como um grau mais elevado de generalização das regras, ao patamar de uma **categoria normativa autônoma e dotada de um sistema de eficácia próprio**, como possibilitou que o Direito Constitucional contemporâneo conquistasse novos e elevados parâmetros de efetividade.¹²

Essa ordem constitucional dilargada e travejada sobre valores, com suas lídimas expressões jurídicas, que são os princípios, teve o mérito de incorporar o Direito Administrativo e, por assim dizer, o **constitucionalizar**, com imensa vantagem para o cidadão e para o conjunto da sociedade, pois esse *upgrading*, elevando à máxima hierarquia normativa a proteção de seus direitos, inibiria que a legislação ordinária introduzisse exceções que não estivessem previstas na Carta Política.¹³

A reestruturação do Direito Público e, especialmente, do Direito Administrativo teria ainda mais uma importante consequência com o travejamento constitucional da **legitimidade** e da **licitude** (moralidade): uma abertura enriquecedora possibilitada a partir da ideação do Direito como um sistema normativamente fechado mas cognitivamente aberto e, por isso, apto a receber os conceitos provenientes de outros ramos do saber e, assim, a renovar-se permanentemente, afastando o “espectro de sua degenerescência”.¹⁴

Em suma, o constitucionalismo contemporâneo não invade a área da filosofia dos valores, como alegam seus críticos, mas, ao contrário, ampliou-se suficientemente ao ponto de permitir que valores sociais, econômicos e culturais, em geral, passassem a ser autopoieticamente absorvidos na or-

12 Para exame detalhado do fenômeno da busca da *efetividade constitucional*, a monografia, já clássica, de LUIS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, e para aprofundamento, todo o item 7, do Cap. II, da Parte II desta obra.

13 Umberto Allegretti di-lo bem: “*Il rapporto Costituzione-amministrazione è biunivoco in fatto, ma nell’ordine dei valori – che è l’ordine del diritto! – è l’amministrazione che deve conformarsi ai principi costituzionali e non può essere il quadro costituzionale a piegarsi al modo di essere dell’amministrazione*” (*Amministrazione Pubblica e Costituzione*, Milão, CEDAM, 1996, pp. 10 e 11).

14 NIKLAS LUHMANN, *apud* JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO, *op. cit.*, pp. 173 e 174.

dem constitucional, do que resulta uma nova e sempre renovável feição nas relações entre sociedade e Estado.

1.3. A Redefinição Teórica do Interesse Público no Estado Democrático de Direito

1.3.1. O conceito de interesse público passa de obstáculo a aspecto essencial da administração pública por consenso

A vinculação ao **interesse público**, mais do que uma noção orientadora de uma das modalidades de atuação do Poder Público no cumprimento de sua destinação administrativa, consolidou-se, ao longo de dois séculos, como um dogma, capaz de inibir não apenas a possibilidade de controle do mérito administrativo ante sua invocação preemptória, como de constituir-se em um intransponível obstáculo à admissibilidade de qualquer negociação entre Poder Público e cidadãos em instância administrativa sobre a melhor maneira de realizar-se o seu atendimento. Vencida a primeira barreira, posta ao **controle**, no século vinte, toca ao século atual superar a segunda.

Ocorre que essa superação já vinha de há muito desenhada no âmbito pactual relativamente à admissibilidade da figura do **contrato de direito público**, tema de que se ocupou, entre outros, até os clássicos VITTORIO EMMANUELE ORLANDO, em 1908,¹⁵ e FRANCESCO CARNELUTTI, em 1929,¹⁶ que reconheciam que haveria necessariamente uma adaptação (ORLANDO) e uma transformação de sua natureza (CARNELUTTI).

Coube, todavia, à doutrina alemã a superação do problema da compatibilização entre a definição do interesse público e o exercício da administração consensualizada com a chamada teoria do duplo grau, partindo da distinção entre categorias ou níveis de exercício do poder: a categoria primária (*primäre Stufe*) e a categoria secundária (*sekundäre Stufe*), cabendo à esfera do público a decisão primária de poder, que se compreende em sua competência de agir, e à esfera do privado, a decisão secundária de poder, perfeitamente negociável, de escolher a melhor solução para atuar.

15 *Principii di Diritto Amministrativo*, Firenze, 1908 (pp. 98 e segs.)

16 "Contratto e diritto pubblico", artigo in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1929, pp. 659 e segs.

Essa solução, que na doutrina italiana prosperou com a denominação de *teoria del doppio grado*, é a que hoje mais se afeiçoa à visão subsidiária e pluralista do Estado, uma vez que distingue o nível de manifestação de vontade administrativa dotada de um poder estatal primário e, por isso, absoluto, inegociável e inflexível, de dar-se a execução de um determinado interesse público concreto, situada no plano supraordinado das decisões vinculadas, do nível de manifestação de vontade administrativa dotada de um poder estatal secundário e, por isso, relativo, negociável e flexível, situada em plano subordinado das decisões discricionárias.

Um último passo restaria a ser dado, desta feita em sede positiva, ainda na Alemanha, em 1976, com sua Lei geral sobre processo administrativo (parágrafo 54), admitindo que o contrato de direito público possa constituir, modificar ou extinguir uma relação de direito público salvo se existir expressa prescrição jurídica em contrário, prescrevendo-se, tanto para o ato quanto para o pacto, indistintamente, a processualização de ambas as categorias de decisões (parágrafo 9).

Mas, sem dúvida, a admissibilidade do consenso administrativo em decisões outrora puramente reservadas às decisões de império, só adviria com a redefinição do conceito de interesse público e a diferenciação entre os tipos de atuação sujeitas à **imperatividade administrativa** e as sujeitas à **autonomia administrativa**.

1.3.2. Histórico da redefinição: o conceito de interesse público antes do Estado de Direito, no Estado de Direito e no Estado Democrático de Direito. Graus de comprometimento da ação do Estado com a vontade da sociedade

Como a administração pública e seu Direito gravitam em torno do conceito de interesse público, passou a ser necessário examinar como este conceito variou historicamente sob os influxos das grandes mudanças jurídicas ocorridas nos últimos duzentos anos.

O *ancien régime*, com restritas exceções, confundia o interesse do rei com o interesse público: o poder de império não se cindia, não se podendo falar de um conceito dogmaticamente autônomo de **interesse público**. Com a Revolução Francesa e depois, com o desenvolvimento do positivismo jurídico, o conceito ganhou autonomia, contendo-se nas definições legislativas ordinárias que o definissem, uma vez que, sob a concepção então vigente, não se reconheceria eficácia imediata às definições constitucionais.

Assim, como prevalecia, no Estado de Direito, o caráter meramente **programático** dos cometimentos constitucionais administrativos ao Estado, restava exclusivamente ao legislador ordinário a tarefa de torná-los eficazes a partir da especificação que, como e quando lhe parecesse conveniente e oportuno fazer em lei.

Com a evolução do constitucionalismo pós-positivista, ao afirmar, como já se aludiu, a regra da **eficácia geral dos comandos constitucionais**, notadamente daqueles relativos aos direitos e liberdades e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, deslocou-se para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, remanescendo ao legislador ordinário dos três níveis federativos, conforme sua respectiva competência, a tarefa de especificá-los.¹⁷

Desse modo, apenas excepcionalmente algum interesse público que haja sido consignado genericamente na Constituição carecerá de eficácia imediata, demandando, então, para caracterizar essa excepcionalidade, o emprego da **cláusula de reserva legal** de eficácia, devolvendo-se à normatividade infraconstitucional a regulação da matéria.

À luz dessas observações, não cabe ao legislador restringir o elenco de interesses públicos que devam ser atendidos pela Administração Pública como, tampouco, pode o administrador omitir-se no atendimento possível daqueles cometimentos. Atente-se, todavia, que por **atendimento possível** há de se entender o **que se conforme à realidade** e o que obedeça a **prioridades expressas** ou implicitamente consignadas na própria Constituição.

Destarte, para ilustrar com um exemplo, o **direito fundamental à saúde** (art. 6º da Constituição) é alçado a interesse público **relevante**, como tal expressamente garantido na mesma Carta, de modo a que venha a ser atendido em caráter universal e igualitário (arts. 196 e 197), impondo-se tais comandos supra-ordinados tanto ao legislador quanto ao administrador, de sorte que nenhum deles poderá eximir-se de efetivá-los *in concreto* (art. 198 da Constituição).

Da mesma forma, para acrescentar-se ainda mais o exemplo da **hierarquização de interesses públicos**, assim constitucionalizada com o objeto de não se permitir ao legislador ou ao administrador substituir, minimizar ou procrastinar seu atendimento administrativo, tome-se a edu-

17 V. art. 5º, LXXI, da Constituição do Brasil.

ção, que é também um **direito fundamental** (art. 6º da Constituição) e que será atendido por **ações devidas** pelo Estado (o “dever do Estado”, referido no art. 196).

Esse **dever do Estado**, ou seja, esse dever de atender a **interesse público qualificado e hierarquizado a seu cargo**, deverá ser efetivado mediante um elenco de garantias irredutíveis e supra-ordinadas (art. 208 da Constituição).

1.3.3. O interesse público no contitucionalismo de resultado: da eficácia à efetividade

Como se pode observar, conjugando agora as observações sobre **efetividade** com o novo conceito constitucional de **interesse público**, chega-se hoje ao conceito de **constitucionalismo de resultado**, que tornou obsoleto o de constitucionalismo programático, um fenômeno de tal transcendência que, na expressão de LUÍS ROBERTO BARROSO passou a ser por isso considerado como “a mais notável preocupação do constitucionalismo dos últimos tempos”.¹⁸

Também observável e de modo muito especial, nesse processo de definição jurídica do interesse público sobressai a introdução do **resultado da ação administrativa** como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da **eficácia à eficiência** e, desta, à **efetividade**.

Na dogmática clássica, a característica jurídica de **eficácia** dos atos do Poder Público não continha em si qualquer apreciação quanto ao **resultado** concreto da ação mas, apenas, a de sua **aptidão** para produzi-lo em abstrato. É evidente que tal característica, tão importante quanto as de **existência** e de **validade**, que logicamente a precedem, é insuficiente para a adequada descrição desses atos no atual contexto de um Direito ampliado por uma juridicidade de três dimensões: legalidade, legitimidade e licitude.

Realmente, ao se considerar a importância de se aferir o **resultado** da ação estatal, notadamente na administração pública, torna-se imprescindível aditar a característica finalística da **eficiência**. Neste sentido, já em

¹⁸ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 240. Para aprofundamento no tema da *efetividade*, todo o item 7, do Cap. II, da Parte II dessa obra.

1948, a Constituição italiana, a pioneira Carta Política européia moderna do Segundo Pós-guerra, seguindo os passos de uma doutrina que remontava às lições de Raffaele Resta, incluía em seu texto a garantia do **bom andamento** da administração com vistas à efetiva realização do conceito de *buona amministrazione*,¹⁹ um conceito que trinta anos mais tarde a Constituição da Espanha viria a aperfeiçoar, incluindo-o entre os princípios rege-dores da pública administração, com a atual denominação de **princípio da eficiência**.²⁰

Nossa Constituição, na mesma linha, registra este princípio entre os cinco que optou por expressar como aqueles que deveriam ser especialmente orientadores da ação administrativa de todos os Poderes, inclusive, por óbvia extensão, a dos órgãos constitucionalmente autônomos, em todos os níveis federativos.²¹

Restava, porém, mais um passo, com a introdução do conceito de **efetividade**, ou seja, do atingimento satisfativo geral do interesse público. A destacada consequência dessa despertada preocupação, não apenas com o **processo de decisão**, como era da tradição administrativa, mas, ainda além, com o **resultado do decidido**, pode ser bem apreciada na evolução da técnica do controle, pois além dos tradicionais controles de **existência**, de **validade**, de **eficácia** e de **eficiência** dos atos públicos, acrescentou-se um quinto, o de **efetividade**, destinado a verificar se a ordem dos fatos re-produz, enfim, a **contento, o que foi disposto** na ordem jurídica.

Frise-se, portanto, que é este quinto modo de controle ganha especial relevância para a valorização da cidadania, pois é através dele que a **legiti-midade** ganha visibilidade na ação do Estado, sendo precisamente essa qualidade que permite confrontar a ação administrativa com o seu resulta-do prático, ou seja, a **verificação finalística** daquilo que de modo tão nítido se averba na Constituição Portuguesa: "*A Administração Pública persegue o interesse público, no respeito dos direitos e interesses legalmente prote-gidos do cidadão.*"²²

19 Constituição da Itália, art. 266-2.

20 Constituição da Espanha, art. 103-1.

21 Constituição do Brasil, art. 37, *caput*.

22 Constituição de Portugal, art. 266-1.

1.3.4. Reavaliação das relações sob os critérios postos pelos direitos fundamentais e pelos instrumentos da participação processualizada. Da relação de supremacia à relação de ponderação

Um outro aspecto merece menção nesse ligeiro inventário das mudanças constitucionais introduzidas pelos vetores considerados, bem como por outros mais, que a preocupação de brevidade aconselha a não examinar neste ensaio: trata-se do impacto dos direitos fundamentais e da participação sobre o conceito tradicional de relação de supremacia.

Desde logo, a supremacia não seria do Estado, uma vez que a prelação de um instrumento, não poderia sacrificar a substância de um direito fundamental. Tampouco seria uma supremacia, por definição, do interesse público *in genere* sobre quaisquer outros,²³ pois os **direitos fundamentais**, por serem conaturais ao homem e às suas intangíveis personalidade e dignidade, precedem a quaisquer outros, só admitindo aplicação ponderada: a que maximize o atendimento de todos os interesses em conflito.

A passagem de uma viciosa **relação de supremacia** a uma virtuosa **relação de ponderação** marca, assim, o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre sociedade e Estado e põe em evidência a missão instrumental que lhe cabe, tudo para que jamais e a qualquer pretexto se volte a invocar supremacias téticas ou *raisons d'État* para sobrepor quaisquer interesses aos direitos fundamentais.

1.4. A Participação Pública no Estado Democrático de Direito: a Eficiência como Fim e o Processo como Meio

1.4.1. Ainda a participação. Atuação impulsionadora da ação do Estado (escolha democrática de opções políticas) maximizadora da ação do Estado (exigência democrática finalística da eficiência)

A intensificação da participação e a multiplicação das figuras consensuais de administração devem ser consideradas como um reflexo da cres-

23 “Le figure convenzionale sono così un riflesso del crescente fenomeno del intreccio tra interesse pubblico e istanze private, che è necessario portare alla luce anche nella prospettiva della difesa del ‘pubblico’, superando la funzione rappresentata dalla affermazione dell’esistenza di un interesse pubblico astratto e del tutto avulso – ed al riparo – da interessi differenti” (FRABIZZIO FRACCHIA, *L’Accordo Sostitutivo*, Milão, Cedam, 1998, p. 10).

cente imbricação entre interesses de todo o gênero nas sociedades contemporâneas, o que cria espaços comuns entre o público e o privado, em que se inserem interesses individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos, o que de forma alguma minimiza ou estreita o espaço do público senão que o valoriza, por ampliar-lhe a prossecução, o fomento e a defesa, pela mobilização não apenas da vontade e dos meios do Estado mas os de toda a sociedade convergente.

Seria, portanto, de se esperar que se multiplicassem as modalidades participativas, o que já exige um esforço classificatório específico. Assim, entre os vários critérios classificatórios disponíveis das modalidades de participação (subjetivo, finalístico, formalístico, conteudístico, objetivo e funcional),²⁴ o que parte do **conteúdo** da participação se mostra especialmente adequado para distinguir, como se pretende, os níveis de intensidade da contribuição direta ou semidireta das pessoas na atuação dos entes e órgãos do Estado e, dentre eles, encontrando-se, como formas mais acabadas aquelas em que se transfere aos particulares a co-responsabilidade e até, em alguns casos, a total responsabilidade nas decisões sobre políticas públicas.

Interessam, no momento, os tipos de participação conteudística que **promovam** a adoção de políticas públicas desejadas pela sociedade: uma atuação impulsionadora da ação do Estado, ou seja, um fomento ao revés.

A devolução aos cidadãos e aos grupos sociais diversos a iniciativa de leis é um tipo já consagrado da modalidade, embora escassamente utilizado no Brasil.

Não é, contudo, necessário que a sociedade organizada eleve às câmaras legislativas, e, em nosso caso, dos três níveis federativos, projetos de lei para este efeito, pois existem disponíveis outras vias politicamente setadoras para atrair agentes públicos interessados em renovar as fontes legítimas de sua atuação.

Como se pode facilmente deduzir, é possível desenvolver inúmeros tipos de **participação de conteúdo** que não apenas revelem ou ascendam as reivindicações populares como ainda concorram para dinamizar a pró-

24 As descrições desses critérios e as classificações resultantes podem ser encontradas em nosso *Direito da Participação Política – Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Democracia*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1992.

pria democracia representativa no sentido de torná-la mais **eficiente** em termos de resultados.²⁵

Embora originariamente, nas sociedades monoclasse e biclasse, tenha bastado uma participação reduzida à **escolha de agentes políticos**, parece hoje fora de dúvidas que a complexidade dos problemas e das soluções políticas demanda novas formas de participação voltadas à **escolha de políticas públicas** com grau de diferenciação suficiente para atender às especificidades dos diversos subgrupos sociais reivindicantes.²⁶

Esta diferença é sumamente importante para aferir-se não apenas o grau de **eficiência** juridicamente estimável dessas políticas, como e principalmente, o seu grau de **efetividade** social

1.4.2. A participação e a processualidade como seu inafastável instrumento democrático

Complementa esta achega sobre o **conteúdo** participativo impulsionador da eficiência da ação do Estado, a exigência de uma **forma** adequada que possa disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a **processualidade adequada** como instrumento democrático.

-
- 25 JUAN JOSE LAVILLA RUBIRA alinha a *melhora da qualidade da norma* entre os fundamentos materiais da participação, ao lado da *proteção dos interesses particulares potencialmente afetados* e da não menos importante *legitimação democrática da norma* (*La Participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madri, Universidade Complutense, Ed. Civitas, 1991, pp. 98 a 111), um livro que ostenta em seu *Prólogo*, de autoria de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, um notável depoimento sobre o desenvolvimento da *“rica casuística jurisprudencial e doutrinária que suscitou o processo de elaboração de Regulamentos estabelecido pela vez primeira pelo Federal Administrative Procedure Act de 1946”*, do qual derivaram as leis similares de vários países, inclusive a do seu, a Espanha, com sua *Ley de Procedimiento Administrativo*. de 1958, posteriormente constitucionalizada em 1978 (pp. 21 e 22).
- 26 Sobre este tópico recomenda-se vivamente a leitura do clássico MIGUEL SANCHEZ MORÓN, *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, que em seu Capítulo I discorre amplamente sobre *“as insuficiências da teoria jusadministrativista clássica ante os câmbios institucionais de nosso tempo”*.

Essa **processualidade participativa**, como qualquer outra que se destine a disciplinar a ação do Estado para conferir-lhe previsibilidade no procedimento e efetiva garantia dos direitos das partes, envolve sempre uma cuidadosa reafirmação do sentido formal do direito ao devido processo, constitucionalmente garantido.

Ainda aqui, a contribuição jurisprudencial e doutrinária dos Estados Unidos da América, berço do moderno direito participativo, é decisiva, ao fundar na cláusula constitucional do *due process of law*, da Emenda V, o **direito de participar em processos regulamentares**, abrindo aos sistemas constitucionais de todo o mundo, que explícita ou implicitamente adotam, não apenas a possibilidade mas o **dever** de instituir processos participativos adequados para a satisfação do conteúdo formal e material da referida cláusula.²⁷

É sobre esses fundamentos material e formal – a busca da eficiência das políticas públicas e o rigor do atendimento da processualidade – que se vai erguendo a formidável arquitetura juspolítica da nova administração pública, capaz de atender aos desafios institucionais de nosso tempo.

Parece que o êxito e a robustez dessas teses já estão mais que comprovados pela rapidez e entusiasmo com que os sistemas político-administrativos dos povos à vanguarda do Direito vêm avançando na consensualidade.

2. ECLODE A ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

2.1. Expansão da Admissibilidade do Consenso na Administração Pública – Das Modalidades Contratuais às Não-Contratuais

2.1.1. O consenso como instrumento de ação estatal. Uma classificação das modalidades pela natureza jurídica das prestações: o contrato e o acordo

É inegável que o **consenso** como forma alternativa de ação estatal representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios

27 A respeito da evolução jurisprudencial norte-americana, que culminou com a decisão da Suprema Corte no caso *Mathews vs. Eldridge* (424 U.S. 319, 334-35 (1976)), a apreciação de JUAN JOSE LAVILLA RUBIRA, na obra acima citada, pp. 114 a 120.

contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).²⁸

Para a ação administrativa em especial, o consenso pode ser adotado não apenas pela via **contratual**, como tradicionalmente se tem feito, mas pela via do **acordo não contratual**, ainda incipientemente utilizado no Brasil, pois quase que restrito às duas modalidades mais familiares, a dos **convênios** e a dos **consórcios**.

Contratos e **acordos**, ambos modalidades da figura jurídica do **pacto**, diferem entre si por várias características, mas aqui interessa sublinhar a que se apóia na natureza das prestações colimadas, pois é nesta que se pode apreciar a diferença entre comutatividade e integração.

Com efeito, enquanto as prestações contratuais são **recíprocas**, voltadas cada uma delas ao atendimento de interesses distintos dos contratantes, as prestações dos acordos são **integrativas**, voltadas ao atendimento de interesses comuns.

2.1.2. A reduzida admissibilidade histórica do contrato e a expansão de sua admissibilidade como instrumento de ação administrativa pública

O corte imperativo, que sempre dominou na administração pública, inibia a admissibilidade das modalidades contratuais, embora a História do Direito registre na época das navegações o surgimento de grandes contratos entre a Coroa e os particulares para a exploração das potencialidades econômicas das terras descobertas.

No século dezenove foi a vez das concessões de serviços públicos se desenvolverem e passarem a ocupar um importante nicho na administração pública, que, de outro modo, não teria como realizar os pesados investimentos necessários à expansão dos transportes terrestres e marítimos, das comunicações telegráficas, e dos demais serviços de utilidade pública, reclamados pelas massas populacionais emergentes.

Por outro lado, a diversificação das necessidades de bens e de equipamentos para a utilização pelo Estado tornava-o cada vez mais dependente

28 V. nosso *Mutações do Direito Administrativo*, p. 41.

da contratação de fornecimento no mercado, ampliando-se, com isso, a prestabilidade das formas contratuais.

Por fim, a carência de recursos fiscais levou as Administrações, para supri-la, à realização de operações de crédito e, com isso, a celebrar contratos com bancos e outras instituições financeiras.

No século vinte, depois de um breve período, coincidente com a eclosão das grandes guerras e das grandes ideologias de massa, a estatização das atividades econômicas reduziu a necessidade das contratações, pois empresas do Estado eram criadas para garantir-lhe o máximo de autonomia econômica.

O término dessa era de confrontações globais coincidiu com a chamada Revolução das Comunicações, despertando os anseios democráticos em sociedades que se tornavam cada vez mais conscientes de seus direitos e da necessidade de reduzir o poder do Estado para torná-lo delas instrumento e não um fim em si mesmo.

O refluxo da economia ao mercado livre e a reposição do Estado na condição instrumental dos interesses legítimos das sociedades reabriram inúmeros canais de relação entre sociedade e Estado e possibilitaram, no processo, o ressurgimento da contratualidade administrativa, tal como hoje se apresenta, notadamente com a transferência de várias atividades, antes conduzidas atipicamente pelo Estado, para a iniciativa privada.

2.1.3. A expansão do pacto no Direito Administrativo contemporâneo com a admissão de vários tipos de acordo como modalidades não-contratuais

Mas esse aquecimento da ação consensual, que passava a caracterizar, no campo administrativo, o Segundo Pós-Guerra, produziria, além da revitalização das contratações, o surgimento de inúmeros outros tipos de pactos não contratuais entre a Administração e os particulares, bem como entre os próprios entes administrativos públicos, visando à solução de problemas econômicos e sociais de variada índole pela coordenação de vontades e de esforços.

A chamada **administração concertada**, uma fórmula sintética designativa para “os novos modelos da ação administrativa, ou seja, aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade ‘consensual’ e ‘negocial’”,²⁹ em pouco tempo passou a ser empregada não

29 ROSARIO FERRARA, *Gli Accordi di Programma*, Milão, Cedam, 1993, p. 3.

apenas para o desempenho da administração corrente como e principalmente para o desenvolvimento de projetos conjuntos entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas e até para a solução de conflitos.

2.2. Os Três Gêneros da Administração Pública Consensual: a Decisão Consensual, a Execução Consensual e a Solução de Conflitos Consensual

2.2.1. Uma classificação das modalidades consensuais da administração concertada segundo a natureza da função e o resultado administrativo visado, em face dos interesses públicos a serem promovidos, satisfeitos ou recuperados

Para adotar uma classificação simples para essas inúmeras modalidades de **administração concertada** pode-se usar o critério das finalidades administrativas imediatas: a promoção do interesse público, a realização do interesse público ou a recuperação do interesse público. A cada uma dessas finalidades correspondem funções administrativas legalmente postas, bem como modalidades de administração consensual distintas.

A **promoção do interesse público** se dá pela função decisória administrativa, em abstrato ou em concreto; a função de **satisfação do interesse público** se dá pela função executiva das decisões abstrata ou concretamente tomadas e a função de **recuperação do interesse público**, se dá pela função judicativa administrativa, em que se reaprecia a juridicidade das decisões administrativas, das execuções e mesmo das decisões judicativas de que caibam recursos.

São, em suma: a **função decisória administrativa** abstrata ou concreta, como manifestação de vontade primária da Administração Pública; a **função executiva administrativa**, como transformação do fato em fato e a **função judicativa administrativa**, como técnica de superação de conflitos.

Como quaisquer delas admite atuação consensual, tem-se, portanto, respectivamente, um campo de administração decisória concertada, um campo de administração executiva concertada e um campo de administração judicativa concertada.

2.2.2. Intensidade da atuação consensual: o consenso como coadjuvante e como determinante da ação administrativa

Sob o critério conteudístico, distinguem-se dois graus de atuação consensual, conforme seja a atuação do particular **coadjuvante** ou **determinante** em relação à do Poder Público.

A **atuação coadjuvante do particular** é aquela em que a Administração ouve os particulares e com eles negocia as melhores soluções, mas se reserva a plenitude da decisão. Nesta hipótese, o consenso complementa, coadjuva e orienta a decisão administrativa, sem vincular o Poder Público, que, não obstante, estará obrigado a justificá-la. Será desnecessário que a lei preveja a adoção dessa modalidade, pois não se requer qualquer alteração na competência do órgão decisório.

Na **atuação determinante do particular**, distintamente, a Administração deve ouvir *os particulares podendo* com eles negociar as melhores soluções, em termos de atendimento de todos os interesses juridicamente protegidos envolvidos na relação, mas estará vinculada à decisão que vier a prevalecer, em obediência ao processo adotado. Nesta hipótese, a lei deverá prever que a decisão administrativa será produzida pelo consenso, vinculando o Poder Público, pois apenas o legislador pode alterar competências da Administração.

3. GÊNEROS E ESPÉCIES DE ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

3.1. O Consenso na Tomada de Decisão Administrativa – Exemplos de Espécies: Plebiscito, Referendo, Coleta de Opinião, Debate Público, Audiência Pública, Assessoria Externa, Co-gestão e Delegação Atípica

3.1.1. O consenso como elemento *coadjuvante* da formação da vontade administrativa. Exemplos de espécies: coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa

Em todos esses tipos de institutos consensuais, como se expôs, a Administração deve buscar a audiência dos interessados e, se possível, com eles manter o diálogo e a negociação de interesses, mas somente a ela caberá a decisão, justificando-a de acordo com as achegas recebidas ou refutando-as motivadamente.

Pela **coleta de opinião** possibilita-se à Administração valer-se dos meios de comunicação em geral para recolher subsídios, em forma de tendências, preferências e de razões, dos segmentos sociais interessados na decisão.

No **debate público** a participação dos interessados é mais intensa, possibilitando-se à Administração não apenas conhecer as tendências, preferências e razões dos interessados como abrir uma instância de negociação.

Na **audiência pública**, como no debate público, amplia-se também a participação dos interessados na decisão, inclusive com instância de negociação, mas, distintamente, se caracteriza por estar submetida a maior formalidade processual podendo servir tanto a uma atuação coadjuvante, a de que aqui se trata, como a uma atuação determinante por parte de interessados regularmente habilitados à participação.

Na **assessoria externa** a participação coadjuvante será proporcionada por um ou mais representantes das categorias de interesses que poderão ser atingidos pela decisão. Os assessores externos, que deverão ser nomeados entre pessoas estranhas aos quadros burocráticos da entidade pública a ser assessorada, com ou sem remuneração (múnus público), serão indicados livremente, desde que caracterizada a relação legítima, sendo candidato, ou em lista vinculante, devendo, depois de nomeados, serem necessariamente consultados pelo órgão decisório e consignadas as suas contribuições.

3.1.2. O consenso como elemento *determinante* da formação da vontade administrativa. Exemplos de espécies: plebiscito, referendo, audiência pública, co-gestão e delegação atípica

O **plebiscito** é uma modalidade constitucional e formal da **consulta pública** pelo qual o cidadão é convocado a manifestar-se sobre um fato, quase sempre no sentido de conferir-lhe ou não valoração jurídica. A Constituição tratou em cinco dispositivos desse instituto participativo destinado à busca de um consenso popular vinculante: em termos genéricos, nos arts. 14, I, e 49, XV, este para o expresso fim de outorgar ao Congresso Nacional a competência exclusiva para convocar o plebiscito, e para efeitos específicos, no art. 18, §§ 3º e 4º, e no art. 2º do ADCT.

O **referendo**, também um instituto de consulta pública constitucional e formal, destina-se a recolher a manifestação dos cidadãos sobre **decisões**

dos órgãos legislativos e administrativos para que se as mantenham ou se as desconstituam, sendo, assim, uma hipótese rara em que está admitido o exercício da democracia direta, de autogoverno popular, restrita embora aos precisos termos em que se convoca o povo à apreciação de atos praticados. A Constituição previu o instituto no art. 14, II e, no art. 49, XV, reservou com exclusividade ao Congresso Nacional a competência para autorizar a realização de referendos.

A **audiência pública** admite as duas modalidades quanto à vinculação da Administração a seus resultados, mas **caberá à lei** definir entre uma ou outra ou optar por uma solução compósita. Com efeito, o legislador, tal como se prevê constitucionalmente, salvo cláusula impeditiva expressa, poderá deixar de legislar especificamente sobre quaisquer das matérias de sua competência, **optando** alternativamente por delas **dispor** como melhor lhe pareça (art. 48, *caput*), o que inclui, em geral e a toda evidência, fazê-lo visando à realização de quaisquer modalidades decisórias substitutivas como o são as referendárias, as de consulta pública ou as de deslegalização.³⁰

Pela **co-gestão**, o legislador poderá abrir a participação na direção de entidades públicas a pessoas qualificadas e para **esse propósito especificamente nomeadas**. Nesta hipótese, os co-gestores nomeados, normalmente atuando em colegiados, são investidos na competência decisória, no que difere o instituto da assessoria externa, acima examinado. A modalidade tem ampla utilização no caso de autarquias e de paraestatais de toda natureza, mas na educação, a co-gestão do ensino público tem expressa previsão constitucional (art. 206, VI).

Pela **delegação atípica** a lei reconhece a eficácia jurídica de atos de colaboração praticados por entidades privadas. A designação de atípica não explica sua natureza jurídica, que é realmente a de uma técnica de **descentralização social**. Observe-se que na delegação atípica não há transferência de funções mas o reconhecimento, sob certas condições, de efeitos de interesse público dos atos praticados pelas entidades privadas, como, por exemplo, ocorre com a atuação de associações de moradores, de universidades particulares e de clubes de serviço.

30 Sobre a *deslegalização*, nosso *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, Cap. V, p. 123.

3.2. O Consenso na Execução Administrativa – Exemplos de Espécies: Contratos Administrativos de Parceria e Acordos Administrativos de Coordenação

3.2.1. A execução associada com sua característica sinérgico-sociopolítica de potencializar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços

A administração dos interesses públicos a cargo do Estado pode ser realizada **diretamente** – pelos órgãos executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; **indiretamente** – pelos entes públicos por eles criados, como autarquias, paraestatais (integrantes da administração indireta); e **associadamente** – através de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado sob um vínculo de colaboração de direito público.³¹

A partir da premissa de que o **interesse público** é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realizá-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo, pois a sociedade organizada **pode** e em certos casos **deve** ter ação concorrente,

Abre-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado de **administração privada associada de interesses públicos**.

De modo especial, a execução associada apresenta, entre outras virtudes, uma notável característica sinérgico-sociopolítica de potencializar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços entre os setores público e privado.

Os **vínculos** são legalmente definidos de acordo com a natureza das entidades de direito privado associadas, que podem ser, basicamente, entidades **paraestatais**, que contam com um vínculo de delegação legal, e entidades **extraestatais**, que se caracterizam pela delegação administrativa; neste caso, contratual, complexa ou unilateral, conforme a natureza do ato instituidor do vínculo.³²

31 Para desenvolvimento dessas figuras, v. nosso *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, Cap. XI, *Entes Administrativos*, pp. 235 a 274.

32 *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, p. 259.

As paraestatais associadas, embora criadas com personalidade de direito privado, têm situação especial, pois sua colaboração está implicitamente determinada em sua própria criação e por isso não serão tratadas aqui, já que a colaboração das entidades privadas extra-estatais é absolutamente voluntária.

Com relação a essas, as entidades extra-estatais, a **delegação contratual**, por sua própria natureza, cria uma relação de sinergia pela **composição** de meios, instituidora de um vínculo associativo estável, ao passo que a **delegação complexa** e a **delegação unilateral**, também por suas respectivas naturezas, criam uma relação de sinergia pela **aglutinação** de meios, instituidora de vínculos associativos precários.

Essa distinção torna-se necessária para a classificação das espécies contratuais e das espécies não contratuais.

3.2.2. A execução associada por *contrato* e a sinergia da *parceria*. Espécies de contratos administrativos

A modalidade de sinergia contratual, por ser estável, produz uma **parceria** entre o Poder Público e os entes da **sociedade**, um tipo de relacionamento que gravita em torno de empreendimentos de substrato econômico.

Outras modalidades de parceria poderão ser também instituídas por atos administrativos, mas, como resulta óbvio, tais relações serão sempre precárias, não se prestando para empreendimentos associativos de natureza econômica de porte, embora sirvam para conciliar o interesse econômico individual de menor monta com o interesse público, durante algum tempo e em restritas condições.

As modalidades contratuais de parceria tendem a se multiplicar no Direito Administrativo contemporâneo e isso em razão mesmo da extrema diversidade de situações encontradas na área econômica, como um simples elenco exemplificativo o demonstra: **concessões de serviços públicos e de uso de bem público, permissão de serviços públicos, arrendamento portuário, arrendamento operacional, franquias públicas, gerenciamento privado de entidade pública, venda de bilheteria e contrato de risco.**³³

33 *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, pp. 262 a 267.

Por outro lado, as modalidades unilaterais de parceria, ou seja, as modalidades de administração associada de interesses públicos de conteúdo econômico em parceria por ato unilateral são as seguintes no direito positivo brasileiro: **autorização de serviços públicos, autorização portuária, permissão de uso de bem público e credenciamento.**³⁴

Dada a natureza e o propósito de síntese deste ensaio, dispensa-se de tratar individualmente as modalidades acima referidas, ainda porque estão descritas no livro texto do autor, a que se fez referência.

3.2.3. A execução associada não-contratual por coordenação e sua sinergia. Modalidades: a cooperação e a colaboração. Execução mista: por cooperação e por colaboração. Exemplos de espécies de acordos administrativos: convênios, acordos de programa, *joint ventures* públicas e conferências de serviços

Distintamente, os entes associados por vínculos não-contratuais buscam coordenar suas atividades de interesse privado com as atividades administrativas de interesse público, identificando pontos de contacto sobre os quais se possa criar uma sinergia relacional que, livremente produzida, poderá do mesmo modo ser extinta a qualquer tempo, enquanto durar o interesse das partes associadas.

Coordenar atividades é maximizar os meios dispostos pelos associados de modo a obter resultados de interesse comum com menos custos e mais celeremente, atuando cada associado em seu específico campo e com seus próprios meios. O instrumento apropriado para institucionalizar a coordenação é o **ato administrativo complexo**.

A coordenação da atuação da Administração Pública pode dar-se por **cooperação** ou por **colaboração**. A **cooperação** pode ser acordada por **consórcios, convênios, acordos de programa** ou **conferência de serviços** celebrados com outras entidades públicas, porque terão todas o dever comum de prossecução do interesse público. A **colaboração** pode ser ajustada por **convênios, acordos de programa** e ***joint ventures* públicas** celebrados com entidades privadas, neste caso sempre por uma disposição voluntária das associadas.

34 *Curso de Direito Administrativo, op. cit., pp. 263, 267 e 268.*

Nada impede, porém, senão que até se recomenda, que ambas as modalidades de cooperação e de colaboração possam concorrer para um único ajuste complexo, envolvendo acordantes associativos públicos e privados, cada um deles movendo-se em suas respectivas órbitas, com seus próprios cometimentos e recursos, neste caso com o emprego do **convênio**, do **acordo de programa** ou de modalidades de *joint ventures* públicas.

3.3. O Consenso na Prevenção de Conflitos Administrativos – Exemplos de Espécies: Comissões de Conflito e Acordos Substitutivos

3.3.1. A prevenção consensual de conflitos e suas características e excelências sócio-políticas. Extensibilidade das soluções

A multiplicação de conflitos entre os sujeitos públicos e privados é um fenômeno que diz respeito à mutação do papel do Estado, que de poder “formalmente impermeável ao impulso social, idealizado como *monolítico e separado dos sujeitos privados* destinatários de suas ações, tornou-se progressivamente fragmentário, multiplicando com isso as relações com o resto da sociedade e assim aumentando as ocasiões de confronto com ela”.³⁵ Essa fragmentação, por seu turno, é uma inevitável decorrência da nova postura pluralista do Estado – o Estado pluriclasse, na lição de M. S. GIANNINI³⁶ – que reflete a própria realidade pluralista da sociedade contemporânea.

Diante desse fenômeno, causador de uma impressionante avalanche de processos judiciais contra o Poder Público em todos os Países que adotaram as premissas do Estado Democrático de Direito, e que atulha as prateleiras dos órgãos burocráticos com milhares de processos, muitos deles semelhantes quando não repetitivos, conceberam-se institutos em que o consenso pode atuar vantajosamente na prevenção administrativa de conflitos.

35 FABRIZIO FRACCHIA, *L'Accordo Sostitutivo – Studio sul consenso disciplinari dal Diritto Amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Milão, Cedam, 1998, p. 2 (trad. livre).

36 M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bolonha, 1986, pp. 124 e segs.

Não seria exagero apontar essas novas vias, não só de atuação **preventiva** como de **composição** de conflitos administrativos já instaurados, como importantes conquistas da cidadania e da sociedade, em geral, ora alcançadas graças a essas possibilidades desenvolvidas de utilização do **consenso** como modalidade substitutiva da ação unilateral e imperativa do Estado.

Essas novas possibilidades são hoje analisadas doutrinariamente sob dois aspectos: de um lado, quanto à substituição da **decisão** administrativa tradicional (ato administrativo) e de outro, a substituição do **processo** administrativo imperativo ou de parte dele, para incluir procedimentos de contraditório, ampliado ou pelo menos ampliável, e de negociação.

Ressalte-se, por sua modernidade, que uma das características mais auspiciosas encontrada no processo administrativo preventivo de conflitos, bem como no processo de composição administrativa está na extensibilidade potencial das decisões resultantes de acordos dessa natureza a outras situações análogas, ganhando eficácia normativa no âmbito administrativo.

3.3.2. Espécies: as comissões de conflito e seu papel antecipatório e regulatório; os acordos substitutivos e sua natureza jurídica

Exemplificando com espécies, pode-se destacar dois tipos de processos preventivos, em que procura antecipar a eclosão de um conflito, que se revele iminente, e dar-lhe solução cautelar: a **comissão de conflito** e o **acordo substitutivo**.

Instrumentos pouco conhecidos na doutrina pátria, têm ambos, não obstante, um imenso potencial aplicativo, notadamente na administração setorial autônoma, como a praticada no âmbito do Direito Regulatório.

As **comissões de conflito** são um instrumento administrativo permanente que, de ofício ou por provocação de interessados, devem atuar sempre que se descortinar a possibilidade e iminência de instaurar-se um conflito de interesses no âmbito de sua competência. Sua atuação exige um processo contraditório amplo e aberto a quaisquer interessados, uma vez que a decisão deverá ter latitude suficiente para cobrir as situações análogas porventura existentes, dando-lhes, a todas, tratamento homogêneo, como, por exemplo, através de normas regulatórias específicas, no âmbito das atividades deslegalizadas.

Os **acordos substitutivos** são instrumentos administrativos, que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de

ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um **acordo** em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mas célere ou com menores custos.

Como exemplo bem sucedido no direito brasileiro, ainda que insuficientemente processualizado para surtir efeitos com desejável amplitude, mencione-se o **ajustamento de conduta**, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, em dúvida um instrumento já em plena ascensão.

3.4. O Consenso na Composição de Conflitos Administrativos – Exemplos de Espécies: Conciliação, Mediação, Arbitragem, Ajustes de Conduta e Similares

3.4.1. A composição administrativa consensual de conflitos e suas características e excelências sociopolíticas. Extensibilidade das soluções

As vantagens da composição consensual de conflitos pela via administrativa *prescindem de ser aqui tratadas*, pois são sobejamente conhecidas, mas a sua importância sociopolítica, enquanto via de fomento de civismo, de aperfeiçoamento da participação cívica e de agilização das relações sócio-econômicas, deve ser destacada.

O atraso na aceitação das vias negociais administrativas se deve à visão imperativa, que as considerava interditas para o Direito Administrativo, uma visão herdada da doutrina francesa e bastante arraigada em todos os sistemas que, como o nosso, receberam durante muitos anos sua influência quase hegemônica.³⁷

Tecnicamente, afastadas as convicções ideologizadas pelo tempo e pela inércia, a objeção central se prendia à interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público. Segundo a óptica então dominante, a

37 Sobre esta dificuldade, a excelente monografia de APOSTOLOS PATRIKIOS, *L'Arbitrage en Matière Administrative*, Paris, LGDJ, 1997, em que o autor estuda a evolução do instituto no Direito francês, possivelmente um dos mais avessos às soluções administrativas negociadas, o que desde logo fica patente na citação de M. DEVOLVÉ: “*Les rapports entre l'arbitrage et le droit administratif sont de rapports conflictuels*” (nota 1, p. 1).

negociação na esfera administrativa seria negociar com o interesse público, o que proscreveria todos os instrumentos do gênero: a conciliação, a mediação, a arbitragem e os ajustes de conduta.

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o **interesse público**, mas de negociar os **modos de atingi-lo com maior eficiência**.

É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse em dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo poder Público.

Nem é preciso lembrar que em grande número de casos, por inúmeros motivos, principalmente o decurso do tempo, o conflito termina por inviabilizar o atendimento satisfatório do interesse público, quando não exige ônus superiores às vantagens públicas esperadas...

Por outro lado, nem sempre o interesse público deverá preponderar de modo absoluto numa relação, pois outros interesses constitucionalmente protegidos poderão nela concorrer, o que exige soluções ponderadas.

Por derradeiro, não se alegue que a imparcialidade, que se requer da administração pública, não se harmonizaria com o emprego de soluções ponderadas; trata-se de um engano corrente, pois imparcialidade não se confunde com neutralidade, de sorte que os valores do Direito não só podem como devem ser aplicados na solução dos conflitos.

3.4.2. Espécies: a conciliação, a mediação, a arbitragem, os acordos substitutivos, os ajustes de conduta etc.

Os institutos da conciliação, da mediação e da arbitragem são três graus em que se apresenta a composição consensual de conflitos: no primeiro instituto, as partes devem envidar esforços para promover um acordo que ponha fim ao conflito, centrando-se na figura de um conciliador que teria a tarefa de conduzir as partes na negociação e oferecer-lhes alternativas; no segundo instituto, a condução das negociações por um mediador dar-

se-á de modo a reduzir as divergências identificadas e a ampliar as convergências, levantando os inconvenientes de prolongar-se o conflito, de modo a que seja encontrada uma solução satisfatória para as partes; no terceiro instituto, as partes aceitarão a solução do conflito decidida por árbitros. Nas versões administrativas nada impede que o Poder Público possa assumir, agora sim, com a imparcialidade a que está constitucionalmente obrigado, as funções conciliatórias, mediatórias ou arbitrais.

O Direito Administrativo brasileiro, ultrapassando rapidamente as objeções que durante tanto tempo impediam o desenvolvimento das formas alternativas de composição de conflitos, avançou celeremente nessa linha, como o demonstra fartamente a série de legislação produzida na linha do Direito Regulatório a partir de meados da década de noventa.³⁸

Essa legislação contempla, quase sempre uma atividade administrativa judicativa para as agências reguladoras, variando, embora, na extensão dessas funções: a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no art. 3º, V, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1966; a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, no art. 19, XVII, da Lei nº 9.427, de 16 de julho de 1997; a Agência Nacional do Petróleo – ANP, no art. 20, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, no art. 29, II, b, da Lei nº 10.223, de 6 de junho de 2001 e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, no art. 20, II, b, da mesma Lei criadora da ANTT.³⁹

4. CONCLUSÕES

4.1. Consensualidade enquanto Princípio e suas Possibilidades

4.1.1. A consensualidade enquanto princípio e sua inferência constitucional

Este ensaio aponta para a conveniência, senão a necessidade, de desenvolver estudos sobre o princípio constitucional da consensualidade no

38 Para maior desenvolvimento do tema, v. nosso *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003, notadamente os Capítulos V e VIII.

39 As Agências Nacionais de Vigilância Sanitária – ANVISA, de Saúde Suplementar – ANS e de Águas – ANA são defectivas quanto a essa função, pois não têm previsão legal para seu exercício.

direito brasileiro. A sua existência terá o condão de iluminar inúmeras relações entre sociedade e Estado e de facilitar, assim, a aplicação e o aperfeiçoamento dos institutos consensuais existentes, a criação de novos e de concorrer para a interpretação homogênea de situações indefinidas.

Para tanto, uma pesquisa nesse sentido poderia partir dos **princípios fundamentais constitucionais** expressos (Título I), mais especificamente de três dos arrolados no art. 1º – a **cidadania**, a **dignidade da pessoa humana** e o valor da **livre iniciativa** – sem perder de vista que o homem é a **fonte do poder do Estado** (parágrafo único), que objetivo fundamental da república é a construção de uma sociedade livre (art. 3º, II) e que se a solução pacífica dos conflitos é um princípio internacional a prevalecer nas relações internacionais, com idêntica razão haverá de sê-lo nas relações intranacionais (art. 4º, VII).

Como se pode prever, só nesses dispositivos há ricos filões a serem garimpados, aos quais se acresce o não menos importante rol dos direitos fundamentais, que está em aberto, pois não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou decorrentes dos tratados internacionais de que seja parte o Brasil (art. 5º, § 2º).

4.1.2. Fomento público, subsidiariedade da coerção e a construção de um Estado de Justiça

Essas considerações não estariam completas, para os fins deste ensaio, se não invocassem, por derradeiro, a atenção do leitor para a imensa importância da consensualidade no desenvolvimento do modo de atuação mais avançado de que dispõe o Estado: o do **fomento**.

Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de **condutas privadas** de interesse público, passando a estimular a criação de **soluções privadas** de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.

É como acrescentar às potencialidades da máquina burocrática as infinitas potencialidades da **sociedade** e de suas miríades de organizações sociais, que deixa de ser mera súdita para ser sócia e parceira da atuação estatal, passando a ter no consenso e não na coerção a primeira das opções relacionais.

Em conclusão, um estado de **juridicidade plena** – de legalidade, de legitimidade e de licitude – um **Estado de justiça**, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade, o que deverá refletir-se em

sua atuação, de modo que ações suasórias sempre precedam ações dissuasórias e estas, as sancionatórias: a face imperativa do poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável. A coerção, ensina-nos PASCAL, é que domina o mundo, mas é a opinião que a emprega.

DISCRICIONARIEDADE E MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Florivaldo Dutra de Araújo

Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFMG

Sumário: 1. Introdução. 2. Discricionariedade administrativa. 2.1. Concepção tradicional. 2.2. Concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello. 2.3. Por uma visão mais estrita da discricionariedade administrativa. 2.3.1. Finalidade e discricionariedade: paradoxo a ser defrontado. 2.3.2. Conceitos jurídicos indeterminados. 2.3.2.1. Termo ou conceito indeterminado? 2.3.2.2. Nem "termo", nem "conceito" indeterminado. 2.3.2.3. Conceitos indeterminados *versus* discricionariedade. 2.3.2.3.1. Conceito indeterminado como hipótese de vinculação normativa. 2.3.2.4. Vinculação e razoabilidade. 3. Motivação do ato discricionário. 3.1. Motivação do ato administrativo: conceito e função. 3.2. Extensão do dever de motivar. 3.3. Motivação da discricionariedade? 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Acompanhando as transformações políticas do País, a última década do século XX marcou-se entre nós por grandes avanços do Direito Público brasileiro, no sentido da construção de novas bases teórico-dogmáticas, firmadas sobre os pilares da democracia e da cidadania.

Dois temas em relação aos quais isso se faz notável são os da discricionariedade administrativa e da motivação dos atos administrativos.

Pouco depois da promulgação da Constituição de 1988, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Neves de Carvalho, elaborei dissertação de mestrado cujo tema foi a *motivação do ato administrativo como instrumento de controle*.¹

¹ Publicada com o título *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

Decorrida mais de uma década, é satisfatório verificar que a democratização da atividade administrativa é exigência cada vez mais marcante na cultura política brasileira e que nosso Direito mostra-se cada vez mais à altura desse desafio.

Contudo, penso que vários aspectos ainda carecem de mais detidas abordagens. A prática dos operadores do direito, nessa seara, revela alguns equívocos e incongruências, cuja reflexão se faz necessária.

Uma delas tem sido a de se exigir, para fins de controle judicial, que o administrador, ao agir sob o pálio da discricionariedade administrativa, venha a motivar a opção discricionariamente tomada, ou seja, fundamentar sobre a *conveniência e oportunidade* da opção discricionária *em si*.

No caso, dois problemas podem ser aí vislumbrados: de um lado, a caracterização como *discricionariedade* de situação em que está em jogo a aplicação dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*; de outro, a não compreensão de que o dever de motivar deve servir ao controle, pelo Judiciário, dos *aspectos vinculados* do ato, o que implica na necessidade de a fundamentação demonstrar *não a conveniência ou oportunidade do ato, mas a obediência aos limites da discricionariedade*.

É o que se busca demonstrar neste trabalho, no qual retomo tema que, para além de toda a relevância jurídica, dá-me a oportunidade de — em o homenageando — relembrar e retomar discussões nas quais muito pude aprender com o insuperável mestre, Prof. Dr. Paulo Neves de Carvalho, diante de quem, qualquer preito ficará aquém do mérito do homenageado.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Concepção Tradicional

Boa síntese das noções tradicionais acerca da vinculação e da discricionariedade administrativa encontra-se nas lições de *Cretella Júnior*, expostas em seu *Direito Administrativo Brasileiro*.

Segundo ele:

“*Vinculado, regrado ou predeterminado* é o ato administrativo que se concretiza pela vontade condicionada ou cativa da Administração, obrigada a manifestar-se positivamente, desde que o interessado preencha, no caso, determinados requisitos fixados *a priori* pela lei”²

2 Cretella Júnior, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2000, p. 246.

Em seguida, combatendo os autores que relativizam ou minimizam a distinção entre vinculação e discricionariedade no ato administrativo, *Cretella Júnior* afirma ser o *ato administrativo discricionário* de “existência inequívoca no âmbito do direito” e assim o define:

“... manifestação concreta e unilateral da vontade da Administração que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculado de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo, insuscetível de revisão judiciária”.³

Refutando também a crítica à expressão “ato administrativo discricionário”, considera-a “tradicional, feliz, precisa, técnica e indispensável”, considerando a sua rejeição e tentativa de substituição por outras, tal como “certo poder discricionário das autoridades administrativas”, um “mero jogo de palavras sem apoio na realidade, desde que *Maurice Hauriou* no início do século tentou fulminar uma das mais extraordinárias conquistas do mundo administrativo”.

Acréscita estar o problema na equivocada consideração do fenômeno na prática do direito administrativo, ocasião em que frisa com veemência a relevância da discricionariedade:

“Se *poder discricionário* é faculdade intangível em qualquer de seus aspectos, se *discricionariedade* é esfera sacrossanta, insuscetível de exame, a qualquer pretexto, pelo Judiciário, a prática de todos os dias desmente e desacredita o emprego de tais vocábulos para designar o inverso do que se verifica”.⁴

Na mesma senda, *Hely Lopes Meirelles*, porém – diferentemente de *Cretella Júnior* quanto ao uso das expressões – assentindo que:

“A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em *ato discricionário*, pois o certo é falar-se em *poder discricionário* da Administração”.⁵

³ *Ibidem*, pp. 246-247. Também situados no campo da teoria tradicional, confirmam-se Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1992, pp. 149-154; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1979, pp. 470-476; Masagão, *Curso de Direito Administrativo*, 1977, pp. 149-150; Cavalcanti, *Teoria dos Atos Administrativos*, 1973, pp. 112-116.

⁴ *Cretella Júnior, op. cit.*, p. 247.

⁵ *Direito Administrativo Brasileiro*, 1992, p. 151.

Seabra Fagundes, contudo, também não vê fundamento em se rejeitar a expressão *ato discricionário*: trata-se apenas de “uma daquelas *imagens de síntese* de que fala Francis-Paul Bénéoit a propósito da necessidade de, na linguagem jurídica, cunhar locuções capazes de dispensar circunlóquios”.⁶

Também assevera a doutrina tradicional que, sobre a finalidade do ato administrativo e a competência para sua prática, jamais poderá incidir discricionariedade. No tocante à finalidade, é exemplar a lição de *Meirelles*:

“A lei administrativa é sempre finalística: almeja um objetivo a ser atingido pela Administração, através de ato ou atos jurídicos que constituem meios para a consecução de tais fins. A atividade do administrador público – vinculada ou discricionária – há de estar sempre dirigida para o fim legal, que, em última análise, colima o bem comum.

Discricionários, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar; nunca os fins a atingir. Em tema de fins – a lição é de Bonnard – *não existe jamais*, para a Administração, um poder discricionário. Porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar. O fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explícita, seja implicitamente”.⁷

A forma do ato é vista predominantemente pela doutrina proverbial como vinculada, embora entre seus representantes haja vozes a registrar a possibilidade da prática legal de atos administrativos “independente de qualquer forma preestabelecida”.⁸

Duas são as feições vislumbradas nos comandos legais ensejadores da discricionariedade, segundo o pensamento tradicional.

Por um lado, afirma-se que há “uma impossibilidade *material e lógica* de previsibilidade absoluta do legislador da conduta humana”. A impossibilidade *material* advém de que: “As realidades são tão variáveis que seria praticamente impossível ao legislador prever todas as hipóteses de ocorrência no mundo fático”. E a *lógica* deriva do fato de ser “impossível ao legislador transmitir comandos precisos e induvidosos aos administrados”.⁹

A esses impedimentos materiais e lógicos associa-se o uso dos chamados “conceitos vagos”, também ditos “imprecisos”, “fluidos”, “indeterminados” ou “práticos”, nitidamente distintos dos “conceitos teóricos”.

6 *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984, p. 65 (nota 151).

7 *Op. cit.*, p. 152.

8 O. A. Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 472.

9 Oliveira, *Ato Administrativo*, 1980, p. 68.

Estes últimos referem-se a fatos que pertencem ao “mundo da natureza”, “da causalidade”. Para referir-se a eles, a lei

“faz recurso a conceitos que lhe são fornecidos por qualquer das ciências baseadas no valor teórico *Verdade* e que, portanto, pressupõem o princípio causalista, as categorias de espaço e tempo, ou o conceito de número (quantidade). Sobre estes fatos, e sobre estes conceitos, ao fim e ao cabo, decorrido o processo interpretativo, não pode existir como *verdade* mais do que uma exata formulação. Sobre eles verifica-se uma identidade universal de pareceres, ou, pelo menos, estes são suscetíveis dessa identidade (...). Se a lei recorre a estes conceitos não deixa discricionariedade à Administração. Poder deixar margem a dúvidas, que, porém, o intérprete tem sempre meio de desfazer, utilizando os processos de hermenêutica administrativa”.¹⁰

Os conceitos indeterminados, diferentemente, caracterizam-se por

“pertencer (...) ao mundo da sensibilidade, ao mundo da razão prática, onde domina a incerteza, o parecer de cada um, onde não existe uma lógica de valor universal, mas concepções individuais, acientíficas, subjetivas (*individuelle Antwort*), e então o juízo de subsunção não mantém já o mesmo caráter de necessidade lógica, de categoricidade”.¹¹

Exemplos de utilização de “conceitos teóricos”, “determinados”, encontram-se em normas que prescrevem serem “capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de dezoito anos”, as que estabelecem prazos em número, de dias, meses ou anos; a que prevê a aposentadoria compulsória aos setenta anos. Exemplos de “conceitos indeterminados” acham-se em normas que se referem a condições de urgência, calamidade, probidade, notório saber e boa-fé.

A outra feição normativa ensejadora de discricionariedade deriva de que “em inúmeros casos, o legislador, embora possa prever um único comportamento, deixa, deliberadamente, ao administrador uma margem de liberdade”.¹²

Precipuaente trata-se, aqui, da atribuição de uma faculdade ao administrador, que pode escolher entre agir ou não agir, ou pode agir desta ou daquela maneira. Exemplos são as normas que, para contratações até deter-

10 Queiró, “A Teoria do ‘Desvio de Finalidade’ em Direito Administrativo”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. VI, p. 60, out. 1946.

11 *Ibidem*, p. 61.

12 Oliveira, *op. cit.*, p. 69.

minado valor, faculta ao administrador realizar ou não o prévio procedimento licitatório; ou as que, para provimento de um cargo, dão ao administrador liberdade para escolher pessoa de sua confiança, ou um indivíduo dentre vários constantes de lista previamente elaborada.

Embora ambas as vertentes da discricionariedade sejam igualmente relevantes, é aquela caracterizada pelos conceitos indeterminados a que tem trazido as formulações mais polémicas.

O mestre lusitano Afonso Rodrigues Queiró chega mesmo a identificar discricionariedade e conceitos indeterminados, ao concluir, em minucioso e clássico estudo, publicado na década de 1940, com grande influência até hoje na doutrina brasileira:

“O conceito de poder discricionário (...) resume-se nisto: trata-se de uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições-de-fato do agir administrativo – escolha feita sempre dentro dos limites da lei (...)”.¹³

2.2. Concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello

Grande contribuição à doutrina da discricionariedade administrativa deu-nos Celso Antônio Bandeira de Mello, ao rever alguns dos marcos asentados no pensamento tradicional.

Inicialmente, inova ao afirmar que do pressuposto *finalidade* do ato administrativo também pode resultar discricionariedade ao administrador, do mesmo modo que em relação ao *motivo*:

“É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos *plurissignificativos* (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos”.¹⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello coloca-se, portanto, parcialmente em concordância com a doutrina tradicional, ao defender que os conceitos indeterminados ensejam discricionariedade.

13 Queiró, *op. cit.*, pp. 77-78.

14 *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 1998, p. 19.

Porém, não admite que, independentemente dos casos concretos, aos quais a regra legal será aplicada, possa-se vislumbrar discrecionariiedade em todo e qualquer ato decorrente da aplicação da norma. No caso concreto, as circunstâncias podem reduzir a discricção potencialmente inserta no plano normativo, chegando mesmo a reduzi-la a zero.¹⁵

O mesmo autor diz ainda que a discrecionariiedade deve ser entendida no contexto lógico do trabalho legislativo e das razões pelas quais desse resulta atribuir-se liberdade de ação ao administrador: "... não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou".¹⁶

Disso resulta outra importante conclusão:

"A discrecionariiedade é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito.

(...) em quaisquer outros casos nos quais a mente humana possa acordar em que diante do caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderá ser validamente adotada, nada importando que a norma haja conferido liberdade para o administrador praticar o ato tal ou qual, pois se a lei exige a adoção da providência ótima, não basta que seja apenas uma dentre as abstratamente comportadas nela".¹⁷

Não apenas a situação concreta de aplicação da lei importará em possível redução da discrecionariiedade, mas também o pressuposto de que a Administração Pública sujeita-se ao *dever de boa administração*, que implica no dever de busca da "medida que atenda de modo preciso" à finalidade da lei. Assim, a liberdade administrativa acaso conferida pela norma legal:

"Significa o dever jurídico funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência – isto é, o ato – ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente – tal como firmado na regra aplicanda".

15 *Ibidem*, p. 41.

16 *Ibidem*, pp. 32-33.

17 *Ibidem*, pp. 43-44.

Chega, então, *Celso Antônio Bandeira de Mello*, a um conceito reformulado:

“Discrecionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”¹⁸

2.3. Por uma Visão mais Estrita da Discrecionariedade Administrativa

2.3.1. Finalidade e discrecionariedade: paradoxo a ser defrontado

A partir do patamar consubstanciado no pensamento de *Celso Antônio Bandeira de Mello*, pode-se empreender um outro trabalho de crítica, não só da doutrina tradicional, mas também daquela defendida pelo mestre paulista.

Inicialmente, não há como subestimar a dificuldade da doutrina tradicional em replicar a tese de que a previsão da finalidade legal da ação administrativa pode ensejar discrecionariedade.

Se é aceito que o emprego de *conceitos indeterminados* na previsão legal do *motivo* do ato implica discrecionariedade, como negá-la em face da mesma espécie de conceitos, aplicados ao estabelecimento da finalidade?

É uníssona a afirmação de que todo ato administrativo deve visar ao *interesse público*. Esse fim mais amplo é amiúde expresso por termos que buscam sua especificação: *moralidade, bons costumes, segurança, saúde pública, disciplina* etc.

Todos esses conceitos têm a mesma feição “indeterminada”, “imprecisa”, “prática”, apresentada pelos que podem indicar o motivo do ato.

Seabra Fagundes enfrentou a objeção de *Celso Antônio Bandeira de Mello*, afirmando que:

“... no *motivo* (fundamentos, razões imediatas em que se estriba o ato) se avaliam circunstâncias a serem pesadas segundo critérios livres (...). Enquanto a *finalidade* (resultado a alcançar pelo comando contido no ato) supõe, em plano maior (e não no imediato da avaliação de circunstâncias emergentes), a satisfação de um interesse social (...) por contraposição a interesses outros,

18 *Ibidem*, p. 48.

caso ocorrentes ao administrador. (...) Para dizer-se que no ato da Administração a finalidade é sempre vinculada, considera-se que todo ato administrativo pressupõe um alvo de interesse público específico (...) cujo desvio se constata, não tendo em vista a flexibilidade de um conceito em face de certos fatos (...), porém sim o abandono, pela Administração Pública, da finalidade básica assinada ao seu proceder".¹⁹

Contudo, para se afirmar que o administrador esteja ou não buscando, com seus atos, o alcance da *moralidade*, dos *bons costumes*, da *disciplina* etc., há que se ter em mente *o que* é indicado por tais expressões. E se elas indicam conceitos imprecisos, como não reconhecer – coerentemente com o afirmado quanto ao *motivo* – a discricionariedade do administrador ao trabalhar com tais conceitos?

Porém, o afastamento da contradição pelo reconhecimento de discricionariedade administrativa derivada da previsão da finalidade por conceitos indeterminados, como advoga *Bandeira de Mello*, não é a melhor alternativa.

Entendo que a razão encontra-se com a doutrina tradicional, ao negar a discricionariedade quanto à finalidade do ato nesse contexto. Seu equívoco é o de vislumbrar discricionariedade na apreciação do *motivo*, quando expresso pelos chamados *conceitos imprecisos*.

Chega-se, assim, à necessidade de visitar tema objeto de recentes reformulações entre nós: o dos *conceitos jurídicos indeterminados*.

2.3.2. Conceitos jurídicos indeterminados

2.3.2.1. Termo ou conceito indeterminado?

A expressão *conceitos jurídicos indeterminados* foi cunhada no direito alemão no início do século XX, com o objetivo de *separar* dois campos de referência normativa da atividade da Administração Pública: aquele legalmente caracterizado pelo uso legislativo de tal espécie de *conceitos*, que não se poderia confundir com outro, o da atribuição legal de *discricionariedade* ao administrador público.

Embora, nesse esforço, imensa e rica produção teórica tenha sido elaborada, pouco se explicita acerca do porquê da terminologia utilizada, que pode ser objeto de algumas perplexidades, a exemplo daquela revelada

¹⁹ *Op. cit.*, pp. 67-68.

pela polêmica que, no Brasil, foi instaurada entre *Celso Antônio Bandeira de Mello* e *Eros Roberto Grau*.

O primeiro considera que os *conceitos indeterminados* implicam, potencialmente, discricionariedade, dada a imprecisão contida em *si mesmos*.²⁰

Eros Grau considera que a expressão *conceitos jurídicos indeterminados* constitui-se em equívoco. Inicialmente, lembra que *conceito* é a representação mental (*signo*) de uma coisa (seu *objeto*); é produto da reflexão, expressando uma *suma de idéias*, para cuja formulação "... extraímos mentalmente do objeto sua aparência singular ou individual. Daí por que o conceito, em oposição à imagem ou à representação concreta, ou gráfica, é sempre abstrato".²¹

"A cada conceito corresponde um *termo*", que é "*o signo lingüístico do conceito. Assim, o conceito, expressado no seu termo, é coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto)*".²²

Poderíamos representar esta concepção com o seguinte esquema: C-T-O, ou seja, de cada coisa, ou *objeto* (O), formulamos uma suma de idéias a ele correspondente, o *conceito* (C) e utilizamos um *termo* (T) como *signo* do conceito, mediador entre este e o *objeto*.²³

20 *Op. cit.*, p. 21.

21 "Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade", in Rocha (Coord.), *Perspectivas do Direito Público (Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes)*, 1995, pp. 312-313.

22 *Ibidem*, p. 313.

23 A seguinte síntese de *Francis Vanoye* auxilia-nos na compreensão das mesmas idéias: "A noção de signo é básica na lingüística. Signo é a menor unidade dotada de sentido num código dado. Decompõe-se num elemento conceptual, não perceptível, o *significado* (por exemplo, a palavra *mesa* pode ser ouvida ou vista, conforme seja pronunciada ou escrita: o som 'mesa' e a forma gráfica 'mesa' são significantes que remetem ao mesmo significado, o conceito de mesa, 'objeto constituído por uma superfície plana sustentada por um ou mais pés'). O *referente* é o objeto real ao qual remete o signo numa instância de enunciação: *Esta mesa de jantar, esta mesa de jogo*. Assim, no caso do signo *mesa*, diversos significantes (um som, ou melhor, uma combinação de sons ou uma combinação gráfica etc.) correspondem a um significado (o conceito de mesa) que, por sua vez, designa uma classe de referentes (mesa de um só pé, mesa redonda, mesa baixa etc.). Em outros casos, um mesmo significante pode remeter a vários significados (por exemplo, o significante *folha* remete aos significados 'folha de árvore' e 'folha de papel'); é o contexto que elimina a ambigüidade" (*Usos da Linguagem: Problemas e Técnicas na Produção Oral e Escrita*, 1987, pp. 29-30).

Como o *conceito* é convencional a dada comunidade, daí resulta que ele “é a representação de uma *idéia universal* que, quando intencionada, conduz à formulação de uma *imagem*, no pensamento do intérprete”. Se o conceito fosse “indeterminado”, não poderia cumprir esse papel, ou seja, *não seria conceito*, pois: “O mínimo que se exige de uma *suma de idéias*, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada”.²⁴

A indeterminação – irá concluir *Grau* – reside, então, nos *signos* pelos quais referimo-nos aos *conceitos*, ou seja, nos *termos*, cuja ambigüidade ou imprecisão perturba o pensamento claro e a expressão lúcida.

Bandeira de Mello vê equívoco nesta afirmação, pois os termos (ele prefere a expressão “palavras”) que recobrem os conceitos “designam *com absoluta precisão* algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos”.²⁵

2.3.2.2. Nem “termo”, nem “conceito” indeterminado

Embora a doutrina sobre o tema careça, como registrado, de úteis explicitações sobre os termos adotados e seus fundamentos, permite transparecer o que efetivamente encontra-se por trás de certas simplificações de expressão.

Quando se lê a vasta literatura alemã sobre a matéria, verifica-se, ora mais, ora menos explicitamente, que a “indeterminação”, a “imprecisão”, não reside nem no termo, nem no conceito.

Nesse aspecto, *Bandeira de Mello* e *Eros Grau*, em parte têm razão, em parte não.

Se os *signos* são convenções lingüísticas, se o *significante* e o *significado* ligam-se por acordo entre os usuários de uma dada linguagem, a *determinação* convencional *dos significantes e seus significados* são *conditio sine qua non* da comunicação.

Por isso, tomadas isoladamente as expressões, tanto é impropriedade falar-se de “conceitos indeterminados”, quanto o é a expressão “termos indeterminados”. Se esses *significantes* aos quais associamos dados objetos fossem indeterminados, a comunicação seria impossível.

Suposta uma comunidade cuja língua é o português, se nela alguém pronuncia ou escreve a palavra “cadeira”, trata-se de termo convencional-

24 *Grau, op. cit.*, pp. 314-315.

25 *Op. cit.*, p. 21. Confirma-se a réplica de *Grau in op. cit.*, p. 316 (nota 12).

mente *determinado*, que suscita no interlocutor o seu conceito, também *determinado* convencionalmente. Claro é que se alguém pedir aos indivíduos dessa comunidade de linguagem que expressem o conceito de “cadeira”, haverá diferentes palavras utilizadas para, analiticamente, expressar a *suma de idéias* a que se refere o termo “cadeira”. Mas todos indicarão idéias comuns, em torno daquilo que se poderia indicar como “móvel que consiste num assento com costas, e, às vezes, com braços”.²⁶

Outro exemplo: se alguém utiliza o termo “urgência”, aos membros dessa comunidade de linguagem suscitar-se-á um conjunto de idéias que serão expressas analiticamente por outros termos, tais como “situação que exige rápida providência”, “qualidade do que é indispensável e iminente”. Repita-se: o *termo* (urgência) e o *conceito* (as idéias *abstratas* por esse suscitadas) são precisos, ou seja, determinados por *convenção* lingüística.

Há contudo, primeiramente, imprecisão ínsita à *expressão dos conceitos* indicados pelos *termos*, que se revela no fato de que aquela sempre se utilizará de outros termos, que pressuporão outros conceitos, em cadeia de remissão que torna a convenção lingüística um processo complexo. Isso se verifica, porém, em *todos* os termos e respectivos conceitos, e não apenas naqueles reconhecidos pelo pensamento jurídico como “imprecisos”.

Porém, quando a teoria jurídica refere-se aos “conceitos indeterminados”, a imprecisão reside em outro aspecto da comunicação: se alguém, numa comunidade de linguagem, indaga se uma *específica situação*, real ou fictícia, é, por exemplo, ensejadora de “urgência”, muito provavelmente encontrar-se-ão pessoas que responderão afirmativamente; outras, negativamente; outras, que “talvez”.

Ou seja, nesta perspectiva, a imprecisão *não se encontra nos signos abstratos da comunicação, nem nos objetos concretos* (coisas, fatos) que existem ou ocorrem, mas *na subsunção aos signos desses múltiplos objetos* que cotidianamente com eles desejamos indicar.

A *subsunção* é feita a todo o momento por grande variedade de *pessoas*, com visões de mundo e da situação específica mais ou menos distintas. Por isso não se poderia evitar certa “indeterminação” no uso da linguagem no dia-a-dia. A respeito dessa relatividade dos *signos*, não só diante das coi-

26 Como a generalidade dos termos, “cadeira” também pode ser tomado em diversas acepções. No exemplo dado, está também suposto que o contexto elimina ambigüidades, como lembra *Vanoye* (cf. nota 24, *supra*).

sas, mas também perante os *indivíduos comunicantes*, é esclarecedora a advertência de *Adam Schaff*:

“... o signo está relacionado com as *peçoas que se comunicam* de maneira definida e socialmente condicionada, e com o *objeto*. Essa relação dupla (e não, como é usual, a relação do signo com o objeto, apenas) leva a uma consequência aparentemente trivial e no entanto de enorme interesse para a correta análise do signo: a função precípua do signo é *comunicar* alguma coisa a alguém, *informar* alguém de alguma coisa”.²⁷

Por isso, inútil seria substituir os *termos* (convencionalmente *determinados*) hoje conhecidos por outros, ou alterar o modo de, analiticamente, expressar os seus respectivos *conceitos* (também convencionalmente *determinados*). A imprecisão, ou seja, o dissenso entre os sujeitos comunicantes permaneceria ao se indagar se a coisa ou fato concreto *X* corresponderia ao termo *Y* e seu respectivo conceito.

A consulta à literatura alemã sobre o tema dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmter Rechtsbegriff*) permite vislumbrar que a idéia é mesmo essa.

Creifelds define-os como “aqueles cujo conteúdo não é preenchido por uma *delimitação fixa dos fatos*, mas necessita a sua determinação no caso concreto, *a propósito da aplicação do direito em relação a um dado pressuposto*” (grifei).²⁸

Esclarecedora também é a lição de *Bachof*, ao dissertar sobre o “verdadeiro problema” dos conceitos jurídicos indeterminados:

“São, na realidade, duas *diferentes* ‘questões jurídicas’: de um lado, se um fato objetivamente é subsumível sob um suposto jurídico, e, doutro lado, se, a propósito de uma devida apreciação, à autoridade pública é *permitido* subjetivamente subsumir um fato sob um suposto jurídico”.²⁹

27 *Introdução à Semântica*, 1968, p. 176.

28 “Unbestimmte Rechtsbegriffe sind solche, deren Inhalt nicht durch einen festumrissenen Sachverhalt ausgefüllt wird, sondern bei der Rechtsanwendung auf einen gegebenen Tatbestand im Einzelfall einer Fixierung bedarf” (*Rechtswörterbuch*, 1994, S. 1213).

29 “Es sind eben zwei verschiedene ‘Rechtsfragen’, ob einerseits ein Sachverhalt objektiv unter einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren ist, und ob andererseits die Behörde subjektiv einen Sachverhalt bei pflichtmässiger Beurteilung unter einen Tatbestand subsumieren darf” (*Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Juristenzeitung*, Feb. 1955, S. 99).

Também *Erichsen* e *Martens* frisam a *subsunção* do fato à dicção legal como problema central acerca dos conceitos jurídicos indeterminados.³⁰

Pode-se concluir, então, que a expressão *conceitos jurídicos indeterminados* é, tal como “ato discricionário”, uma “imagem de síntese”. Com ela se quer dizer “indeterminação (imprecisão) na subsunção do fato ao conceito previsto na lei”. Para se evitar a todo momento a utilização de tão extensa expressão, cunhou-se uma mais sintética, a qual, desde que corretamente contextualizada e entendida, é inteiramente válida para indicar o fenômeno a que se reporta.

2.3.2.3. Conceitos indeterminados *versus* discricionariiedade

2.3.2.3.1. Conceito indeterminado como hipótese de vinculação normativa

Do fato de que pode haver – e normalmente há – dissenso na aplicabilidade dos *conceitos jurídicos indeterminados*, não se deve extrair a conclusão de que implicam discricionariiedade de ação ao administrador.

Justificativa mais elaborada para defender essa tese é formulada por *Celso Antônio Bandeira de Mello*, que defende haver duas vertentes da discricionariiedade: a “liberdade volitiva” e a “liberdade intelectual”.

A primeira seria a “liberdade conferida no mandamento” da lei, consistente em deixar ao agente público alternativas de conduta, seja a de expedir ou não o ato, seja a de escolher o momento oportuno para praticá-lo, ou a de eleger a forma que esse revestirá, ou, ainda, a de optar por uma entre várias medidas legalmente possíveis”.³¹

A “liberdade intelectual” resultaria dos *conceitos jurídicos indeterminados* contidos na norma legal a aplicar. *Bandeira de Mello* explica que “muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível constatar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis”. Por isso,

“... se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente

30 “Das Verwaltungshandeln”, in *Erichsen & Martens* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1983, S. 186-187.

31 *Op. cit.*, pp. 19, 22-23.

fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, *não se poderá dizer que violou a lei*, que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido *dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava*.³²

A primeira objeção ao posicionamento dos conceitos indeterminados no campo da discrecionariedade administrativa vem de observação de outros campos do direito.

Tais conceitos não se constituem em particularidade do direito administrativo, ou mesmo do direito público, encontrando-se em qualquer ramo do direito. Se na esfera publicística é comum encontrarem-se referências à “utilidade pública”, “ordem pública”, “interesse coletivo” etc., no direito privado comparecem amiúde termos como “boa-fé”, “bons costumes”, conduta de bom pai de família”, “mau comportamento” etc.

Trata-se, portanto, de tema da Teoria Geral do Direito, e não de particularidade do direito administrativo, a conferir poderes especiais, ou discrecionariedade, ao agente público. Ao se aplicar o conceito a uma específica situação fática:

“Ou se dá ou não se dá o conceito, ou há boa fé ou não há boa fé no negócio, ou o sujeito comportou-se como um bom pai de família ou não, podemos dizer em termos do Direito Privado, ou em nosso campo: ou há utilidade pública ou não há; ou se dá, ou o preço que se assinala é justo ou não é etc. *Tertium non datur*.”³³

Não se põe em dúvida que um juiz pode, a propósito de um litígio entre particulares, examinar as provas e argumentos contidos nos autos e decidir se houve “boa fé”, “mau comportamento”, “honestidade” etc. Mas se expressões da mesma natureza surgem numa regra dirigida à conduta da Administração Pública, então, como que por um passe de mágica, o juiz se torna inapto para saber se a condição abstratamente apontada pela norma efetivamente ocorre no caso concreto.

Só isso já seria o suficiente para demonstrar que a tese de que *conceitos indeterminados* implicam discrecionariedade não tem justificação ma-

32 *Ibidem*, p. 23.

33 Garcia de Enterría. *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes Normativos)*, 1974, p. 35.

terial. Sua verdadeira base é a *raison d'État*, fundamento inaceitável no Estado de Direito.

Outra objeção diz respeito à visão hermenêutica que se põe como pressuposto da tese aqui combatida.

Para explicar por que os *conceitos indeterminados* implicariam discricionariedade, afirma-se que eles não permitiriam que se extraísse, por um “mero trabalho de interpretação”, o sentido “correto” na aplicação da lei, sendo então necessário lançar mão de uma “liberdade criativa” para “preencher o sentido da lei”.

A propósito vejam-se as seguintes passagens de *Celso Antônio Bandeira de Mello*:

“Pela interpretação o intérprete se apodera da finalidade, sentido e conteúdo preexistentes em a norma. Eis pois, que por via da exegese apenas são franqueadas as portas para a inteligência do que já existia. A realidade apoderada é um dado externo ao sujeito que a persegue, por ser interna ao objeto perseguido.

Nos casos de discricionariedade, o administrador *também* interpreta, mas não se esgota nisto sua função. Primeiramente, necessita realizar o tipo de operação racional a que se acaba de aludir. Concluído o *iter* interpretativo, defronta-se com possibilidades plúrimas, justamente pelo fato de a norma admitir soluções múltiplas, suscetíveis quaisquer delas de dar implemento à finalidade proposta e satisfação à vontade legal adrede mantida em um *certo grau de indeterminação* pelo legislador”.³⁴

“Seria equivocado supor que não se propõe questão de discricionariedade ante o tema dos conceitos vagos, *sub color* de que apreender-lhes o sentido é operação mental puramente *interpretativa* da lei, logo, ato da alçada do Judiciário, por ser mera *intelecção* da lei (...)”.³⁵

Primeiramente, há que se observar que essa visão parte de postura estritamente exegética: acredita-se ser possível, por via do trabalho interpretativo, “extrair” de um texto legal o (*único*) sentido *preexistente*. Ou seja, nenhum ato volitivo, nenhuma contribuição criativa do sujeito intérprete estaria presente nesse trabalho.

A tese, como muitos o afirmam, não se sustenta. Já no início do século XX dedicou-se *Hans Kelsen* a apontar o equívoco dessa visão, que caracterizou como “auto-ilusão contraditória”, por se opor ao pressuposto da possibilidade de uma interpretação:

34 *Elementos de Direito Administrativo*, 1986, p. 220.

35 *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 1998, p. 24.

"A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único acto administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

De certo existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do direito do que este. Mas também este último é um criador do direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.

(...)

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva".³⁶

Portanto, a interpretação não é apenas um ato de conhecimento de algo já contido na regra, pois esse trabalho cognoscitivo pode apontar vários possíveis conteúdos extraíveis da norma. Para além dele, haverá uma outra função, que *Kelsen* chama de "política jurídica": a fixação, por um trabalho volitivo, de qual das possibilidades de entendimento da norma prevalecerá, por ser a mais adequada, segundo a visão do intérprete.

A esse trabalho chama *Eros Grau* de *prudência*:

"... a aplicação (que é, concomitantemente, interpretação) do direito não é ciência, mas prudência. As soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de uma ou outra significação (conceito) a determinada coisa, estado ou situação, linear e unidimensionalmente, porém desde a ponderação de variáveis múltiplas, o que, efetivamente, confere à interpretação/aplicação do direito aquele caráter de prudência. Insisto no seguinte ponto: embora o conceito seja sempre significação determinada, em diversas instâncias de enunciação – ou seja, nos diversos enunciados virtuais de uma mesma sentença – ganha multiplicidade de referências, que explicam e justificam mais de uma solução normativa".³⁷

36 *Teoria Pura do Direito*, 1979, pp. 469-470.

37 *Op. cit.*, p. 319.

A interpretação, portanto, é o trabalho de busca da *melhor* aplicabilidade possível para uma norma, e não “o (único) *correto*” entendimento.

Por isso, demonstra *Eros Grau* que o conceito de discricionariedade formulado por *Celso Antônio Bandeira de Mello* (acima transcrito) bem serve a definir a atividade de *interpretação*, descartada apenas a expressão “liberdade conferida no mandamento”, única a referir-se apropriadamente à descrição, e também – acrescento – excluída a expressão “quando (...) dela (da norma) não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”, passagem denotadora da “auto-ilusão contraditória” a que se refere *Kelsen*.

A atividade interpretativa – na qual se insere a vinculação – é que implica na fixação, pelo intérprete, “segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal” (cf. a citada definição de *Bandeira de Mello*).

Donde se poder definir que *a vinculação caracterizará um aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na consideração do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível.*

Por oposição, *a discricionariedade caracterizará um aspecto do ato administrativo se a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, ou seja, ao direito é irrelevante que o administrador adote esta ou aquela alternativa.*

2.3.2.4. Vinculação e razoabilidade

O processo de interpretação e aplicação *vinculada* da lei deve levar ao *melhor comportamento*; mas frise-se que este não existe *de per si*, como algo a ser metafisicamente buscado num “consenso geral” ou numa “razão universal”.

Consoante a lição clássica de *Cirne Lima*,³⁸ toda a atividade administrativa, sendo o exercício de uma função, está umbilicalmente jungida

38 *Princípios de Direito Administrativo*, 1982, pp. 51-60.

ao cumprimento das finalidades legais. O Estado moderno, por sua vez, encontra sua justificação pretendendo representar os interesses da maioria (no caso do Estado capitalista, oriundo das revoluções burguesas do século XVIII, o "interesse geral" ou "bem comum"). Se essa justificativa não corresponder à realidade, ou for de tal modo mascarada, escondendo opressão sobre os verdadeiros interesses da maioria, é claro que ela se transformará em discurso ideológico. Mas a universalidade daquela justificação em si permanece válida. Resulta que o *princípio da boa administração*, como princípio jurídico, impõe a necessidade de o administrador agir da melhor maneira.

Mas para se determinar o melhor comportamento, deve-se, de início, afastar a idéia de que possa existir um comportamento mais adequado *de per se*, ou seja, algo que por si mesmo seja melhor. A determinação da melhor atitude tem de concorrer uma apreciação axiológica diante de certos fatos e de normas a estes aplicáveis. É dessa valoração, na qual reside o fator volitivo e criativo do intérprete e do aplicador do direito, que dado comportamento passa a ser caracterizado como melhor. Não é, portanto, um dado intrínseco à ação administrativa, mas algo externo a ela, que lhe é atribuído pela autoridade competente para tal e que por isso mesmo leva a efeito tal ato.

Ocorre que a apreciação e a decisão do administrador pode achar-se em confronto com dados objetivos, que não foram levados em conta no momento da emissão do ato, ou que o foram de maneira contraditória frente ao conteúdo do ato. Se assim o entender o administrado, terá ele o direito de acionar o controlador do ato, o que levará à apreciação deste em seu conteúdo, forma e pressupostos, para declarar-se a validade ou não do comportamento adotado. Para isso, no entanto, é necessário que o órgão julgador receba os subsídios objetivos (fáticos e jurídicos) necessários à formação do seu convencimento acerca do problema. Não sendo esses suficientes para demonstrar a ilegalidade do ato emitido, ou não se mostrando contraditórios ao ato, o julgador manterá a decisão. Caso contrário, declarará a sua nulidade.

E isso será possível porque o ato se acha *vinculado* a uma regra de direito que pede um só e, pois, o melhor comportamento possível. E se não determina qual este comportamento nos casos concretos, é porque à sua natureza são intrínsecas a abstração e a generalidade, deixando ao seu aplicador o reconhecimento da melhor oportunidade e maneira de sua concretização e individualização.

A impossibilidade de se pretender aplicar às normas sociais o raciocínio lógico-formal, com pretensão de se chegar a conclusões *exatas* (nesse sentido, "*certas*") é que leva a descartar a distinção, tal como feita pela doutrina tradicional e por *Bandeira de Mello*, entre discricionariedade e *interpretação*, tomada esta como processo de raciocínio exato. E é a mesma razão que leva a incluir a interpretação dos *conceitos jurídicos indeterminados* no campo da vinculação.

O parâmetro da busca da melhor alternativa, seja diante de conceitos "*teóricos*", seja perante os conceitos "*práticos*", "*indeterminados*", será o da chamada "*lógica do razoável*", ou "*razoabilidade*", de destacada formulação por *Recaséns Siches*.

Partindo da constatação de que a lógica formal, ou seja, a lógica do racional, não esgota a totalidade do *logos*, da razão, e que ela não se constitui em instrumento apto à solução dos problemas humanos práticos, como os políticos e os jurídicos, propõe *Siches* o estudo e a compreensão do Direito por meio da lógica do razoável.

A razoabilidade tem como características fundamentais, em contraposição à mera racionalidade, as que a configuram como a lógica impregnada de valorações, de critérios axiológicos, que constituem a base ou apoio para a formulação de propósitos, para se estabelecerem finalidades, condicionadas pelas possibilidades circunscritas à realidade concreta do mundo em que se opera.

A lógica do razoável, ou lógica do humano, conforme expressão de *Siches*, rege tanto a produção das regras gerais como das normas individuais; tanto a obra do legislador quanto a do juiz ou do funcionário administrativo.³⁹

É elucidativa a seguinte passagem de *Siches*:

"A lógica da razão pura, do racional, da inferência, tem aplicação somente ao estudo das formas *a priori* ou essenciais do jurídico, mas não tem aplicação à matéria ou conteúdo das normas jurídicas.

A lógica do *racional*, da razão pura, pode, ademais, ter alguma intervenção, mas muito limitada e simplesmente incidental, quando em um assunto humano se ache incrustado um problema de tipo matemático, como, por exemplo, o de medir um prédio, ou de calcular rendimentos, ou bem o problema de determinar a igualdade de duas situações.

39 *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 1973, pp. 277-289.

Mas a determinação dos conteúdos do direito, tanto das normas gerais, como das normas individualizadas, deve reger-se pelo *logos do humano e do razoável*.

(...)

A solução estimativa ou valorada não está reservada exclusivamente ao legislador. Pelo contrário, a função estimativa ou axiológica penetra e satura todos os graus na produção do direito. A função do órgão jurisdicional, neste sentido, ainda mantendo-se, como deve fazê-lo, dentro da obediência à ordem jurídico-positiva, é sempre criadora, pois se alimenta de um rico complexo de valorações particulares sobre o singular, as quais podem ser levadas a cabo com autoridade somente pelo órgão jurisdicional”.⁴⁰

Assim, também pela limitação da liberdade do administrador a “critérios consistentes de razoabilidade”, aproxima-se o conceito de discricionariedade de *Bandeira de Mello* à idéia de *interpretação*, desde que construída esta fora dos parâmetros do pensamento exegético.

Neste ponto, já se pode apontar uma contradição relevante na linha do pensamento de *Bandeira de Mello*. Se os conceitos jurídicos indeterminados são um fator que potencialmente desencadeia discricionariedade, como pretender limitá-la invocando a *razoabilidade*? Haverá algum conceito mais fluido, vago, indeterminado, que “razoabilidade”? Como, então, pretender limitar discricionariedade por meio de outro elemento que leva à discricionariedade?

Claro está que este dilema somente se apresentará se vislumbrarmos nos conceitos indeterminados uma vertente da discricionariedade, conclusão aqui já rejeitada.

Precisamente pelo fato de que a razoabilidade, como todo *conceito indeterminado*, não leva à discricionariedade, é que se pode vislumbrar nela o método adequado a se perquirir o mais apropriado entendimento do texto legal a ser aplicado.

E um fator essencial no conjunto de elementos que irão persuadir os demais membros de uma comunidade – o Judiciário aí incluso – de que o aplicador deu, num caso, a melhor interpretação do direito, é a fundamentação de seu convencimento, que, no ato administrativo, deve transparecer na *motivação*.

40 “Algunos Criterios y Análisis sobre el Logos de lo ‘Razonable’”, in *Antologia* (1922-1974), 1976, pp. 361-362.

3. MOTIVAÇÃO DO ATO DISCRICIONÁRIO

3.1. Motivação do Ato Administrativo: Conceito e Função

A *motivação* ou *fundamentação* do ato administrativo é o seu *discurso justificador*, a explicitação das razões que levaram a Administração a praticá-lo. Trata-se do que *D'Alessio* designa "*motivação formal*", por distinção da "*motivação material*": em sentido substancial, não é concebível inexistência de motivação, já que toda declaração de vontade do Poder Público tem de guardar uma relação de interdependência lógica com as razões que influíram em sua determinação.⁴¹ A *motivação formal*, por outro lado, seria a expressão das razões, com a demonstração da existência da relação.

Portanto, o ato administrativo será *materialmente* motivado, quando possuir pressuposto fático que tenha autorizado ou obrigado o administrador público a emití-lo e corresponder às outras exigências legais impostas para sua prática.

Por sua vez, a *motivação formal* constitui-se na demonstração, pelo administrador, da existência da *motivação substancial*. Vale dizer: na exposição capaz de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal.

3.2. Extensão do Dever de Motivar

Até o advento da Constituição de 1988, considerável parcela do pensamento jurídico brasileiro não se ocupava do tema da *motivação* do ato administrativo, ou entendia de modo muito restrito a extensão do dever de motivar.

Interessa-nos aqui a análise da amplitude desse dever, em vista da vinculação e da discricionariedade do ato.

Hely Lopes Meirelles entendeu que somente sobre os atos vinculados incidiria a obrigatoriedade de motivar, o que se explicaria pelo fato de que

"... em tais casos, a ação administrativa está bitolada estreitamente pela lei ou pelo regulamento, impondo ao administrador a obrigação de demonstrar a

41 *Apud* Maria Diez, *El Acto Administrativo*, 1961, p. 241.

conformação de sua atividade com todos os pressupostos de direito e de fato que condicionam a eficácia e validade do ato".⁴²

Em sentido diametralmente oposto, defenderam outros autores que a motivação tem maior importância nos atos discricionários, por ser mais fácil o controle da ação vinculada da Administração Pública, mesmo sem expressa fundamentação, já que bastará contrastar os requisitos do ato com as normas legais para se concluir pela sua validade ou não.

Já os atos discricionários sempre teriam de ser motivados, a fim de se garantir que, ao praticá-los, o administrador contenha-se nos limites da finalidade e competência relativos aos atos emitidos, que os motivos realmente existam e que estes guardem relação causal com o conteúdo do ato a que se referem. A motivação permitiria, então, a sindicabilidade da ocorrência desses aspectos ligados ao ato.

Incisivo, a respeito, *Adilson Dallari*:

"... exatamente a discricionariedade, longe de dar uma liberdade maior, obriga a um maior rigor. Exatamente porque eu posso decidir de diferentes maneiras é que eu preciso deixar bem claro porque estou decidindo desta determinada maneira, e não de outra".⁴³

Entendo que a bifurcação discricionariedade/vinculação efetivamente reflete-se no dever de motivação do ato. *Não para excluí-lo num ou noutro caso, mas para delinear diferentemente o seu perfil.*

3.3. Motivação da Discricionariedade?

Em texto anterior,⁴⁴ já refutei a citada posição de *Dallari*, segundo quem, nos casos de discricionariedade, "é necessário deixar bem claro porque estou decidindo desta determinada maneira, e não de outra".

Após a Constituição de 1988, com o amplo reconhecimento do dever de motivação dos atos administrativos, passou-se a verificar pronunciamentos que, caminhando na direção apontada por *Dallari*, exigem que, para ser válida a decisão discricionária da Administração, deva ela ser objeto de fundamentação.

42 *Op. cit.*, p. 181.

43 "A Autoridade Coatora", in Celso Antônio Bandeira de Mello (coord.), *Curso de Mandado de Segurança*, 1986, p. 57.

44 Cf. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

Dois problemas aí se apresentam, merecedores de atenção por parte dos estudiosos e operadores do direito.

Por um lado, tal tese é amiúde aplicada em casos de “discricionariedade” resultante de conceitos indeterminados. Afirmam-se, então, por exemplo, que o motivo para a prática do ato implica avaliação “discricionária” do administrador, por ser expresso em conceitos imprecisos, mas exige-se do agente a motivação para demonstrar que tal conceito ocorreu no caso, ou, segundo também se diz, que a apreciação do motivo foi “razoável”.

Muitos não o percebem, mas esse é mais um fator demonstrativo de que não há discricionariedade nesses casos. O controle que se faz incide, em realidade, sobre a *interpretação* dada pelo administrador ao conceito, ao qual se acha vinculado, como anteriormente já explicado.

A motivação tem o papel de demonstrar que a *interpretação* se deu segundo a *lógica do razoável*, que os fatos pressupostos do ato existem e são aptos a deflagrar os efeitos determinados, que o agente tinha competência para atuar, que há coerência entre o motivo e o conteúdo, em vista da finalidade legal.

É pela motivação que o administrador buscará persuadir os destinatários do ato e a comunidade em geral de que sua decisão é a melhor. Com ela, e demais subsídios, o controlador do ato terá meios para verificar a sua razoabilidade, ou seja, sua validade perante a ordem jurídica.

Outra situação bem distinta é aquela em que se verifica efetiva discricionariedade. Implicando a *prerrogativa de escolha entre comportamentos igualmente válidos e juridicamente tutelados*, as razões pelas quais o administrador opta por um deles é *juridicamente irrelevante*. Assim sendo, não há proveito em se exigir que o administrador venha a demonstrar porque agiu de uma e não de outra maneira, já que esta ou aquela são adrede validadas pela ordem jurídica. Um exemplo, tomado da legislação brasileira, tornará mais claro o raciocínio.

A Lei Federal nº 9.192, de 21.12.1995, alterou dispositivos da Lei nº 5.540, de 28.11.1968, que regulamentam a escolha dos dirigentes universitários. Ela determina que a nomeação de reitores e vice-reitores de universidades serão “nomeados pelo Presidente da República e escolhidos entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, cujos nomes figurem em listas tríplexes organizadas pelo respectivo colegiado máximo, ou outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim, sendo a votação uninominal”.

O ato de nomeação é *vinculado* nos aspectos citados. Seu *conteúdo*, porém, é caracterizado pela *discricionariedade* que dá ao Presidente da Re-

pública três alternativas de escolha, qualquer delas previamente validadas pelo direito.

Por isso, trata-se de três possíveis conteúdos para o ato de nomeação. Que se nomeie A, B ou C, é irrelevante para o direito, tanto quanto é o critério para a escolha, seja este o do nome mais votado no âmbito da universidade, ou o mais titulado, ou o mais idoso, ou aquele cujas idéias o Presidente julga mais próximas às políticas públicas em curso etc.

Para o direito, importa é que os pressupostos para constar da lista, materiais e processuais, sejam satisfeitos pelos três nomes.

Logo, a motivação do ato de nomeação nada tem a explicitar, além da competência de quem designa e do cumprimento daqueles requisitos vinculados expressos em lei.

A fundamentação tem de dar conta aos administrados de que os *limites* da discricionariedade, que se constituem em aspectos vinculados do ato, foram observados. Exigir mais seria negar a discricionariedade que se reconheceu antes ao ato.

4. CONCLUSÃO

Em síntese, apresentam-se articuladamente as principais conclusões a que se chega:

- 1) o direito, tal como outros ramos do conhecimento, utiliza-se com freqüência de “imagens de síntese”, tais como “ato discricionário” e “conceito jurídico indeterminado”, com as quais se busca facilitar a expressão de determinadas idéias, não se devendo, contudo, isolar esse termos do contexto e dos condicionantes diante dos quais foram concebidos;
- 2) a *discricionariedade* somente caracterizará um aspecto do ato administrativo se a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como *indiferentes jurídicos*, ou seja, ao direito é irrelevante que o administrador adote esta ou aquela alternativa;
- 3) por isso, não se pode caracterizar como hipótese de discricionariedade a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados*, que são expressões presentes em qualquer área do direito – e não peculiaridade do direito administrativo – e demandantes de *interpretação*, processo pelo qual o intérprete atribui à norma o sentido que entende o mais adequado para regular uma situação, segundo o método da *razoabilidade*;

4) a *motivação* do ato administrativo é fator essencial para a demonstração argumentada do intérprete e aplicador do direito, de que deu aos aspectos *vinculados* do ato, aí incluídos aqueles expressos por *conceitos jurídicos indeterminados*, a melhor interpretação cabível;

5) quanto aos aspectos efetivamente caracterizados pela *discricionariedade*, a motivação deverá demonstrar que o administrador ateu-se aos seus *limites*, traçados pelas normas jurídicas, não havendo sentido, para o controle jurisdicional, que é fiscalização de *legalidade*, e não de oportunidade do ato, exigir demonstração dos critérios de conveniência e oportunidade em si mesmos.

5. Bibliografia

- BACHOF, Otto. "Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", *Juristenzeitung*, nº 4, Tübingen: J. C. Mohr, S. 97-102, Feb. 1955.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- CAVALCANTI. *Teoria dos Atos Administrativos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- CIRNE LIMA, Rui. *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- CREIFELDS, Carl. *Rechtswörterbuch*, 12. Aufl., München, Beck, 1994.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- DALLARI, Adilson Abreu. "A Autoridade Coatora", in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Curso de Mandado de Segurança*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, pp. 39-68.
- ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang. "Das Verwaltungshandeln", in ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Berlin-New York, de Gruyter, 1983.
- GARCIA DE ENTERRIA. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Ediciones Civitas, 1974, p. 35.
- GRAU, Eros Roberto. "Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade", in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do Direito Público (Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes)*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Armênio Amado, 1979.

- MARIA DIEZ, Manuel. *El Acto Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1961.
- MASAGÃO. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. "A Teoria do 'Desvio de Finalidade' em Direito Administrativo", *Revista de Direito Administrativo*, vols. VI e VII, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, pp. 41-78 (vol. VI) e pp. 52-80 (vol. VII), out. 1946 (vol. VI) e jan.-mar. 1947 (vol. VII).
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1973.
- _____. "Algunos Criterios y Análisis sobre el Logos de lo 'Razonable'", in *Antología (1922-1974)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 341-364.
- SCHAFF, Adam. *Introdução à Semântica*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1968.
- VANOYE, Francis. *Usos da Linguagem: Problemas e Técnicas na Produção Oral e Escrita*, 7ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987.

A REVISÃO PARADIGMÁTICA DO ESTADO E DO DIREITO: UM EXERCÍCIO EM PROL DA DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA ADMINISTRATIVO

Maria Coeli Simões Pires

Doutora em Direito pela UFMG. Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFMG.

“O direito deve servir à vida; do contrário, ele não serve.”

Professor Doutor Paulo Neves de Carvalho

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Os paradigmas do Direito e do Estado. 1.1.1. Na pré-modernidade. 1.1.2. Na modernidade. 1.1.2.1. O Estado Liberal. 1.1.2.2. O Estado Social. 1.1.2.3. O Estado Democrático de Direito e a transição para a alta modernidade. 1.1.3. Na alta modernidade. 2. A crise da modernidade e seus reflexos no Direito e no Estado. 2.1. Reconceitualização de categorias jurídicas e sociais. 2.2. Esfera pública e esfera privada como domínios complementares. 2.3. Esfera pública política e legitimação. 3. Interesse público e interesse privado. 3.1. Noção de conceito jurídico indeterminado. 3.2. Condições de interesse público e interesse privado: abrangência das expressões. 4. A influência dos paradigmas de estado na interpretação jurídica. 4.1. O Estado Democrático de Direito: a atual contribuição do constitucionalismo para uma interpretação por princípios. 4.1.1. Proporcionalidade e adequabilidade. 4.2. O novo paradigma do Direito Administrativo e a razoabilidade como princípio de interpretação. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo põe em foco a interpretação jurídica na perspectiva de releitura de suas possibilidades de fundamentação e operacionalidade, dada a profunda reestruturação da noção de Estado de Direito, bem como da de Estado e de Direito, cada qual separadamente.

Essa reconstrução, que também está a determinar rumos novos para o Direito Administrativo, sustenta-se, em linhas gerais, no próprio avanço

dos paradigmas do Direito e do Estado, especialmente na chamada Alta Modernidade, na sucessão dos paradigmas da pré-modernidade e da modernidade.

É precisamente sob os reflexos da crise da modernidade – frustrada a crença na solução pela via da racionalidade positiva do Direito e problematizada a relação das esferas – que se busca o justo concreto e que o domínio do público perde a equivalência com o domínio estatal, enquanto se neutraliza a contraposição simplificada do público *versus* o privado.

O ideário do Estado Democrático de Direito, impossível de concretização sob a égide de um Direito fechado, reduzido a regras, invoca o adensamento destas, pelos princípios, em cada caso concreto, razão pela qual o Direito Administrativo perde de seu horizonte a segura referência da estrita legalidade como parâmetro da atuação estatal, e o interesse público deixa de ser considerado *a priori* como álibi inexpugnável, para ganhar densidade no campo de aplicação.

Dessa forma, a perquirição da razoabilidade e da adequabilidade dos atos administrativos e, em algum nível, das decisões governamentais (hoje já se fala em controle dos atos políticos e de políticas públicas) sobreleva no controle da Administração Pública, especialmente por parte do Judiciário. Exatamente porque tal perquirição se torna regular imperativo da nova discursividade democrática, na qual o Judiciário e a sociedade passam a ser interlocutores necessários do processo de consecução do interesse público e concretização da igualdade e da liberdade.

Vê-se que o tema central sobre o qual se está a debruçar neste trabalho é o da completa incorporação do princípio democrático pelo Direito Administrativo. Vale dizer, sustenta-se ser insuficiente a idéia de que os gestores públicos devam cumprir a lei de ofício (na célebre construção de Ruy Cirne Lima), se um tal cumprimento não se der de modo a que a definição e implementação do “público” sejam feitas discursivamente segundo o código principiológico fundamental.

Para enfrentar essas questões, o trabalho é dividido em cinco partes, sendo que a primeira delas se volta para o desenvolvimento dos paradigmas do Direito e do Estado, retomados desde a pré-modernidade, passando pelos marcos do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático dentro da modernidade e chegando, recentemente, à alta modernidade. No curso desses paradigmas, os conceitos de Estado e de Direito sofrem notáveis mudanças em consonância com as revoluções em torno do pensamento científico e da sociedade.

Na segunda parte, põe-se em relevo a questão de como a crise da modernidade tem promovido uma ressemantização de determinadas categorias jurídicas e sociais. Dito de outra forma, cuida-se, em especial, da incorporação de novos significados que se atribuem aos domínios da esfera pública e da esfera privada, bem como da relação entre esfera pública política e legitimação do Estado.

Na seqüência, detém-se na perspectiva de adensamento da noção de interesse público, correntemente invocada pelos administradores públicos. Tal processo se dá com base no afastamento da construção, segundo a qual o "interesse público" é definido em seara de reserva da discricionariedade administrativa. Em havendo, quando muito, conceitos jurídicos indeterminados, o Judiciário é capaz de percorrer até mesmo os ditos caminhos de indeterminação, porque, à luz do caso concreto, torna-se possível saber do caráter público ou não do alegado interesse assim qualificado. Mais ainda, é impossível determinar *a priori* a ocorrência de interesse público.

Na quarta parte deste estudo, o desafio da interpretação jurídica é tomado sob o enfoque da missão ambígua daquela, de realizar tanto pretensões de segurança jurídico-formal quanto de concretização de justiça, como provimento da igualdade e liberdade, atrelada ao caso concreto. Daí resulta que o resgate dos princípios no constitucionalismo contemporâneo faz-se necessário em meio à vivência efetivadora do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Em razão desse movimento e da complexidade social avassaladora é que o Direito Administrativo vem sendo chamado a romper com as premissas da estrita legalidade e das restrições ao controle do Judiciário sobre a Administração Pública, para assumir cada vez mais a perspectiva discursiva do que é ou não razoável diante do caso concreto, até como forma de correção dos excessos impostos pela racionalidade abstrata da modernidade, a partir do mito da possibilidade de capacidade do Direito fechado, e que nele próprio encontra suas razões, de construir o patamar de justiça por meio de estruturas lógico-hipotéticas.

Na quinta parte, desenvolvem-se as considerações finais, que buscam assinalar as tendências e os desafios do Direito Administrativo.

1.1. Os Paradigmas do Direito e do Estado

O Direito guarda sintonia com a concepção de Estado e de sociedade que o informa e, por isso mesmo, com determinado paradigma dominante,

isto é, molda-se aquele segundo a matriz de pré-compreensão ou a visão de mundo.

A noção de paradigma é tributária da hermenêutica filosófica, que, por meio da contribuição de Hans Georg Gadamer em *Verdade e Método*, inspira Thomas Kuhn nas reflexões desenvolvidas em *A Estrutura das Revoluções Científicas*, às quais se associam, depois, descobertas de Ludwig Wittgenstein (1987) no terreno da filosofia da linguagem e, finalmente, as formulações de Jürgen Habermas, ampliando o conceito para o campo das Ciências Sociais como noção de lingüística.

Tomadas como núcleo de idéias, crenças, concepções prevaletentes, os paradigmas podem ser agrupados em pré-modernos, modernos e pós-modernos, sobre os quais se passa a discorrer, sobretudo mediante apropriação de lições recorrentes e “internalizadas” de Menelick de Carvalho Netto (1995).

1.1.1. Na pré-modernidade

No resgate dos paradigmas da pré-modernidade, podem-se identificar, inicialmente, o da *Pólis*, como aparelho de organização social, e o do Direito, como algo devido em razão da origem das pessoas, já que a condição de nascimento é determinante de sua localização na escala social. A sociedade, dividida em castas, não laicizada, apresenta escasso grau de mobilidade, enquanto permanecem indistintas as esferas da religião, da tradição, dos costumes, da moral, dos valores e das normas jurídicas, transcendentemente justificadas.

Os paradigmas antigos condicionam, pois, *uma organização política e um Direito de privilégios, cuja base é a sociedade de castas*, na qual a justiça equivale à *equidade do desigual*, num artifício que acaba por reforçar a desigualdade originária da hierarquia social absoluta e divinizada, em que se mantêm as posições de nascimento (Carvalho Netto, 1996 (a): 129-152).

O Direito, produzido e aplicado segundo aquela lógica, minimiza a importância de princípios, apresentando-se como ordenamento casuístico, fracionário e sucessivo de reafirmação dos benefícios das castas e, assim, não vocacionado para a regulação geral e abstrata das condutas.

Sob a influência desse paradigma, o poder apresenta-se, assim, sob duas faces – a temporal e a espiritual –, enquanto o Direito é aplicado casuisticamente, segundo a sabedoria do juiz-legislador, como instrumento de legitimação daquela rígida hierarquia, tida como natural.

Já as organizações políticas medievais, baseadas na filosofia cristã, estruturam-se de acordo com os princípios e as normas do direito natural, compreendidas como de origem divina e marcadas pela índole limitativa do poder real, mediante a instituição das autoridades locais e pelos baronatos e bispados, selando-se a atividade política com o signo da justiça igualmente inspirada na moral cristã.

A pluralidade ou a superposição de esferas de autoridade e comando desperta a busca da consolidação de um poder soberano, organizado sobre um território unificado e sob um governo central, lançando-se as bases do Estado-nação.

A necessidade de contrapor-se ao esfacelamento do poder constrói a argumentação e a nucleação de valores, crenças e preconceitos do absolutismo, do Estado de polícia, que concentra todo o poder nas mãos do soberano insubmisso e ilimitado, responsável por uma ordem cujo máximo preceito se traduz pelos postulados universalmente conhecidos: "*the king can do no wrong*"; "*le roi ne peut mal faire*".

Logo, porém, os referidos paradigmas pré-modernos entram em crise, sobretudo por força da ação dissolvente do capital e como reflexo das lutas por liberdade de confissão religiosa e pela distinção das esferas normativas da religião, da moral, da ética social e do Direito.

1.1.2. Na modernidade

Com a evolução da Ciência Jurídica, a estruturação dos Estados modernos e, em especial, com o desenvolvimento do capitalismo, opera-se profunda transformação da sociedade. A modernidade cria o indivíduo como detentor de direitos naturais, já que todos são, no mínimo, proprietários de seu próprio corpo e de sua força de trabalho.

Os paradigmas pré-modernos sofrem, assim, alteração, quer em razão do capital, quer da força de trabalho – o contraponto. Ambos, fazendo *hominens livres e possessivos*, constituem-se em mecanismos de paulatina destruição da estrutura feudal, fechada e hierarquizada, o que traz como reflexo a separação das esferas antes indistintas (Carvalho Netto, 1995; 1996: 129-152).

Superados aqueles paradigmas, conquanto se mantenham alguns de seus aspectos ainda vigentes, trilha o Direito a senda do jusracionalismo. Reconhecem-se a todos a condição de sujeitos de direito e a possibilidade de disporem de seus recursos de modo a expandir as suas potencialidades, opondo-se-lhes como limite apenas a liberdade alheia.

Nesse contexto, emergem os Estados nacionais como espaço de elaboração racional de normatividade propriamente jurídica e de imposição de regras abstratas e abrangentes. Sustenta-se que o direito deve ser *imposto por lei emanada do aparato da organização política laicizada*. O direito passa a assentar-se no princípio de igualdade perante a lei; dá-se a *quebra dos privilégios de nascimento* pela extensão formal das liberdades e dos direitos a todos os membros da sociedade.

“O Direito público, todavia, está adstrito à *melhor sociedade*, na expressão de José Antônio Pimenta Bueno (1857). Só o Direito privado é inerente a todos, mas, em suas duas vertentes, tem-se um direito de escol, oriundo daquela sociedade. Com efeito, o Direito é de base elitista e excludente, já que cabe à esfera política, com o que se evidencia o fosso entre ela e a sociedade civil, ou seja, a superioridade daquela em relação a esta” (Carvalho Netto, 1995).

Tendo como pilares o predomínio da lei, a divisão de poderes e a garantia de direitos individuais, o constitucionalismo implanta o Estado de Direito, o Estado da legalidade, responsável pelo Direito e a ele sujeito.

Paulo Neves de Carvalho, com apoio em Léon Duguit, e a propósito da enunciação do princípio de legalidade, ressalta a concepção do Estado moderno, autolimitado pelas normas dele próprio emanadas:

“À margem das doutrinas que se controvertem na explicação do Estado ou na fundamentação do direito – subjetivismo e objetivismo, jusnaturalismo e absolutismo social, idealismo de Kant e positivismo de Comte, individualismo e solidarismo etc. – afirma-se, como conquista moderna, a existência de um Estado que se subordina a uma regra a ele próprio superior e que o limita em todas as suas manifestações. É o Estado de direito” (Carvalho, 1951: 13).

Odete Medauar lembra, a partir de apontamentos de Severo Giannini, que a expressão Estado de Direito

“na sua formulação originária revestia-se de significado polêmico contra o Estado Absolutista tardio (Estado de Polícia) e visava, na essência, à limitação do poder do Estado, pelo direito, como garantia aos indivíduos contra o arbítrio” (Medauar, 1992: 95).

Ao Estado Moderno cabe desenvolver um sistema normativo válido universalmente para a sociedade, estruturado sobre um conjunto de idéias postas como direito racional naturalizado, de valor absoluto. Projeta-se o fenômeno da unificação do Direito por força de progressiva imposição da

ordem jurídica estatal, o que se dá, segundo Jacques Chevallier, em caráter de substituição ou por meio de superposição às enucleações jurídicas preexistentes, sustentando-se a unidade da ordem jurídica para o conjunto da coletividade (1998: 665).

Carvalho Netto, baseado em leituras contemporâneas, e dirigindo sua atenção para o *status* da razão na modernidade, vê o

“Direito sob a ótica do paradigma do Estado de Direito como um sistema fechado, um sistema autopoietico, que se dá suas próprias razões, e que tem uma lógica interna, um código binário de atribuição de sentido jurídico ou antijurídico [...]” (2001a: 16).

Na modernidade, o Estado estrutura-se, então, à luz de novos paradigmas, assumindo o perfil do Estado de Direito Liberal, passando pela moldura do Estado Social, para projetar-se na atualidade segundo as matrizes do Estado Democrático de Direito. Os paradigmas, conquanto não representem ruptura absoluta com os antecedentes, trazem esquematicamente traços distintivos; o Direito reflete as luzes de tais concepções.

1.1.2.1 O Estado Liberal

Tendo por marco a Revolução Francesa, ocorrida no ano de 1789 e nos seguintes, que extingue os privilégios do clero e da nobreza, afirmando o poder da classe que busca impor-se, o Estado Liberal assenta-se como organização social inspirada pelo primado da burguesia nascente e como instância de neutralidade em relação ao capital e ao indivíduo, ambos livres para o desenvolvimento de suas potencialidades, enquanto o Direito, orientado pelos mesmos signos, estrutura-se como núcleo formal burguês de proteção da individualidade.

Carvalho Netto (2001) mostra também que o paradigma liberal perfigura não apenas o Estado e o Direito, mas, igualmente, as noções do público (cidadania política, representação política e negócios do Estado) e do privado (indivíduo, família e mercado), segundo ele, entendidos como ordens “ontologicamente distintas”, sendo o público adstrito ao Estado e convenção para garantia do livre curso do privado, visto como egoísmo e campo por excelência do desenvolvimento do homem.

Mas é sobretudo no Direito que se vislumbra a mais autêntica revelação dos valores e das matrizes do liberalismo, em cujo bojo, e por força dos ideais daquela Revolução, o fenômeno jurídico passa a ser entendido como um complexo de normas positivas destinadas a reger a sociedade de forma

racional, ainda que, em caráter isolado, a idéia do positivismo esteja presente em alguns prógonos.

O Direito ganha, assim, o respeito e a rigorosa aplicação em sua vertente positivista. Pode-se dizer, com apoio em críticas feitas pela doutrina à teoria do Estado de Direito, como as de Chevallier (1998) e Jean-Louis Austin (1987), retemperadas por salutares ponderações de Medauar, que, ancorado nessa concepção – que conseguiu carrear para a regra jurídica *força simbólica especial* e incutiu nos governantes e na sociedade a reverência ao Direito –, o Estado constrói o artifício da *legitimação das autoridades públicas*, erigindo o Direito ao patamar de *caução de seus atos*, os quais se sustentam na observância das regras de competência e forma, sem qualquer compromisso com o conteúdo material de justiça (Medauar, 1992: 99).

A despeito do papel do Direito sob o paradigma do Estado Liberal, assinala Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

“Sob o paradigma liberal, cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo.

Em nível de esfera privada, reconhecem-se direitos naturais, vida, liberdade e prosperidade.

Em nível de esfera pública, convencenam-se direitos perante o Estado e direitos à comunidade estatal: *status* de membro (nacionalidade), igualdade perante a lei, certeza e segurança jurídicas, tutela jurisdicional, segurança pública, direitos políticos, etc.” (2002 (b): 55).

Em outras palavras, Oliveira sintetiza a compreensão liberal da juridicidade burguesa, na medida em que, para ele, a basilar função do Direito consiste em “estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo” (2002 (b): 57).

Desse modo, sob os auspícios da filosofia do Estado de Direito, na prevalência do liberalismo, a salvaguarda da sociedade civil efetiva-se, por meio do Direito público, como o *mínimo* de leis gerais editadas para *assegurar ampla liberdade, a cada um, de desenvolver suas “propriedades” físicas e mentais*, sob a óptica do interesse geral, entregue a representantes da melhor sociedade. E, por meio do Direito privado, tal salvaguarda efetiva-se como o conjunto de normas destinadas à garantia formal da igualdade de todos perante a lei.

O desafio do Estado Liberal é, assim, garantir ao indivíduo – “mônada isolada” – o pleno desenvolvimento de suas potencialidades como proprietário, ou seja, oferecer ao indivíduo a segurança do Direito na visão mais egoística, para a proteção da liberdade burguesa (Carvalho Netto, 1995).

Com a consagração de certos direitos inalienáveis, insitos ao homem e ao cidadão, a burguesia, responsável pela moldagem do **Estado Liberal**, também dá à luz o primeiro grupo importante de direitos que fundam a mentalidade jurídica. São os chamados **direitos de primeira geração**, entendidos como liberdades individuais oponíveis ao Estado, tido este como um mal necessário.

Aprofunda-se de forma inédita a diferenciação entre Direito público e privado, este último tomado como axiologicamente superior ao primeiro. No entanto, todo o Direito, cujo substrato são normas gerais e abstratas, aplicáveis a todos os membros da sociedade, tem ao centro os direitos individuais – liberdade, igualdade formal e propriedade –, destinados, especialmente, a estabelecer limites negativos.

O principal artifício idealizado para a operacionalização desses direitos de primeira geração é o da igualdade formal de todos perante a lei, que traduz limites negativos à liberdade.

É claro que uma tal construção teórica se destina ao esfacelamento, já que a realidade é bem diversa. A igualdade formal de todos perante a lei não vinga *in concreto*. É que a liberdade do homem, tomada como valor fundamental, expõe-no à severa escravidão, na medida em que, livre para tudo, o homem é também senhor de sua força de trabalho, que pode ser vendida por valor aviltante.

Assim é que a desigualdade impera com a exploração das classes trabalhadoras, opressão que aquece as fomalhas da febril revolução industrial, fruto da avidez da próspera burguesia.

Nessa fase de grandes revoluções liberais e industriais,¹ a absurda exploração do homem pelo homem desperta forte reação ao liberalismo por

¹ Com as revoluções liberais, surgem as idéias abstratas de liberdade e igualdade pelo Direito, garantido este pelo Estado; em cada uma delas, contudo, identifica-se motivação diferente, que, por sua vez, leva a distinta conformação de suas conquistas: a inglesa volta-se para a afirmação das instituições da representação e do parlamento, assentando as bases do Poder Legislativo; a americana propõe-se a densificar a soberania política do novo Estado, equilibrando seus poderes, e acaba por projetar a preeminência do Poder Judiciário; a francesa, que pretende fazer face ao absolutismo, constitui as bases da Administração Pública contemporânea.

parte de Karl Marx e F. Engels e uma série de movimentos político-sociais – socialistas, comunistas, anarquistas, sociocrístãos etc. – que pregam total subversão da ordem instituída. A primeira resposta do Estado, como sói acontecer, é a violência. São comuns relatos dessa época, versando massacres de manifestantes por forças policiais. Eis a síntese desse conturbado momento histórico:

“A vivência daquelas idéias abstratas que conformavam o paradigma inicial do constitucionalismo logo conduz à negação prática das mesmas na história. A liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto e as revoluções industriais. Idéias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar agora em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdência sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer” (Carvalho Netto, 1999 (b): 479-480).

Como se vê, o quadro de exploração ameaça o próprio capital monopolista e impõe nova concepção de Estado, que deve ser densificada com novos elementos e aprimorada em seus pressupostos, para que se garanta uma organização social e política sucessivamente transformada, que, a um só tempo, busque o primado do Direito, mas, também, o da justiça na sua perspectiva material, ou, em outra vertente, reconcilie a classe trabalhadora com o capital pela vertente do atendimento de massa.

1.1.2.2. O Estado Social

No século XX, o liberalismo perde seu primado. A negação histórica dos valores de liberdade e igualdade, prevalentes apenas como *idéias abstratas*, na prática, principalmente pela presença da propriedade privada na base da relação de exploração do homem, evidencia a crise do liberalismo. A este contrapõem-se idéias socialistas, comunistas, anarquistas, vertidas para os interesses coletivos, enquanto a Primeira Guerra e a pressão das potências imperialistas européias produzem nítidos reflexos sobre o cenário mundial.

Com efeito, com o advento da Primeira Grande Guerra Mundial e a concomitante concretização dos ideais socialistas na Rússia (mera nação

agrária dominada com mão de ferro pelos czares), tidos até então como utópicos, o Estado Liberal é, pela primeira vez, realmente ameaçado.

Urge fazer certas concessões à massa de desvalidos – entregar os anéis, mas conservar os dedos –, para que assim a sociedade capitalista sobreviva, ainda que em uma forma mutante denominada **Estado de Bem-Estar Social**. Tem lugar o *welfare state* na Europa e o Estado Socialista na URSS, com o que se erige o paradigma do Estado social, que, ao contrário do Estado Policial ou Estado Gendarme, privilegia o Direito público em detrimento do privado.

Oliveira resgata essa ruptura paradigmática, registrando seu contexto e suas conseqüências e, em especial, a nova visão de sociedade, de Estado, de cidadão e de Direito:

“Não mais uma sociedade de indivíduos-proprietários privados, mas uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, coletividades, classes, partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus interesses. Não mais um Estado Liberal ‘neutro’, distante dos conflitos sociais, mas um Estado que assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas ‘públicas’ de vida boa! O Estado Social [...] intervém na economia, através de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo através de uma proposta de bem-estar (*Welfare State*) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. [...] O cidadão-proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como cliente de uma Administração Pública garante de seus serviços. O Direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizados, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como de programas de fins, realizáveis no ‘limite do possível’” (2002 (b): 59).

De uma forma ou de outra, o *welfare state* associa-se à **segunda geração de direitos**, chamados coletivos e sociais exatamente pelo fato de se dirigirem à sociedade, para protegê-la dos abusos perpetrados pelo capital. São direitos hoje tidos como básicos: saúde, educação, previdência social, entre outros. Ao mesmo tempo, os direitos de primeira geração sofrem re-leitura radical:

“Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privi-

legiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização da legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material” (Carvalho Netto, 1999 (b): 480).

Os direitos sociais e coletivos ganham expressão formal nas Constituições do Primeiro Pós-Guerra, integrantes do chamado Constitucionalismo Social, notadamente na Mexicana, de 1917, na de Weimar de 1919, enquanto a noção de Estado de Direito evolui para a de Estado Social, consoante se registra, depois, na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, em seu art. 20, item 1 (Medauar, 1992: 103).

Em outra dicção: o que ocorre com a mudança paradigmática é relativo avanço qualitativo, já que as novas matrizes que prefiguram o Estado de Bem-Estar Social, ou que informam o chamado constitucionalismo social, abrem a perspectiva da reconceitualização de liberdade e igualdade, invocando a sua massificada materialização e desenhando novo rol de direitos de caráter coletivo e social.

Nesse sentido, a liberdade não é mais tratada como o espaço não regrado pelo Estado, mas é antes o campo disciplinado para o coletivo, sujeito a recorrentes intervenções.

Para o cumprimento desse desiderato, a organização política, especialmente repensada em termos funcionais, logo assume, pelo menos no plano nominal, novo perfil. O papel renovado do Estado passa a ser o de sustentar direitos coletivos e sociais sob a perspectiva da igualdade material, avalizada pelo Poder Público, o que se dá com a reinterpretção do princípio da separação de poderes e com a superação do tema de equalização formal pela noção de reconhecimento das diferenças materiais. Propõe-se, assim, a redefinição ou a relativização de direitos individuais e, mais que a simples incorporação de direitos coletivos e sociais nas Constituições, a consagração de programas, procedimentos e mecanismos de sua materialização.

O Estado Social se vê, pois, circunstanciado, de um lado, pela pressão das massas em busca do reconhecimento de novos direitos e pela presença do operariado como ator político engendrado pela Revolução Marxista, e, por outro lado, em cenário diverso, pela própria demanda de adoção gradativa de políticas intervencionistas voltadas para proteção do capitalismo. Por essa razão é que a ele – ao Estado Social – cabe a responsabilidade pela ampliação da base de emprego, pelos investimentos no processo de crescimento, pela política distributiva destinada a assegurar um mínimo social de acordo com a riqueza produzida, e, ainda, pela substituição do mercado, na

provisão de direitos sociais em graus de universalização cada vez mais acentuados.

O próprio Estado induz à lógica estrutural de apropriação da produção social pelo capitalismo e, como contraponto, proporciona o reinvestimento de lucros, com vistas ao aumento da capacidade produtiva e de financiamento do bem-estar, sustentando, também, o chamado capitalismo de Estado.

Dessa concepção política de Estado Social decorre a relativização da dicotomia do Direito; a divisão público-privado passa a ter cunho meramente didático: todo direito é público, oriundo de um Estado superior, conforme sustenta Hans Kelsen. Esse Estado confunde-se com o público, e a ele cabe prover todas as necessidades.

As esferas pública e privada continuam como dimensões antitéticas, a primeira, reduzida ao estatal, como instância generosa e paternalista, e a privada, como a sede do egoísmo, unidas as duas pelo voto, só que agora universalizado, conforme lembra Carvalho Netto (2001).

Sustenta-se, assim, um Estado demiúrgico, monocrático, que exclui outras esferas de poder e coloca-se completamente afastado da sociedade, um Estado como instituição que se põe como instância hegemônica de organização da racionalidade política e social.

O Estado Social projeta-se, assim, como resposta às mazelas da exploração do homem pela prevalência do capital, reconhecendo e avalizando os direitos de segunda geração – os direitos sociais: igualdade material traduzida em melhoria de condições de vida e de acesso aos bens da civilização; propriedade com função social, sendo até abolida em Estados socialistas; direito à saúde, à educação e ao trabalho.

A cidadania compõe a base de um discurso intervencionista que a toma como fim de Estado, todavia, ela perde densidade no tratamento de massa, em que o Estado lida com os cidadãos em seu conjunto, na condição de destinatários dos megaprogramas oficiais, sem admiti-los como sujeitos do processo de construção dessa cidadania global.

A cidadania é assim tomada pelo Estado em regime de empreitada, como se fora o grande provedor da materialidade dos direitos, uma tarefa frustrada já por força de errônea concepção do processo de inclusão por si excludente. O Estado expande-se para o cumprimento de sua missão assistencialista, de tutor da sociedade carente e de responsável pela promoção da justiça social.

Assim, o Estado de Bem-Estar Social demanda forte base de recursos materiais. E os países ocidentais necessitam de uma massa monetária cada

vez maior para sustentar as necessidades sempre crescentes da sociedade. O desequilíbrio instaura-se: ao mesmo tempo em que os direitos sociais exigem ampliação da capacidade do Estado, as taxas de arrecadação tributária decrescem em ritmo vertiginoso.

Grande crise econômica localizada nos anos 70, sobretudo induzida pela crise do petróleo, ameaça o Estado de Bem-Estar Social, antes mesmo de sua consolidação, até quedar-se este, desvalido de sua arrogância, para reconhecer a sua inépcia para tudo resolver e a necessidade de superação do divórcio com a sociedade que ele tenta subjugar.

Por outro lado, o fracasso de regimes socialistas e a crise do leste europeu – o fim da Alemanha Socialista e a queda da União Soviética –, com implicações na reorganização espacial da atividade econômica e na ordem política mundial, criam ambiente propício à rediscussão do papel do Estado por aqueles teóricos defensores do Estado mínimo, reduzido às áreas estratégicas, capitaneados por Ronald Reagan nos EUA e Margareth Thatcher na Inglaterra, que, reerguendo os ideais políticos liberais, constroem o “neoliberalismo”, a filosofia de desregulamentação dos mercados, de racionalidade objetiva, de reducionismo do Estado.

Ao influxo da globalização e sob inspiração da filosofia do neoliberalismo, sustenta-se que, entre os deveres estatais, não se incluem a regulação do mercado e da economia, bem como a promoção de direitos sociais. Ao espaço abstrato do mercado cabe regular a sociedade.

É evidente que tal compreensão induz o crescimento da exclusão social e a pressão negativa sobre as condições de existência da maior parte da humanidade. Atento aos desdobramentos daquela filosofia, Friedrich Müller, embora reconheça abrangência mais lata dos fatores que desenham o quadro de exclusão, ressalta a presença do fenômeno principalmente em países de inspiração política neoliberal.

A par do marcante fenômeno da generalizada depressão social, especialmente ditada pelas disfunções do capital, tem-se o contexto das sociedades hipercomplexas, informado pela universalização da informação e pela crescente tecnização. Nele, a pressão pelo acesso aos bens de consumo, de um lado, e a ameaça das condições de sustentabilidade da vida, de outro, levam a intensa conflituosidade, para cuja solução o Estado se revela inepto. Por isso mesmo, o Estado passa a ser o contraforte no processo de judicialização das políticas públicas, até então reconhecido como instância provedora demiúrgica. Nesse contexto, de todo modo, a sociedade se posiciona como a grande avalista de direitos de terceira geração – direitos difu-

–, que se agregam aos de primeira e segunda gerações, até então garantidos pelo Estado, e que são também ressemantizados no corpo de um Direito voltado para a pluralidade e aberto à ampla acomodação social, como bandeira de socorro às diversificadas necessidades.

É nesse cenário complexo que a proposta de um **Estado Democrático de Direito** busca afirmar-se. Sabendo-se que não é solução retornar ao *welfare state*, intenta-se reconstruir a idéia de Estado e de sociedade civil, sem que os termos sejam auto-excludentes, e redefinir o espaço público e o espaço privado.

Assim, o paradigma do Estado Social perde sua força de conformação e cede lugar ao do Estado Democrático de Direito; afasta-se, contudo, a absoluta proscrição daquele ou mesmo a ausência de disputa por parte de paradigmas até anteriores.

1.1.2.3. O Estado Democrático de Direito e a transição para a alta modernidade

Há de se deter na formulação do paradigma suposto e positivado pela Constituição de 1988, com vistas à determinação de seu verdadeiro sentido, o que só pode ser apreendido a partir da análise do elemento peculiar que dá origem à sua adjetivação, qual seja, a democracia. Contudo, a tematização do conceito oferece aos estudiosos muitas dificuldades, conforme revela Carvalho Netto no seguinte texto:

“Democracia é uma dessas palavras que em nosso cotidiano consideramos óbvias e, exatamente porque óbvia, terminamos por não problematizá-la, supondo que todos atribuímos naturalmente a esse vocábulo o mesmo conteúdo semântico. Quando tematizada, no entanto, como ocorre com todos os termos pragmaticamente considerados óbvios sem que reflitamos sobre eles, ela se revela um imenso problema, uma vez que, no nível discursivo da linguagem, não há qualquer acordo acerca de sua significação, de seu conteúdo de sentido” (2001 (b): 218).

Tem-se arraigada a idéia de que democracia se relaciona – ou deve relacionar-se – com o vocábulo *povo*, o que, de resto, deduz-se da própria etimologia da palavra e da prática democrática do poder, como bem nota Müller:

“O termo ‘democracia’ não deriva apenas etimologicamente de ‘povo’. Estados democráticos chamam-se governos ‘do povo’ [*Volksherrschaften*]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria ‘governando’

[*herrscht*]. Todas as razões do exercício democrático do poder e da violência, todas as razões da crítica da democracia dependem desse ponto de partida” [(1998) (2000): 47].

Para Ralph Christensen, o tratamento que o conceito de *povo* vem recebendo, ao longo dos tempos, na teoria jurídica, é errôneo, já que, na maioria dos casos, ele traduz figuração de um bloco amorfo:

“Ele é a pedra fundamental imóvel da teoria da soberania popular e fornece como lugar-comum de retórica a justificativa para qualquer ação do Estado. Nessa utilização *em bloco* o conceito de povo justamente encobre as diferenças que permitiriam distinguir entre retórica ideológica e democracia efetiva” (Christensen. *In*: Müller, (1998) (2000): 35).

Mas, apesar de um tal relativismo conceitual, Müller termina sua conhecida obra – *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia* –, com uma afirmação categórica: “Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa”, o que mais desafio impõe para a compreensão da idéia do autor acerca de democracia (Müller, (1998) (2000): 115). O caminho, portanto, é o da retomada do conceito de povo, com a advertência de que não se tem uma concepção pura a respeito, mas, ao contrário, a noção que ao termo se empresta serve a objetivos políticos, jurídicos e sociais bem definidos para os que o manejam.

Por isso mesmo, é notável a variedade de noções desenvolvidas ao longo da história, para apropriação do aludido objeto, o que torna mais complexa a tarefa de acertamento de um conceito adequado. Malgrado a dificuldade, não é possível prescindir de uma formulação consistente apta a apoiar a elucubração sobre democracia e sua prática, conforme lembra Fábio Konder Comparato:

“O esforço definitivo nessa matéria, como mostra convincentemente o Professor Müller, é indispensável, se se quiser superar a condenável utilização dessa palavra como *idolum mentis*, verdadeiro ícone ou imagem sagrada, que suscita veneração declamatória, mas nunca respeito prático e submissão política” (Comparato. *In*: Müller, (1998) (2000): 47).

Assim sendo, Müller propõe-se a estudar o conceito de *povo* sob diversos pontos de vista, em perspectiva de complementaridade de sentidos, como uma noção lógica, para visualização da idéia contemporânea de democracia.

Müller distingue quatro categorias de *povo*, tendo em vista o problema da legitimidade:

1. povo **ativo**, aquele entendido como certo número de eleitores que, em determinados períodos, são chamados a “escolher” seus representantes, participando dessa classificação somente aqueles que gozam dos atributos da cidadania e da nacionalidade;
2. o povo como **instância global de atribuição de legitimidade**,² que permite ao sistema jurídico-político produzir normas de observância obrigatória;
3. o povo como **ícone**, figuração que favorece a exaltação das qualidades do povo mediante processo demagógico que reduz os argumentos verossímeis a mera retórica justificadora dos objetivos estatais e que, por isso mesmo, representa obscurecimento do problema da legitimidade;³ e
4. o povo como **destinatário de prestações civilizatórias do Estado**, expressão que designa todos aqueles que, localizados em determinado território, devem ter assegurados seus direitos fundamentais e humanos, independentemente de cidadania ativa ou qualquer outro requisito formal.

2 Sobre essa acepção do vocábulo povo, confira-se o trecho de Müller abaixo transcrito: “[...] o povo não é apenas – de forma mediata – a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como – de forma imediata – por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo” (Müller, (1998) (2000): 61).

3 Em verdade, Christensen notou bem que o povo, como ícone, é tomado como metáfora de uma retórica ideológica (Müller, (1998) (2000): 42). Veja-se o seguinte trecho de Müller: “O Estado Constitucional possui o monopólio do exercício *legítimo* da violência, não o monopólio do exercício *ilegítimo* da mesma. Para este último ele já não possui nenhum direito. Decisões de funcionários ou grêmios do sistema jurídico, que tenham caráter de obrigatoriedade, devem poder ser atribuídas a textos democraticamente postos em vigor desse Estado de Direito, i.e., devem poder ser atribuídas a textos de normas de forma convincente em termos de método. *Mesmo se* esse for o caso, o tribunal (ou a outra instância de decisão) exerce o poder-violência [*Gewalt*]: um poder-violência, que é criado de forma constitucionalmente necessária com a instalação de uma tal competência decisória. A instância prolatadora da sentença com caráter de obrigatoriedade, que *não* se pode basear em textos de norma de modo plausível em termos de método, exerce contrariamente uma violência selvagem, transbordante, consistente tão-somente nesse ato que já não é constitucional; ela exerce uma violência ‘atual’. Nesse caso a invocação do povo, a ação ‘em nome do povo’ é apenas icônica” (Christensen. In: Müller, (1998) (2000): 61).

Com exceção da categoria referida no tópico 3, a cada uma das outras corresponde determinada parcela da população estatal, conforme conclui Müller:

“O *povo icônico* refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação. [...] O *povo como instância de atribuição* está restrito aos titulares de nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos textos constitucionais; o *povo ativo* está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim, ninguém está legitimamente excluído do *povo-destinatário*; também não *e.g.* os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis” (Müller, (1998) (2000): 79-80).

Após esse percurso, Müller está pronto para afirmar que o conceito de *povo* é algo artificial e complexo, encontrável apenas pela via do empirismo e que, às vezes, chega a ser termo prescritivo, o que não significa, na sua visão, que não deva ser levado a sério. Ao contrário, a referência ao *povo* em qualquer documento jurídico deve ser considerada como um apelo de concretização, o que leva o autor a entender a democracia como um processo, sempre em contínuo movimento:

“O discurso de legitimação de uma democracia não só obriga a mesma a ser democrática no seu conteúdo – abstraindo do fato de que o significado desse adjetivo ‘democrático’ pode ser matéria de grandes controvérsias. Ele deveria sobretudo realizar também no seu próprio procedimento o que designa, deveria, portanto, ser correlativamente estruturado, i. é.: não formular afirmações em bloco, que se imunizam contra a discussão, não apresentar-se qual dedução cogente, não falar por intermédio de resultados antecipados. Muito pelo contrário, a legitimidade – como também a normatividade jurídica – é um *processo* e não uma substância, uma essência ou mesmo uma *qualidade* de textos” (Müller, (1998) (2000): 107).

A consequência mais importante destas reflexões, e Müller está consciente disso, é que o problema da democracia deve ser repensado a partir da noção de *povo*, e não apenas em termos de técnica de representação e legislação. O conceito de *povo* não pode ser compreendido como abstração útil, mas sim como figuração de realidade:

“Nessa formulação não só o termo ‘demos’ deve ser levado mais a sério como problema; urge também repensar o termo ‘*kraiten*’. ‘Governar’ significa tradicionalmente ser sujeito do poder decisório e do exercício do poder. Essa ótica reducionista concentra-se em correspondentes técnicas sociais, *e.g.*, no âmbito do debate sobre a democracia, nas técnicas de representação ou do plebisci-

to. Ocorre que 'kraiten' significa aqui em grau hierárquico igual: ser efetivamente levado a sério como fator determinante, como fator decisivo com vistas à legitimação. Quem deve, nesse sentido, ser efetivamente levado a sério como fator determinante? O povo" (Müller, (1998) (2000): 111-112).

Por outro lado, Müller afirma que o direito positivo liga-se à democracia, e a razão disso está em que esta pressupõe, além de uma base normativa e meros textos, um nexos legitimador com a organização da liberdade e da igualdade de cada indivíduo, de modo a garantir-lhe tratamento de membro do povo, tomado este como instância de legitimação, a justificar a concepção de democracia como um **nível de exigências positivas**, conforme explicitado pelo professor alemão:

"A democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. [...] A democracia avançada é assim – e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos – um *nível de exigências*, aquém do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência [*Gewalt*] organizado (denominado 'Estado'): não como subpessoas [*Unter-Menschen*] não como súditos [*Untertanen*], também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do 'povo' que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado" (Müller, (1998) (2000): 114-115).

Entretanto, a visão de Müller sobre povo e democracia, a despeito de representar legitimamente a ideologia das correntes defensoras da democracia substancial, insere-se em campo de intensa competição, já que diversas ordens de razão buscam fundamentar outras posições.

Norberto Bobbio, por exemplo, conceitua democracia de forma diversa, entendendo impossível, cientificamente, formular um conceito material de democracia. Para o jurista italiano, praticamente todos os Estados dominantes no globo se auto-intitulam democráticos, e, no entanto, apresentam práticas bastante diferentes entre si, o que vulnera o propósito de uma conceituação de democracia sob aquele prisma. São fatos conhecidos e persistentes durante longos anos a recíproca acusação de EUA e ex-URSS, de antidemocráticos e a paradoxal autopromoção de ambos como o *locus* da democracia.

Pois bem, de posse desses dados, Bobbio propõe um conceito de democracia de caráter meramente formal, eis que tal *democracia nominal* pode ser instaurada em qualquer realidade, independentemente da ideolo-

gia que informe os órgãos detentores do poder jurídico-político. Tudo que se há de fazer é respeitar certas regras mínimas – vistas como *regras do jogo*, isto é, que não podem ser mudadas ou subvertidas – que moldam os contornos de qualquer democracia. O autor não entra em casuísmos para desvendar essas variáveis regras. Nada obstante, afirma que, em última instância, devem estar calcadas no *princípio do pluralismo*, que impede o esmagamento da minoria pela maioria ou a inviabilização de que aquela, pelos meios institucionais, se torne maioria.

Os limites das concepções de democracia desenvolvidas por Müller e por Bobbio são óbvias: os da teoria do primeiro, pelo excesso de abstração, e os do outro, pelo formalismo, quando o razoável é a apropriação das duas razões, tendo-se por operantes ambas as formulações, que podem ser conciliadas em suas linhas essenciais.

Feitas estas digressões sobre democracia e tomando-a no sentido que as teorias contemporâneas lhe emprestam – como processo de pluralização em todos os níveis sociais (Müller e Bobbio) –, pode-se explicitar a semântica da expressão que codifica o paradigma.

Sob tal influência paradigmática, a cidadania, orientada pelo mote da democracia em um nível discursivo da linguagem, deve ser considerada como resultado do processo participativo, pressupondo-se o cidadão sujeito e destinatário da construção democrática e, assim, liberto da artificialidade do tratamento de massa que o escraviza, enquanto o Direito deve ser compreendido como ordem aberta e inclusiva que projete a segurança compartilhada.

Ocorre que, dentro de uma perspectiva kuhniiana, o que se verifica no momento atual é a transição paradigmática, em que se evolui na construção da noção de Estado Democrático de Direito, pela busca do desenvolvimento da consciência da soberania popular, da cidadania e da concretização da liberdade e da igualdade, tensionado o campo de atualização desta pela lógica dual, da identidade e da diferença, de que fala Chantal Mouffe (1990?).

Internamente, o Estado Democrático de Direito, no movimento de superação dos paradigmas anteriores, não os abandona, por força de mera deliberação formal, comparecendo eles em processo comunicativo de reconstrução das relações. Nem é de se imaginar que o Estado possa, em um passe de mágica, transformar-se em instância de absoluta neutralidade em relação à realidade social no pressuposto de que a sociedade a tudo pode prover.

Assim é que, nessa transição, registra-se especialmente a oposição entre o Estado de Direito Liberal (neoliberalismo) e o Estado Democrático de Direito. O primeiro, na busca da prevalência do mercado, potencializa mais desigualdades e injustiças, e o segundo, informado pela complexidade da própria estrutura social, à sua vez tramada pela emergência de direitos de terceira geração – e mesmo de quarta – e de rupturas com antigas categorias jurídicas segregadoras, invoca toda ênfase no caráter dinâmico e transformador do regime.

Desse modo, o Estado que surge no período de revisão paradigmática, ainda garantidor de direitos mais simplificados, deve voltar-se paulatinamente para o plano de direitos mais avançados e abrangentes, propugnando pela estruturação e reconhecimento de instâncias externas a ele e por uma atuação estatal de caráter subsidiário, com vistas à superação da situação de excludência social.

Esse Estado, assimilando as várias organizações da sociedade, do aparato governamental e do mercado, vem-se construindo a si próprio, enquanto se enreda, por força da própria realidade, a inversão de prioridades a serem por ele enfrentadas, e se projeta a quebra do processo de subjetivação dos espaços públicos, engendrada pelo exacerbado individualismo, a partir da intocável singularidade dos integrantes da associação geral.

Nesse sentido, a fórmula Estado Democrático de Direito, polarizando segurança jurídica, de um lado, e a transformação do *status quo*, de outro, desafia o equilíbrio dessas forças tensionais cuja exata medida deve ser definida na adequada solução dos conflitos.

1.1.3. Na alta modernidade

É o paradigma do Estado Democrático de Direito, pois o que fecha o ciclo das concepções da modernidade e, assim, é também o que inaugura a nova visão do Estado da chamada alta modernidade.

Sabe-se que, sob os diferentes rótulos de antimodernidade, alta modernidade, hipermodernidade, adensa-se, nos dias atuais, a chamada crise da modernidade, da qual emergem novos paradigmas de compreensão do Estado, dos processos societários, do Direito e da democracia em sofisticados arranjos destinados a fazer face à complexa realidade.

Não é demais enfatizar que as mudanças sociais, comportamentais, culturais, jurídicas e econômicas que as sociedades hipercomplexas vêm experimentando nos últimos anos tornam propício o desenvolvimento de

uma **terceira geração de direitos** e mesmo o surgimento de uma quarta categoria. São os direitos ou interesses⁴ difusos (direitos ambientais, do consumidor, da criança etc.), que desafiam as categorias da modernidade e pressupõem uma sociedade ativa como grande tutora do interesse geral, e ainda os que se enquadram mais recentemente no âmbito da ciência genética e de outras, impulsionadas por revolucionários padrões de conhecimento e tecnologia, que justificam nova tipificação e abordagem. Sobre a natureza desses novos direitos, escreve Carvalho Netto:

“São direitos cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados. O Estado, quando não diretamente responsável pelo dano verificado foi, no mínimo, negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação criando uma situação difusa de risco para a sociedade. A relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque. Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissivo. Os direitos de 1ª e 2ª gerações ganham novo significado. Os de 1ª são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto” (1999 (b): 481).

Mas para que os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos sejam concretizados nas sociedades atuais são necessárias condições bastante diversas daquelas que informam o Estado Liberal e o Estado Social, especialmente no tocante à relação Estado-Sociedade-Direito-Política-Democracia.

A perspectiva de *novas teorias societárias e de democracia*, como as desenvolvidas por Habermas, que reconstróem e ampliam o conceito de sociedade civil para além do setor privado, projetando-a para a esfera pública, e que a emparelham com o Estado na defesa do público, às vezes até privatizado nos cantões da estatalidade, orienta a discussão acerca do papel do Estado a partir da ruptura com a tradicional dicotomia Estado-Sociedade e informa novo significado aos processos de legitimação (1997: 92-118).

4 *Interesse difuso* é expressão quase pejorativa, que traz inculcada a idéia liberal de que somente direitos devem ter proteção jurídica. É claro que tal visão é hoje retrógrada e insustentável, em face de instrumentos como a ação popular e a ação civil pública, que representam verdadeira revolução na teoria jurídica processual, mormente no que diz respeito à legitimidade de partes e ao interesse processual.

Por outro lado, como já anotado, os múltiplos interesses localizados em contexto de intensa conflituosidade refogem à dicotomia entre público e privado, nos moldes em que até então admitida, impondo o alargamento da esfera pública para além da estatal e a apreensão do privado sem o estigma do egoísmo. Em linha coerente com a nova dinâmica relacional, conformada pela complementaridade em substituição à recíproca excludência, as diferentes ordens pressupõem-se em lógica de interdependência em permanente tensão, o que, segundo a lição recorrente de Carvalho Netto, impõe a necessidade de “reconhecimento equiprimordial das dimensões pública e privada”.

Na revisão paradigmática da modernidade, reconhecida a heteronomia societal e ultrapassada a dicotomia Estado-Sociedade, pela compreensão de processos societários mais amplos, com a conseqüente reconceitualização das esferas e redefinido o papel do Direito, tem-se como desdobramento novo núcleo de concepção construído sobre um tripé ideológico: sociedade complexa, plural e heterônoma; Estado como dimensão especial, que se conjuga com uma esfera pública societal e se relaciona com a esfera privada em lógica de complementaridade; e direito imparcial, aberto, assentado na procedimentalidade e na adaptabilidade (Maria Tereza Fonseca Dias, 2002).

Assim, é preciso assinalar que o Direito que exsurge nesse contexto apresenta-se sob os signos da **pluralidade, da flexibilidade, da diversidade, da consensualidade**. Guia-se pelo reconhecimento de múltiplas fontes de normatividade, pela legitimação da obrigatoriedade da regra jurídica a partir da negociação no âmbito dos processos comunicacionais; pela imposição da adaptabilidade em ritmo correspondente ao das exigências do dinâmico e complexo quadro da realidade; pela idéia de instrumentalidade, dissociada da de imposição como justificativa em si; pelo acolhimento da diversidade, que o socorre na necessidade de adequação e abertura para a multiplicidade das relações de que deve imparcialmente cuidar (Chevallier, 1998).

De fato, o novo Direito apresenta-se como um ordenamento de trama aberta e indeterminada, de base principiológica, conforme ensina Ronald Dworkin, e informado pela imparcialidade, que, segundo Carvalho Netto, cobra do aplicador a postura de abertura e sensibilidade “às pretensões jurídicas levantadas por todos e cada um dos envolvidos, buscando, no ordenamento, a norma capaz de reger aquela dada situação, de modo a não produzir resíduos de injustiça” (Carvalho Netto, 2001: tópico introdução, s/n).

Fiel a essa concepção do Direito, Carvalho Netto, integrando o esforço do constitucionalismo contemporâneo de releitura da estrutura jurídica do Estado, dialogando com os teóricos que pontificam nesse campo, Klaus Günther, Habermas e Dworkin, proclama a lúcida compreensão de que o Direito haverá de estar vocacionado para a satisfação da crença na certeza ou na segurança jurídica como corolário da legalidade e para a realização da justiça, que resulta, em concreto, dos processos de recíproca adequação do caso e da norma sob a tutela dos princípios.

2. A CRISE DA MODERNIDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO E NO ESTADO

Vê-se que, no âmbito da modernidade, muitas noções, pressupondo uma sociedade homogênea e um Estado transcendente, foram pacificadas e com elas construído patamar de sistematicidade, generalidade e estabilidade do Direito, seja como reflexo, seja como vetor da racionalidade moderna.

Mas a chamada crise da modernidade, antimodernidade, hipermodernidade ou simplesmente alta modernidade, embora não identificada por marcos formais e carente de horizontes abertos, pode ser enunciada como verdadeira revolução no âmbito do conhecimento que destrói essa plataforma de certezas e arquiteta o caráter científico, segundo novos paradigmas de compreensão do fenômeno societal, do Estado e do Direito.

Evidenciando a superação das idéias de homogeneidade da sociedade, do privilégio de transcendência do Estado e do caráter absoluto do Direito como ordem jurídica estatal, pressupostas nas teorias que, ao longo da modernidade, adensam o curso linear da ciência política e social, a alta modernidade sugere a (re)construção científica sob o paradigma da pluralidade societal, da legitimação do Estado, pela relatividade do Direito e pela densificação da democracia.

Nesse contexto, em que o fenômeno de desmedido aumento de complexidade da sociedade toma de assalto caducos paradigmas de compreensão da multifária realidade social, política e jurídica, antigas noções e verdadeiras parênteses e dogmas dessas enucleações do saber, as correspondentes ciências se (re)constróem, especialmente em drástico processo de substituição de métodos, o que, à sua vez, comunica novos atributos aos núcleos científicos.

2.1. Reconceitualização de Categorias Jurídicas e Sociais

É nesse ínterim de hipermodernidade, sob as luzes de teorizações de índole variada, que se deve buscar a inserção de clássicas categorias jurídicas e sociais, de modo que sejam postas fora do universo das absolutas certezas para, de um lado, refletirem as influências das novas formas de pensamento e, de outro, crivarem-se pelas manifestações da pluralidade das fontes normativas e adaptem-se às situações contingentes, o que se há de compreender, não como ruptura com a legalidade, mas como apelo de relativização do conteúdo por ela exposto para sua adequação no plano de aplicação, para revelação ou concretização da justiça.

Nesse sentido, torna-se problemática a visão do Direito, quer quanto ao seu objeto, quer quanto aos métodos de solução de casos jurídicos, afigurando-se cada vez mais distante a univocidade de seu tratamento, consoante lembra Karl Larenz:

“Fala-se de ‘perdas de certeza no pensamento jurídico’, considera-se a opção metódica como arbitrária, propende-se a aceitar como satisfatórias não já as soluções reconhecidamente adequadas mas apenas ‘plausíveis’ ou ‘susceptíveis de consenso’, ou remetem-se os juristas para as ciências sociais como as únicas donde poderiam esperar conhecimentos relevantes” (1989:1-2).

Nesse contexto, impõe-se também a necessidade de revisão das esferas pública e privada, dos princípios jurídicos assentados, e de categorias jurídicas tradicionais, e ainda a discussão das novas formulações do Direito, notadamente no campo dominial, que apontam para a superação das clássicas teorias da propriedade, por força de uma progressiva lógica publicizantes da esfera privada, como resultado da emergência da socialização dos benefícios da civilização por meio de processos inclusivos.

De fato, exemplo especialmente elucidativo dos reflexos da evolução dos paradigmas de Estado nas categorias jurídicas pode ser dado no campo da propriedade. O correspondente direito, base fundante do Estado Liberal, antes entendido como absoluto e indiscutível, ganha nova conformação. Ora, se aquela premissa é verdadeira no século XIX, a perspectiva socializante que se segue às duas Grandes Guerras acaba por reconfigurar esse direito de primeira geração, e hoje, no Estado Democrático de Direito, não se pode falar em direito de propriedade sem se fazer alusão à sua função social como internalidade daquele.

E mais não se há de cogitar de propriedade privada marmorizada na esfera privativa do indivíduo, senão de um domínio relativizado pela dinâ-

mica social densificada pelos processos de participação no controle da funcionalidade do bem, haja vista a diretriz de gestão urbana democrática que hoje impera por força da internalização das idéias dos movimentos sociais e da normatividade jurídica.

Assim é que noções histórica e tradicionalmente assentadas, público e privado vêm à tona nos discursos mais recentes como objeto de reconceitualização e ressemantização, à luz de modernas teorias que suportam o esforço de compreensão da sociedade, do Estado, do Direito e da democracia.

As discussões travadas no âmbito da doutrina contemporânea oferecem manancial de formulações que põem em xeque as noções de público e de privado, seja projetando a confusão das esferas, com o reconhecimento da impossibilidade de sua autonomização, seja afirmando a manutenção de distintas ordens, neste caso, defendendo a certeza de correspondentes conteúdos apriorísticos, ou, sob a negativa de tais certezas, a ressemantização de cada núcleo polarizador e a reconciliação das autonomias e, por conseguinte, a ruptura da visão antitética das esferas.

2.2. Esfera Pública e Esfera Privada como Domínios Complementares

Habermas, integrando os esforços de sustentação teórica da dicotomia e de definição da natureza da relação de seus núcleos, registra a sua opinião quanto ao estado da questão, colocando como desafio, no seu *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, o enfrentamento do problema da reconceitualização das esferas: “Até agora ninguém obteve sucesso em reconciliar satisfatoriamente a autonomia privada e a pública em um nível conceitual fundamental” (1997: cap. 3).

O espaço público, segundo Habermas, não é tradicionalmente indicado, na diversidade da base doutrinal, entre os conceitos estruturais da ordem social, embora deva ser compreendido como fenômeno social elementar, cuja conformação se explica à luz da teoria discursiva. Sob a óptica dos processos comunicacionais, o autor cuida de explicitar a percepção que ele tem do objeto:

“A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em

sintonia com a **compreensibilidade** geral de prática comunicativa cotidiana” (1997: 92).

Não é despreciando atentar-se na noção de que o espaço público se desenha como campo “de horizontes abertos”, de contornos “deslocáveis” e de textura “permeável”, no seio do qual o processo comunicacional, buscando a legitimação por meio do discurso, é que levará ao substrato de seu conteúdo, ou seja, à condensação das idéias tematizadas no domínio da linguagem desenvolvida naquele âmbito (Habermas, 1997: 92).

Por isso mesmo, a teoria comunicativa habermasiana mostra a impossibilidade de definição dos precisos contornos dos espaços público e privado de forma apriorística, permanente e independentemente dos fluxos comunicacionais:

“O limiar entre esfera privada e esfera pública não é definido através de temas ou relações fixas, porém através de **condições de comunicação modificadas**. Estas modificam certamente o acesso, assegurando, de um lado, a intimidade e, de outro, a publicidade, porém, elas não isolam simplesmente a esfera privada da esfera pública, pois canalizam o fluxo de temas de uma esfera para a outra” (Habermas, 1997: 98).

Assim, é o processo comunicativo que revela o conteúdo de cada esfera, operando o delineamento de seu contorno na base sobre a qual se desenvolve a linguagem discursiva e, mais do que isso, determina a complementaridade das ordens que reciprocamente se sustentam.

Nessa mesma linha, a lição de Habermas é enfática em afastar a idéia de esfera pública e esfera privada como domínios antitéticos, para vislumbrá-las em tensão. O autor, assim, rejeita a idéia de contraposição e exclusão das esferas, para sustentar uma relação de troca e interação entre seus domínios, como se verifica nesta afirmação: “A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares” (1997: 98).

Ora, há um ciclo vicioso subjacente à idéia de alimentação desses impulsos, de modo que há intenso câmbio de interferências entre a ordem pública e a privada, projetando-se a imprescindibilidade da autonomia de cada esfera para a recíproca sustentação.

Sob esse enfoque, cabe descartar, no Estado Democrático de Direito, a identidade entre a esfera pública e aquela de incidência do poder estatal, refutando-se a ditadura do Estado Social, que acoberta artificialmente todo o espaço público, numa visão reducionista da legitimidade de manejo do

interesse geral. É que o contraponto do processo de onipotência estatal é a verdadeira privatização do público.

Impõe-se, nesse contexto, igualmente, a releitura da esfera individual, para apreendê-la como elemento básico de democracia, de pluralidade, de divergência, em contraste com a idéia desse espaço como o *locus* do egoísmo e reforço de exclusão.

Nesses lindes, o público não se coloca como antítese do privado, e as duas áreas não podem ser consideradas como focos de recíprocas lesões. Ao contrário, o público há de pressupor o respeito ao privado, e não há de ser uma representação de uma prevalência arbitrária do coletivo; o privado, por seu lado, há de se reduzir ao elemento funcional simplificador de uma ordem plural, justa e democrática e sistematicamente considerada.

Vê-se, assim, que a noção de esferas pública e privada densifica-se, paulatinamente, sob as luzes da alta modernidade, especialmente ao influxo das pressões das sociedades complexas, a partir de novos critérios, que superam os parâmetros da modernidade centrados na mera identificação de interesses, sujeitos e utilidades. A concepção contemporânea assenta-se na lógica do processo comunicativo como potencial elemento de reconstrução conceitual de cada campo em que ocorre a atuação do cidadão e em que, mediante a aglutinação de referências recíprocas, modifica-se a compreensão da normatividade jurídica e de sua aplicação na dinâmica realidade.

2.3. Esfera Pública Política e Legitimação

Feitas essas considerações, importa assinalar que a rediscussão das esferas à luz das novas teorias da sociedade, do Estado e do Direito invoca, com força, a tematização da legitimidade no âmbito da esfera pública política, antes centrada no Estado como exclusiva fonte produtora de normas ou dos processos de normatividade ou criação do direito, agora concebida segundo visão da pluralidade.

Retratando tal tendência, a lição de Habermas busca levar em consideração o caráter complexo da validade do Direito, explicitando a dupla base de seu reconhecimento, que, segundo ele, repousa nos princípios da fundamentação e da normatização. Seu magistério invoca, assim, a tensão entre facticidade e validade, não apenas no âmbito estrito do próprio Direito, mas na sua relação externa, isto é, “a tensão entre a autocompreensão normativa do Estado de direito, explicitada na teoria do discurso, e a facticidade social dos processos políticos – que se desenvolvem nas formas constitucionais” (1997: 10).

Nesse diapasão, Habermas atrela especialmente a idéia de legitimidade do Direito no âmbito da esfera pública política aos procedimentos de consensualização, levando em conta, portanto, “a dimensão da validade do direito e a força legitimadora de sua gênese democrática”, como se vê a seguir:

“Inicialmente critico um princípio empiricamente mitigado de democracia, o qual reduz a legitimidade democrática do poder e do direito. Passo a desenvolver, a seguir, e apoiando-me numa comparação entre modelos normativos de democracia, um conceito procedimental de democracia, o qual é incompatível com o conceito da sociedade centrada no Estado, e pretende ser neutro em relação a projetos de vida concorrentes” (1997: 10).

Em outra dicção: a legitimidade do Direito liga-se às condições de que se origina a sua criação, à sua vez, derivadas dos processos comunicativos. Bem por isso, segundo o magistério habermasiano, a esfera pública política, ao buscar preencher sua função de captação e tematização dos problemas sociais como um todo, há de se integrar nos “contextos comunicacionais das pessoas virtualmente atingidas” (Habermas, 1997: 97).

Isso joga luz no campo das idéias que sustentam um Direito consensual em substituição ao Direito coativo, um Direito construído a partir da tensão entre o público e o privado e cuja autoridade deriva do consenso dos destinatários na arena de formação da regra jurídica, o qual se obtém pela aplicação do que Chevallier denomina “técnica de confluência de condutas”, em outras palavras: pela interação entre governantes e governados, em perspectiva discursiva e procedimental (1998).

Sob tal enfoque, relevante é a questão da relação dos cidadãos com a esfera pública política, isto é, sob atenção especial devem estar o modo e a intensidade com que aqueles levam suas aspirações, desejos e compreensões à arena política, de maneira a informar-lhes processualmente os desígnios.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto assinala, também, o traço de consensualidade que passa a conformar o novo Direito Administrativo, não sem registrar a tardia ruptura deste com as matrizes autoritárias e o retardatário resgate liberal da Administração:

“[...] só muito recentemente, a partir dos anos setenta, é que seu enclausuramento político (do Direito Administrativo) se vem revertendo e apresentando aberturas e mudanças de rumo que, pouco a pouco, reabilitam a pessoa enquanto administrado, em sintonia e pé de igualdade com o *status* já conquistado enquanto eleitor e jurisdicionado” (2001: 11).

Para além disso, assinala o autor a influência da chamada *consciência da sociedade* inspirando o conceito de *autonomia coletiva*, no qual a sociedade subjaz como a arena de legitimação das decisões políticas por meio dos múltiplos canais formais ou informais de participação (Moreira Neto, 2001: 13).

A *pluralização das instituições participativas*, a valorização dos mecanismos já incorporados e, sobretudo, a persistência em face do desafio de quebrar o monopólio do poder público no plano prático podem sustentar decisões *políticas compartilhadas* pelo Estado com os destinatários e um perfil de Direito Administrativo mais conforme com as exigências contemporâneas (Moreira Neto, 2001: 14 e 15).

O certo é que, não obstante a densidade do movimento científico e as avançadas construções sobre a autonomia pública, muitas perplexidades persistem, notadamente no campo do Direito Administrativo. É este impactado pelas imposições da nova definição do papel do Estado, pelos valores democráticos que conformam matrizes paradigmáticas para leitura do próprio Direito e, sobretudo, pela contingência de adaptabilidade à complexa demanda de novas práticas administrativas. É que a novel concepção do público deve repercutir no plano da aplicação da normatividade administrativa e, assim, na dinâmica relacional Estado-Sociedade-Mercado, nas expressões simplificadas ou mais complexas, em que o Estado, como instância especial da sociedade, interage com o cidadão, o administrado e as autonomias coletivas – grupos sociais, entidades, organizações ou instâncias representativas de interesses meaindividuais – e com a *iniciativa privada*.

Bem por isso, é no campo do Direito Administrativo que a relação das autonomias ainda mais desafia os teóricos e aplicadores do Direito, especialmente tendo em vista o manejo permanente do princípio que constitui a linha dorsal *desse ramo, qual seja*, o de prevalência do interesse público sobre o privado.⁵

5 A professora Di Pietro, interpretando pensamento recorrentemente assentado, sustenta que o princípio da supremacia do interesse público é fundamental para a construção de todos os demais princípios do Direito Administrativo: “Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do direito administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do direito administrativo porque informam todos os ramos do Direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais” (1998: 60-61).

Para o enfrentamento desse desafio, as considerações desenvolvidas por Dias, em sua dissertação sobre o tema, permitem ser tomadas como núcleo de apoio, eis que podem sustentar a releitura do próprio regime jurídico-administrativo, que, segundo a autora, está a demandar a ruptura com o plano ontológico e homogêneo de seu tratamento:

“Até mesmo a questão do regime jurídico administrativo e seu corolário básico de que à Administração Pública cabe a defesa dos interesses públicos deve ser discutida visto que os próprios interesses públicos deixam de ser categorias ontológicas e homogêneas para se tornarem instrumentos de discussão e negociação. É preciso, nesse sentido, revisar os modos de definir e realizar os interesses públicos, sob pena de cairmos novamente no raciocínio tautológico de que à Administração cabe defender o interesse público e que o interesse público é aquele que está contido na lei. Temos, assim, que o interesse público não existe de forma absoluta e, portanto, autoritária. Existe, porém, de forma relativa, através do consenso que se vai formando sobre o que constitui uma moral comum mediante um processo de abertura de canais no sistema político que interferem no sistema administrativo” (2002: 141).

Ainda há de se afirmar que, no contexto presente, a doutrina administrativista é sensivelmente impactada pelas luzes da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, em cujo âmbito se reconhece que o caráter de relativa indeterminação da categoria “interesse público” não pode ser tomado como empecilho ao reconhecimento do caráter científico de seu conteúdo; ao contrário, é essa nota distintiva que comunica à espécie a condição de objeto da ciência do direito em um dos campos mais férteis da produção científica.

Crê-se, pois, que o regime jurídico-administrativo deve ser moldado segundo a visão de equiprimordialidade e complementaridade das esferas, o que se intenta mediante o questionamento de determinados dogmas e a ressemantização de noções basilares, como as de interesse público e interesse privado.

3. INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO

A expressão *interesse público* não é, por si, elucidativa da noção que abriga. Para semantizá-la, o intérprete deve proceder a intensa operação inductiva, capaz de destrinchá-la em sua complexidade. Tal processo, progressivamente dificultado à medida que se desdobram as inferências do núcleo abstrato que o suporta, atrai sempre os matizes do paradigma científico abraçado pelo intérprete.

Se se adota, na investigação, a metodologia científica que orienta o normativismo jurídico, isto é, a descrição da realidade de forma objetiva e rigorosa, a contrapartida é a negativa de conteúdo científico à categoria em estudo.

Kelsen afirma que conceitos como os de “justiça” e “interesse público” são diferentes daqueles que dizem, v.g., o que é um gato ou o que é um Estado. Segundo o professor vienense, os primeiros são conceitos carentes de objetividade necessária ao caráter científico do objeto, eis que a ciência representa um “racional máximo”, exatamente pelo fato de não operar com meros juízos de opinião ou juízos de valor no sentido estrito, e sim com dados objetivos (1998: 1 e segs.). Para Kelsen, algo que se pretenda científico deve ostentar validade universal, ou seja, deve valer para todos, sempre e em qualquer circunstância, o que não ocorre com o conceito de interesse público.

Em que pese à significativa contribuição epistemológica do normativismo jurídico para a ciência do Direito, suas limitações são patentes nos dias de hoje, pois que, dogmatizando a norma jurídica, o normativismo acaba por desconsiderar a realidade que aquela deve regular.

Não apenas por coerência com novas concepções jusfilosóficas, mas, sobretudo, por imposição prática, o Direito Administrativo, graças à sua constante mudança para adaptação às exigências crescentes e desafiantes, não pode contentar-se com a *idéia de ciência jusnormativista*. Assim, interesse público deve ser reconceitualizado sob o prisma específico do Direito Administrativo contemporâneo, que, sem negar-lhe a validade científica – dado que trabalha com outro paradigma –, propõe-se investigação profunda acerca desse objeto, para cuja conformação prática não se pode prescindir da facticidade ou mais, dos múltiplos planos do Direito.

No contexto presente, a doutrina administrativa reconhece que o caráter de relativa indeterminação da categoria *interesse público* não é de tal monta a negar-lhe teor científico; ao contrário, é esta nota distintiva que comunica à espécie a condição de objeto da ciência do Direito em um dos campos mais férteis da produção científica do Direito Administrativo, qual seja, o dos conceitos jurídicos indeterminados.

3.1. Noção de Conceito Jurídico Indeterminado

Há vinculação essencial entre Direito e linguagem, já que o primeiro não existe sem o último, assim como não existe pensamento fora da linguagem (Regina Helena Costa, 1990: 125).

Daí o culto aos signos, à palavra como instrumento do Direito, conforme se vê em Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, quando explicam a importância da linguagem no campo da ciência jurídica:

"A ciência do Direito, ao contrário das ciências exatas, não trata com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do cientista. Bem ao contrário, o homem do Direito manipula especulativamente a realidade da vida social. É dizer, por sobre a própria mutabilidade, típica dos fenômenos sociais, faz incidir sua subjetiva (e por isso também mutável) especulação, interpretação e sistematização. E deve transmitir ao grupo social o fruto da sua atividade, quer com o fim de explicá-la, quer com o propósito de ditar padrões, dotados de coercitividade sancionável. Com um agravamento: as palavras do Direito, contrariamente ao registrável com a maior parte das demais ciências, não se dirigem apenas aos iniciados: necessariamente, sob pena de inefetividade (e por vezes de invalidez até), têm de atingir toda a comunidade, indiferentes os graus de conhecimento específico de suas partes individuais componentes. Dessa sorte, a palavra assume, na ciência jurídica, importância idêntica (ou quase) à do pensamento. Como ciência essencialmente relacional, ela fatalmente tem de ser transmitida, e transmitida à coletividade, de iniciados e principiantes" (Ferraz; Abreu Dallari, 2001: 18).

Vê-se que o Direito possui um sistema comunicacional característico, coerente, estruturado como linguagem jurídica. Essa linguagem, permeada pelos vieses das ciências sociais, no entanto, comporta relativa imprecisão, intencional ou não, colocando-se nesse ínterim a problemática da indeterminação conceitual do Direito. É dizer: existem certos conceitos jurídicos que demandam tão desafiante processo interpretativo, que sua identificação, antes, assemelha-se ao resultado de uma escolha entre várias outras possíveis. São os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*,⁶ durante muito tempo acolhidos em confusão como matrizes abertas submetidas ao juízo do poder discricionário da Administração Pública.

É de se registrar que a sistematização da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é devida à doutrina alemã do Direito público contemporâneo, que tem merecido ampla divulgação na Espanha, por parte de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. Vejam-se os lineamentos essenciais do pensamento alemão sobre a matéria:

⁶ Sobre elementos de teoria geral dos conceitos jurídicos indeterminados, cf. António Francisco de Sousa, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, Lisboa, Almedina, 1994.

1. Os conceitos jurídicos diferenciam-se dos demais graças à peculiar natureza de seu objeto, que não se liga a uma coisa, mas antes a uma significação. Esses conceitos, à sua vez, podem ser determinados ou indeterminados: os primeiros limitam o âmbito de realidade ao qual se referem de forma precisa e unívoca, v.g., os conceitos de criança e de adolescente, encontrados no Estatuto da Criança e do Adolescente; os últimos, por sua vez, referem-se a uma parcela da realidade cujos limites não estão precisados de maneira objetiva (Enterria; Fernandez, 1991: 393).

2. Os conceitos jurídicos indeterminados afastam quantificação ou determinação rigorosa e só ganham expressão na realidade, no momento da aplicação. Classificam-se como conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação etc.) ou de valor (boa-fé, justo preço, bom pai de família, mulher honesta etc.).

3. A indeterminação descrita no item anterior, segundo Enterria e Fernandez, não dá margem à escolha, por parte do agente aplicador, da norma que veicula conceitos informados pela aludida característica; apenas uma solução é adequada para resolver cada caso concreto:

“[...] ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há, ou o preço é justo ou não é, ou faltou à probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso” (1991: 393).

4. Nesse sentido, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não configura hipótese de discricionariedade administrativa, pois, aceitando uma única solução para cada caso concreto, aqueles conceitos não ensejam a perquirição de razões de conveniência e oportunidade, elementos que podem ser considerados apenas quando se trata do mérito do ato discricionário. A consequência desse fato é que a disciplina dos conceitos jurídicos indeterminados é a da legalidade, e não a da discricionariedade, cabendo ao administrador encontrar a única solução correta para o caso concreto. É essa a doutrina de Enterria e Fernandez:

“Se o próprio de todo conceito jurídico indeterminado, em qualquer setor do ordenamento, é que na aplicação só permite uma única solução justa, o exercício de uma potestade discricional permite, pelo contrário, uma pluralidade de soluções justas, ou, em outros termos, optar entre alternativas que são

igualmente justas [...] a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal [...] umas circunstâncias reais determinadas" (1991: 394).

Já Costa, partindo da bipartição dos conceitos jurídicos indeterminados nas categorias de experiência e valor, mostra a compatibilidade da última categoria com a discricionariedade, com reflexo no plano do controle jurisdicional das decisões administrativas. É o que preleciona Costa:

"Se o legislador optar pela utilização de conceitos de experiência, determináveis mediante interpretação, o controle judicial é amplo, exatamente porque cabe ao Judiciário, como função típica, interpretar o alcance das normas jurídicas para sua justa aplicação. Diversa será a situação se se tratar de conceitos de valor, cuja significação é preenchida por meio da apreciação subjetiva do órgão administrativo. Nesse caso, o controle judicial é apenas um controle de contorno, de limites, pois se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico" (1990: 135-136).

O certo é que discricionária ou não, a aplicação do conceito deverá ser sempre orientada pela finalidade pública; prova disso é que "o ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário de competência livre" (Miguel Seabra Fagundes, 1948: 65).

5. A análise da estrutura do conceito jurídico indeterminado é de suma importância para que seja tomada, no caso concreto, a solução adequada que deverá ser acolhida pelo ordenamento jurídico. Abrigam-se, no aludido campo conceitual, duas espécies de área: as *zonas de certeza* – que se subdividem em outras duas, a *zona de certeza positiva*, formada por informações precisas e seguras que dizem o que o conceito é, e a *zona de certeza negativa*, enfática quanto à exclusão, diz o que o conceito não é – e, entre essas duas *zonas de certeza*, uma outra, intermediária, denominada *zona de incerteza*, mais ou menos indeterminada e anuviada, que constitui o *halo do conceito*. A diade de certezas positivas e negativas (*Begriffskern*) não é problemática; a dificuldade localiza-se no *halo conceitual* (*Begriffshof*), sempre incerto, de modo que

"[...] suposta esta estrutura do conceito jurídico indeterminado, a dificuldade de fixar a solução justa se concretiza na zona de imprecisão ou 'halo' conceitual, mas tal dificuldade desaparece nas duas zonas de certeza, positiva e negativa, o qual não é leviano de um ponto de vista de princípio" (Enterria; Fernandez, 1991: 396).

3.2 Conceitos de Interesse Público e Interesse Privado: Abrangência das Expressões

“O núcleo do Direito Administrativo não é o poder (e suas conveniências), mas a realização do interesse público – entendido como afirmação da supremacia da dignidade da pessoa humana” (Marçal Justen Filho).

A digressão intentada no tópico anterior revela-se indispensável para a afirmação do interesse público como conceito jurídico indeterminado, para a doutrina mais avançada, afastado do campo das possibilidades da discricionariedade, eis que não se reserva espaço para perquirição de conveniência e oportunidade, pois todas as soluções devem alcançar o sentido que o interesse público tem em mira (legalidade ampla). Costa não admite tal radicalização, ao argumento de que tal compreensão redundaria na completa anulação da discricionariedade administrativa, já que todos os atos administrativos têm por base e fundamento a noção de interesse público.

O certo é que não há como negar a relativa indeterminação do conceito de interesse público. Prova prática dessa indeterminação é a multiplicidade de conceitos de interesse público apresentados pela doutrina, alguns deles excludentes entre si.

De antemão, há que se notar que o interesse público não se identifica necessariamente com o interesse da Administração, que, por vezes, confunde-se com “razões de Estado” ou mesmo assume inclinações particularistas. O assunto é complexo e exige estudo aprofundado.

Para esclarecimento inicial, faz-se mister consultar a doutrina especializada, trazendo-se de logo à tona reflexão contemporânea capitaneada por Moreira Neto, que, sobre explicar as matrizes de compreensão e orientação da dogmática e da prática jurídica, no campo do Direito Administrativo, chama a atenção para a necessidade de superação dos padrões autoritários de conformação da disciplina, especialmente a partir da redefinição do topo de referenciamento do chamado interesse público, cuja supremacia se invoca sobre interesses privados.

O processo juspolítico que circunstancia o surgimento do Direito Administrativo, sob a influência das revoluções liberais, e sustenta a construção da noção de autoridade pública – como instrumentalização da Administração para o desempenho das funções de consecução dos interesses da sociedade a ela cometidos – a partir da autocompreensão da organização administrativa como centro dos aparelhos coercitivos públicos e árbitro das “razões de Estado”, sedimenta determinados conceitos e princí-

pios como núcleo inspirador da disciplina, conforme recupera Moreira Neto, em sua obra *Mutações do Direito Administrativo*:

“Assim é que conceitos como o da imperatividade, da supremacia do interesse público, o da insindicabilidade do mérito e o dos chamados poderes administrativos, entre os quais o hoje polêmico poder de polícia, assomaram a tal importância estruturante que a literatura jurídica do Direito Administrativo tornou-se praticamente unânime quanto à articulação dogmática da disciplina sobre a idéia central de que o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal ‘externo e contraposto aos dos cidadãos’” (2001: 10-11).

A contraposição tradicionalmente assentada, e que faz parte do núcleo de força conservadora do Direito Administrativo, é enfatizada por Umberto Allegretti, que sublinha a importância de aprofundamento da questão da distinção entre as categorias de interesse (1996).

Com tal intento, Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*, traz suplementos teóricos valiosos para a temática do interesse público e, em especial, conceituação que explicita distinção entre interesse público e interesse particular, segundo critério qualitativo do sujeito a quem aproveita:

“[...] existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – ininteresses, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas –, e que, de par com isso, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão para sucedê-los nas gerações futuras. [...] Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados **em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem**” (1992: 57 *et seq.*).

Entretanto, o conceito aqui transcrito não é suficiente para explicar “interesse público” em sua densa significação, pois a expressão – já se registrou – admite múltiplas acepções, o que a doutrina não ignora, conforme se pode notar nas lições de Justen Filho.

O aludido doutrinador, ciente da dificuldade da tarefa conceitual, e ainda de que a indeterminação da noção de interesse público, de algum modo, ameaça o administrado, pelo risco de sua utilização pela autoridade

como panacéia do arbítrio, reforça seu propósito de deduzir da expressão a essencialidade. Para ele,

“existe, no entanto, forte cunho de indeterminação no conceito de **interesse público**, o que dá margem ao risco de sua aplicação desnaturada. [...] É necessário prosseguir na tentativa de determinar o conceito de interesse público, em face do risco da aplicação equivocada do referido princípio” (Justen Filho, 1999: 116).

Sob essa perspectiva, o administrativista passa à pesquisa conceitual e, registrando a ausência de um conceito satisfatório da espécie na doutrina, chama a atenção para a idéia pragmática desenvolvida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que vislumbra no interesse público a noção de lugar-comum, com o que sustenta prescindir aquele de definição para sua aplicação concreta (Justen Filho, 1999: 116).

Justen Filho reconhece a dificuldade de definir interesse público exatamente pelo grau de indeterminação desse objeto, mas não vê nesse traço barreira intransponível no tal mister; ao revés, mostra-lhe a força lógica para a aproximação da categoria do campo da mutabilidade fenomênica, no qual ganha extraordinária potencialidade de conformação, a sugerir a variabilidade de sentidos no plano *dinâmico* do Direito (1999: 116). Malgrado essa potência inferencial da expressão, há que se perquirir o núcleo do conceito, o que se faz a partir de várias definições do objeto, que se integram na compilação a seguir:

1. Interesse público como interesse do Estado. A partir do século XVI, o interesse público identifica-se como interesse do Estado, confundindo-se aquele com o interesse do soberano. Tal concepção é falha, pois liga interesse público, não a um dado conteúdo, mas a um titular privilegiado – o Estado –, sustentando inversão lógico-axiológica que identifica o Estado como titular e guardião de certos interesses indiscutíveis e sublimes.

Com efeito, há, na concepção, irremediável equívoco, já que, em verdade, o interesse público é anterior ao Estado e, assim, pressupõe uma anterior titularidade, por exigência conatural a esse fato:

“Logo, o interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas atribuído ao Estado por ser público. [...] Atribuir ao Estado a titulariedade de interesse privado seria infringir o princípio da República. Justamente por isso, deve reconhecer-se que o conceito de interesse público é anterior (lógica e axiologicamente) ao conceito de Estado. [...] Em síntese, a titularidade pelo Estado representa, quando muito, um indicio de ser público o interesse, mas esse indicio conduz, como não poderia deixar de ser, a uma presunção relativa” (Justen Filho, 1999: 117-118).

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, interpretando Prade, mostra o atrelamento da distinção que este propõe entre interesse privado e interesse público à contraposição entre particular e governamental, ao mesmo tempo que assinala a tendência de superação da dicotomia, a partir da crise do Estado Liberal (2000: 265).

2. Interesse público como interesse do aparato administrativo.

Assinale-se, como advertência, que a idéia ora referida é infundada, justificando-se seu desenvolvimento tão-só pelo propósito de afastá-la em seara de aplicação. O Estado, em sua atuação administrativa, há de mover-se segundo o norte do interesse público geral, fiel ao caráter instrumental da Administração Pública. Admitir-se um interesse administrativo autônomo é, *a priori*, admitir o fluxo de conveniências da organização administrativa, nem sempre identificadas com o interesse geral; é admitir a privatização do público na esfera da estatalidade.

Na base da discussão, encontra-se a distinção proposta por Renato Alessi entre interesse público primário e secundário, abrigando-se no campo deste último a situação relatada. A classificação, contudo, não apresenta valor científico, pois é inadmissível que a Administração possa ter interesses próprios, egoísticos e privatísticos (interesses públicos secundários), divorciados do interesse público geral. Segundo Justen Filho,

“o Estado não possui interesses qualitativamente similares aos interesses dos particulares, pois não foi instituído para buscar satisfações similares às que norteiam a vida dos particulares. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do Direito, apenas para os sujeitos privados” (1999: 118).

3. Interesse público como interesse privado da pessoa física do agente público.

Trata-se, igualmente, de idéia equivocada, pois o exercício da função pública não pode ser maculado pelos interesses das pessoas físicas investidas.

Após sintetizar os argumentos das três correntes, e diante da falibilidade de cada qual, Justen Filho registra as idéias prevaletentes de correntes que, desatrelando as idéias de interesse público e Estado, antevêm a autonomia do conceito e identificam-no com:

- o **somatório dos interesses privados**: concepção que, erroneamente, despreza a diferença qualitativa entre interesse público e interesse privado, por abranger no primeiro o interesse comum e homogêneo da totalidade (ou maioria) do povo;

• **o somatório de determinados interesses privados:** formulação que incorre no mesmo erro de perspectiva da corrente anterior, com uma variante – entende que somente interesses privados transcendentais à individualidade, quicá os pessoais a que se refere Bandeira de Mello, podem originar interesses públicos;

• **o interesse da sociedade:** construção que sustenta a vinculação do interesse público à instituição abstrata da sociedade, e não às vontades individuais dos cidadãos; a sociedade supera e transcende o indivíduo, pois detém em seu seio os valores coletivos, integrados na forma de patrimônio comum (Justen Filho, 1999: 119-120).

Héctor Jorge Escola também põe-se o desafio de delimitar o campo do interesse público, entendendo a noção como vital ao Direito Administrativo e, nesse desiderato, assume posição que associa aquele à idéia de interesse da sociedade:

“Muitas são as considerações que a doutrina tem feito com esse propósito, e à vista do exame de todas elas pode-se sustentar, com fundamento, que o interesse público consiste e é a soma da maioria de interesses individuais coincidentes, pessoais, diretos, atuais e eventuais, e, por isso mesmo, o resultado de um interesse emergente de existência da vida em comunidade, na qual a maioria dos indivíduos reconhecem, também, um interesse próprio e direto”⁷ (Tradução livre).

Para Justen Filho, no entanto, todas as concepções tradicionais aqui listadas merecem críticas. Em primeiro lugar, elas partem do pressuposto da existência de interesses homogêneos na sociedade, quando, na realidade, o Estado deve ser, antes, uma síntese das contradições sociais (Hegel), abarcando uma infinidade de interesses diversos. Não é outra a moderna visão de democracia, entendida, sobretudo, como respeito aos direitos das minorias. Nesse particular, Justen Filho alude à teoria do Estado pluriclasse de Giannini:

“A democracia contemporânea externa-se numa espécie de interminável reorganização dos interesses individuais e coletivos. As composições entre os

7 “Son muchas las consideraciones que la doctrina ha hecho con ese propósito, y en virtud del examen de todas ellas es que se puede sostener, con fundamento, que el interés público consiste y es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, y, asimismo, el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo” (1984: 613).

diferentes grupos de interesses assemelham-se a um processo caleidoscópico, em que cada arranjo é distinto do existente em momentos anteriores e posteriores. Isso tudo conduz à impossibilidade de aludir à maioria senão como força de expressão, indicando composições temporárias e limitadas entre os diferentes segmentos da sociedade” (Justen Filho, 1999: 121).

Neste passo, deve-se assentar que o interesse público não pode ser aferido por critério quantitativo (v.g., existe interesse público em regular a situação das minorias raciais). De igual modo, a simples vinculação do interesse público a um abstrato interesse da sociedade também deve ser questionada, pois existem duas dificuldades nessa concepção: a primeira incide na possibilidade do surgimento de um artificioso interesse social desvinculado de qualquer interesse individual concreto. Dessa forma, um tal interesse social desatrelado do interesse do indivíduo é, para Justen Filho, o embrião do autoritarismo (configuração de interesses supra-individuais totalitários).

A segunda dificuldade, por seu turno, está no problema da identificação do interesse público, pois que a desvinculação do interesse da sociedade dos interesses individuais concretos levaria à necessidade de alguém – a autoridade administrativa – determinar coercitiva e antidemocraticamente a extensão do conceito de interesse público (1999: 122).

Outra crítica dirigida às concepções tradicionais é a de que elas partem de visão técnica e finalística para a construção da noção de interesse público, ou seja, o interesse público é uma criação que faz parte da estratégia de permanente superação de problemas que os homens, de forma isolada, não são capazes de enfrentar. Note-se que a natureza do interesse não é debatida, mas, sim, os modos de sua implementação. Isto é: interesse público e interesse privado distinguem-se em vista do critério de sua satisfação, firmando-se especialmente o primeiro na idéia de impossibilidade de sua consecução pela via individual e na justificativa de sua assunção pelo Estado.

Tais idéias, contudo, sustentáveis no século XIX, não podem mais prevalecer com o advento da sociedade civil e seu posterior desenvolvimento. Ora, não há como negar que, modernamente, quem detém a tecnologia de ponta e o capital necessário aos grandes investimentos são exatamente as empresas privadas, razão pela qual a opção estatalizante hoje não é o único caminho para a concretização de objetivos de grandes dimensões (Justen Filho, 1999: 123).

A resolução do problema acerca da natureza do interesse público há de passar, pois, por uma compreensão ética da questão, e não meramente técnica. Firma-se, assim, o interesse público como aquele que se dirige à

satisfação dos valores éticos fundamentais, cuja consequência, em resumo apertado, pode-se expressar pela seguinte assertiva: "O interesse deixa de ser privado porque sua satisfação não pode ser objeto de alguma transigência" (Justen Filho, 1999: 124).

Mas a identificação do interesse público com valores éticos não apresenta resposta ao questionamento sobre sua natureza essencial, apenas a adia. Para tentar ferir essa ordem de essencialidade, Justen Filho lança mão do princípio da dignidade da pessoa humana (CR/88, art. 1º, III), entendido pelo mesmo como princípio-matriz do qual defluem todos os outros. Princípio transcendental, no sentido kantiano do termo, isto é, representa condição lógica *a priori* para o conhecimento dos demais princípios. O princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, não é a-histórico, eis que construído ao longo da evolução das sociedades humanas, que optam pela rejeição (em tese) do império da violência e do arbítrio (Justen Filho, 1999: 126-127).

Ainda segundo o autor em questão, o princípio da dignidade da pessoa humana deve informar a filosofia do sistema jurídico como um todo, o que implica questionamentos, não apenas quanto ao significado da base principiológica do sistema, mas, principalmente, da organização e funcionamento das normas desse jaez, de tal modo que se possa traçar uma arquitetura dos princípios e, sobretudo, garantir-se a filosofia do sistema:

"Todos os princípios e regras devem ser interpretados e aplicados como meio para realização daquele princípio supremo [o da dignidade da pessoa humana]. Pode-se (e deve-se) sacrificar um princípio menor quando tal se faça necessário para evitar ofensa à filosofia do sistema" (Justen Filho, 1999: 133).⁸

Ao primado desse princípio subordina-se a idéia de interesse público, assentando-se como corolário o imperativo categórico kantiano da valorização teleológica do homem: "Age de tal modo que tenha o homem sempre e em qualquer circunstância como fim, e nunca como meio simplesmente". Dessa maneira, o homem nunca pode ser sacrificado em favor da consecução de interesses da comunidade ou do Estado. Do desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana tem-se, em plano imediato, o princípio da isonomia, a proclamar que nenhum homem deve ter

8 Anota-se que, na aplicação de princípios, não se trabalha com a lógica da contradição, eis que mesmo contrários eles não se excluem. O que se verifica no caso concreto é a necessidade de ponderação na busca de solução adequada.

mais ou menos dignidade que outro. Para a concretização dessa ordem de princípios, surgem o Estado e as instituições jurídicas, já que o atingimento do interesse público pode ficar prejudicado na prevalência do livre câmbio das relações intersubjetivas.

Deduz-se dessas considerações que a supremacia do interesse público sobre o privado tem de ser entendida com cuidado, pois o valor que se deve ter como supremo é o da dignidade da pessoa humana. Do contrário, abre-se oportunidade ao Estado para que exerça um controle despótico e inadmissível sobre os indivíduos. Para Justen Filho,

“apenas pode-se atribuir relevância ao interesse público quando imediatamente submisso ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em nenhum momento, pode sacrificar-se a dignidade de um único particular a pretexto de realizá-lo, pois não há interesse público que autorize o desmerecimento da dignidade de um sujeito privado” (1999: 128).

Isso posto, o citado doutrinador defende a necessidade de personalização ou humanização do Direito Administrativo (o que hoje começa a ocorrer no Direito Civil), já que sua autonomia parte da idéia distorcida de que deve ocupar-se dos poderes e das competências estatais, esquecendo-se do fim último do verdadeiro interesse público, a dignidade humana (Justen Filho, 1999: 128).

O Direito Administrativo não pode mais ser visto como “um conjunto de regras contra o particular, a favor do Estado e sobre os agentes públicos” (Justen Filho, 1999: 129). Torna-se urgente a prometida revisão dos institutos do Direito Administrativo, ou seja, deve-se propugnar pela rejeição à supremacia da burocracia sobre a sociedade civil; pela negação do sacrifício da pessoa humana em nome da oportunidade e da conveniência administrativa; pelo combate à subordinação dos organismos estatais a interesses menores de facções políticas ou grupos econômicos dominantes, entre tantas outras posturas e medidas (Justen Filho, 1999: 128-129).

Para que tal revisão seja efetiva – repita-se –, faz-se mister compreender a noção de interesse público de forma completa, atrelada a valores fundamentais, cuja concretização ou atualização constitui o real apelo daquele. Nesse sentido, interesse público não representa mera abstração teórica legitimadora dos desígnios dos governantes, mas expressão da dignidade da pessoa humana (Justen Filho, 1999: 129-130).

Vê-se, agora, como a noção de dignidade da pessoa humana, aliada à já citada personalização ou humanização do Direito Administrativo, fornece elementos aptos a minimizar a zona de incerteza do conceito jurídico in-

determinado de interesse público, reconduzindo-o a um campo de mais nítido tracejamento:

“Assim e por exemplo, deve-se afirmar que, como a pena de morte não realiza o princípio da dignidade da pessoa humana, sua adoção é incompatível com o interesse público. A personalização do Direito Administrativo dá conteúdo próprio ao princípio da supremacia do interesse público e torna-o operacional do ponto de vista da concretização dos direitos fundamentais. Ainda que a expressão **interesse público** permaneça como um **topos**, um conceito jurídico indeterminado, a personalização produz circunscrição semântica de fundamental relevância” (Justen Filho, 1999: 130).

Com efeito, além desta função conceitualizadora, o princípio da dignidade da pessoa humana, entendido como centro irradiador de significado para a idéia de interesse público, auxilia na solução de problemas atinentes à contraposição de interesses na sociedade. Dessa forma, qualquer demanda social contrária aos valores fundamentais da igualdade e da liberdade como conteúdo daquele princípio não pode ser abraçada pelo interesse público. É que este, a par de apresentar os elementos técnicos já aduzidos, informa-se por sua natureza ética. Essa afirmação, contudo, não deve induzir a conclusões errôneas, pois a relação entre técnica e ética, no que concerne à fixação do interesse público, não é de oposição, mas de complementaridade:

“A supremacia da dignidade da pessoa humana significa que nenhum interesse poderá ser considerado como **público** se produzir o sacrifício dos valores fundamentais. Mas, respeitados esses valores, é evidente que a solução terá de respeitar a técnica, a ciência e o conhecimento. Quando for impossível determinar qualquer infração à supremacia da pessoa humana, estar-se-á no campo próprio da decisão técnico-científica” (Justen Filho, 1999: 131).

E se os interesses contrapostos são ambos de natureza ética, ou, pelo menos, não afrontam o princípio da dignidade da pessoa humana? A solução, conquanto não impossível, revela-se mais complexa do que no caso-tipo narrado anteriormente. Desde já, afirma-se a proibição de sacrifício aleatório de um dos interesses em prol de outro. Para a solução da questão, é necessária a recapitulação das lições de Dworkin, para quem é sempre possível encontrar-se a única solução adequada para um caso concreto. O jurista americano enxerga o sistema jurídico como unidade, cabendo ao intérprete encontrar a solução concreta que mais se compatibilize com os princípios fundamentais. Nota-se, assim, a importância da ponderação dos interesses em jogo, operação que invoca com

especial relevância a aplicação do princípio da proporcionalidade ou adequação (Justen Filho, 1999: 132).

Acrescente-se ainda que, em um Estado Democrático de Direito pluriclasse, o processo de escolha entre um ou outro interesse não dispensa considerações de ordem política, mas estas devem sempre estar submetidas ao devido processo legal e ao princípio do contraditório. Justen Filho, adotando as idéias de Dworkin, prega que o sacrifício de um interesse em nome de outro há de ser tomado como *ultima ratio*; o intérprete deve, antes, buscar a homogeneização entre os interesses conflituosos:

“Quando os diferentes interesses em atrito comportam equivalente tutela e proteção, a solução mais adequada é propiciar a realização conjunta – ainda que limitada – de todos eles. A solução mais adequada em face do ordenamento é produzir a homogeneização dos diferentes interesses. Introduzem-se limitações e reduções nos diferentes interesses, de molde a compatibilizá-los. Ainda que um interesse seja evidentemente mais relevante que os demais, não se autoriza sua realização absoluta, se tal acarretar o sacrifício integral de interesses que comportam proteção do Direito” (Justen Filho, 1999: 132).

O que exsurge de toda a discussão esboçada neste tópico é o reconhecimento de que a expressão “interesse público” não admite uma conceituação apriorística, devendo ser construída na concretização do Direito: “Trata-se de um ensinamento adquirido à custa de enormes sacrifícios e sofrimentos infundáveis ao longo da História” (Justen Filho, 1999: 136).

Antes do Direito, o interesse público existe apenas como abstração teórica, e é “o processo de concretização do Direito [que] produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público *em face das circunstâncias*” (Justen Filho, 1999: 133, grifo nosso). Nesse particular, mais uma vez, sublinhe-se a lição do referido autor, segundo a qual a característica de indeterminação, natural ao conceito de interesse público, há de ser tomada como um dado positivo, pois permite ao intérprete afastar o conceito de concepções formalistas que, por vezes, ameaçam os pilares da democracia e da supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana (1999: 133).

Justen Filho entende, todavia, que a subordinação do conceito de interesse público ao princípio da dignidade da pessoa humana pode levar a idéia equivocada de que há uma identificação entre interesse público e privado, vez que o primado da dignidade humana é princípio informador de todo o ordenamento jurídico. Mas existem diferenças entre os dois campos: há interesses cuja relevância rejeita seu não-atendimento, po-

dendo haver até mesmo o afastamento do postulado da liberdade. A realização de tais interesses, para o autor, deve ser imperativa e não pode ser abandonada ao bel-prazer dos indivíduos. Pois bem, esses são os chamados interesses públicos.

Por outro lado, os interesses privados guiam-se pelo princípio da liberdade, já que os indivíduos podem resolver pela sua realização ou não, segundo suas vontades. Ora, isso somente é possível porque os interesses privados não se relacionam diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que não significa que os interesses privados sejam completamente dissociados de tal princípio basilar; significa apenas que o eventual não-alcançamento de um interesse privado não implica a frustração do princípio da dignidade da pessoa humana (Justen Filho, 1999: 134).

Observa-se que o esforço aqui desenvolvido é o de relativizar certas noções dogmáticas forjadas no bojo de teorias apoiadas na autonomia do Direito como construção levada pela força da racionalidade e, assim, infenso às mutações dos fenômenos sociais. É que, contemporaneamente, objetado o simplista império da razão, busca-se defender o nexos do Direito com sua historicidade, o que sugere a sua abertura para o abrigo generoso de todos, especialmente pela linha principiológica e pela reconceitualização das categorias jurídicas, entre as quais aparece a do interesse público, que igualmente não pode ser tratado a-historicamente, como noção apriorística.

Tal propósito encontra conforto no âmbito das modernas formulações sobre o Direito e a História, especialmente determinadas a recolher os nexos esquecidos entre o Direito como ciência social e suas circunstâncias temporais, espaciais e factuais.

José Alcebíades de Oliveira Júnior, criticando a dogmática jurídica, põe sob reserva a dissociação entre o Direito e sua história, mostrando que aquele, descomprometido com as práticas sociais efetivas, chega a artificializar soluções, ou seja, a estabelecer dogmas que, por se abstraírem da realidade subjacente, acabam por subjugar-la (1985: 13).

Eis porque – e com tal assertiva conclui-se a exposição sobre a problemática referente à conceitualização de interesse público e à sua aplicação – não se pode afirmar o primado do interesse público, sem antes reconhecer o da dignidade da pessoa humana, menos como dogma impermeável, mais como matriz de percepção e conformação do justo concreto, na certeza de que, se a indeterminação conceitual prevalece no discurso de argumentação, pode ser superada no plano de aplicação.

4. A INFLUÊNCIA DOS PARADIGMAS DE ESTADO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Sabe-se que a harmonização da ordem jurídica às necessidades decorrentes das múltiplas transformações pode ocorrer por meio de processos formais de mudança, mas especialmente mediante adequação constitucional por força de interpretação orientada por princípios, em processo que, a despeito da manutenção formal das prescrições, comunica às normas insertas na Carta Magna ou delas capta a variação de sentidos de seu conteúdo. Desse modo, em respeito à vocação evolucionista da Constituição, que lhe impõe permanente adaptabilidade, cabe ao intérprete, mais que se ater às normas em dimensão formal, buscar configurá-las segundo a Constituição material, cuja efetividade se exige.

Impõe-se assim a necessidade de constante releitura dos ditames normativos de acordo com o foco paradigmático, em sintonia com os princípios que os flexibilizam e os reconstróem na dialética entre permanência e mudança. E, para além disso, é importante que se tenha em conta a influência dos paradigmas de Estado sobre o modo de aplicação da normatividade jurídica, isto é, a força das matrizes de compreensão da norma ou de conformação dos tipos de interpretação jurídica.⁹

No entanto, deve-se estar alerta à advertência de Oliveira no sentido de que, embora a influência do paradigma seja relevante na interpretação, nada substitui o papel do juiz de interpretar a situação concreta para a qual deve atrair as normas aplicáveis:

"A tentativa, todavia, de se reduzir a complexidade da interpretação jurídica através da reconstrução de um paradigma jurídico concreto, como no caso daqueles de maior sucesso na História do Constitucionalismo, o paradigma do

⁹ Oportuno insistir, junto com Luhmann, na natureza autológica de qualquer processo interpretativo, fato esse que demonstra a existência de limites para a atividade do intérprete:

"Qualquer tipo de interpretação deve antes de tudo descrever o seu texto como suscetível de interpretação. Em consequência, a interpretação, na medida em (que) enfoca o seu texto e a si própria, implica uma atividade parcialmente autológica. O texto tomado acessível, compreensível e aplicável pela interpretação representa, por sua vez, um esquema que estabelece como os observadores devem observar e o que devem considerar válido ou inválido. A interpretação é, portanto, uma atividade que se articula no mínimo em dois planos, é uma descrição de descrições" (Luhmann, 1996, Tradução livre por Carvalho Netto, 1997: 25).

Direito formal burguês e o paradigma do Direito materializado do Estado Social (ou, ainda, da determinação nada isenta de problemas de uma 'ideologia constitucionalmente adotada' ou de 'quadro de valores comuns superiores'), que *desde o início* já estabeleceria um horizonte histórico de sentido para a prática jurídica, só retiraria em parte dos ombros do juiz a tarefa hercúlea de pôr em relação os traços relevantes de uma situação concreta, apreendida de forma a mais completa possível, com todo um conjunto de normas em princípio aplicáveis, pois o reconhecimento de que há paradigmas jurídicos que informam e conformam a prática jurídica leva hoje a uma disputa não só teórico-jurídica mas *política* acerca de qual dentre eles é o adequado à compreensão do Direito, no contexto histórico percebido de uma 'sociedade aberta de intérpretes', a cada situação concreta" (2002(a): 12).

Nesse sentido e adotando, com Habermas, a compreensão procedimental do Direito, sustenta o mesmo autor que:

"na prática social do cotidiano dos operadores jurídicos, e que em muito ultrapassa o círculo fechado dos especialistas, os paradigmas jurídicos liberal e social permanecem em tensão, concorrendo caso a caso para a interpretação do suposto Direito aplicável" (Oliveira, 2002(a): 13).

Carvalho Netto, lecionando sobre a matéria, resgata as características do processo interpretativo de acordo com os diversos paradigmas do Direito (1999 (b): 476 e segs.). O Direito antigo, na lição do autor, é interpretado de forma mágica, segundo as teorias dos filósofos clássicos, centradas na idéia da individualidade do julgador – só o homem justo conhece a justiça, segundo Platão – como elemento mais importante de asseguramento da equidade em um caso concreto.

Essa postura é duramente combatida no Estado Liberal, ao argumento de que o juiz não deve interpretar o texto, que, graças às luzes trazidas pelas revoluções sociais e intelectuais, apresenta-se livre de obscuridade (lembrem-se das antigas máximas que orientam os glosadores medievais e que passam a valer para os exegetas do século XIX, tais como *in claris cesat interpretatio et verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*).

Nesse contexto, ganham prestígio as grandes codificações, que transformam os juristas em patéticos autômatos repetidores de fórmulas, chegando alguns diplomas legais à vedação literal de interpretação da lei pelo juiz, tal a pretensa racionalidade do ordenamento jurídico reduzido à estrutura das regras, como fruto de idéias abstratas incontrastáveis, traduzidas pela normatividade imposta pela organização política.

Carvalho Netto, discorrendo sobre a influência do paradigma do Estado de legalidade ou de Direito, “de *per si* racional, harmônico e sistemático de regras claras e distintas”, sobre a atividade de aplicação da lei pelo juiz, afirma:

“É claro que [...] a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera ‘*bouche de la loi*’” (1999 (b): 484; 479).

Com a maior complexidade advinda do Estado Social, o juiz é levado a abandonar essa atitude passiva, de operador mecânico de aplicação silogística da lei, já que é chamado a solucionar questões sobre direitos e interesses até então nunca discutidos. A finalidade social da atuação do juiz para fazer face às exigências de materialização do Direito é finalmente admitida, enquanto o pensamento jurídico incorpora conteúdos cada vez mais complexos, como aqueles advindos da Hermenêutica, da Sociologia e da Filosofia do Direito.

Na linguagem de Carvalho Netto, há reflexos dessa concepção de Estado no processo de aplicação da lei, de tal sorte que:

“A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológicas, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais” (1999 (b): 481).

Entretanto, as mudanças vertiginosas que se sucedem nas últimas décadas, e que, em grande parte, contribuem para a formação do atual paradigma do Estado Democrático de Direito, são de tal modo variadas e novas, que exigem completa releitura dos métodos de interpretação consagrados pelos paradigmas anteriores.

O Direito contemporâneo é, antes de tudo, o Direito da complexidade, que não pode fazer vista cega para as distintas situações a ele submetidas: traz mais perguntas do que respostas. Veja-se, por exemplo, a ruptura com a antiga dicotomia Direito e Política. Até recentemente tomados como domínios estanques e excluídos pelos juristas, ambos são vistos como domínios conectáveis ou passíveis de interação.

A Constituição, já o disse Niklas Luhmann ao criticar o modo de aplicação normativa na modernidade, é o elemento capaz de acoplar¹⁰ estruturalmente essas duas realidades, na medida em que “é por intermédio da Constituição que o sistema da política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva” (Carvalho Netto, 1999 (b): 473).

Pois bem, a interpretação, no Estado Democrático de Direito, há de ser complexa, uma atividade problematizadora dos vários ângulos de visão que qualquer situação conflituosa apresenta; deve abranger a interpretação das normas e do caso concreto e ainda pressupor aquele acoplamento, de Direito e Política, a que se refere Luhmann, como condição de vivificação da ordem jurídica e da realização da justiça.

As decisões judiciais, por sua vez, conforme ensina Carvalho Netto, devem apresentar “um nível de racionalidade discursiva compatível com o atual conceito processual de cidadania”. Mas para ser capaz de uma tal empreitada, o sistema jurídico não pode fechar-se na lógica objetiva e unissignificante das regras. É necessário que o hermeneuta compreenda a natureza e a função dos princípios, conforme salientado. É o que sustenta Carvalho Netto:

“Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os

10 Para Luhmann, defensor da teoria dos sistemas, os subsistemas do direito e da política contam com códigos próprios e estão fechados em si mesmos. O único elemento que os acopla estruturalmente é a Constituição. *A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política* (Luhmann, 1996. Tradução livre por Carvalho Netto, 1997: 11), entendida como uma aquisição evolutiva das sociedades ocidentais, tendo-se firmado especialmente após as revoluções francesa e americana. Sobre o termo *acoplamento estrutural*, é o pronunciamento do autor alemão: “Os acoplamentos estruturais são aquisições evolutivas. A sua formação não pode ser reconduzida a causas específicas. De um determinado modo, pressupõem a si próprios enquanto se revinculam às descontinuidades do ambiente, e para cujas estabilizações contribuem. O que vale também para o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação por meio da linguagem, como para o acoplamento estrutural entre o sistema educativo e o econômico mediante os diplomas, bem como para o acoplamento estrutural entre o sistema de saúde e o econômico por intermédio dos atestados médicos e de inumeráveis outros casos em uma sociedade em alto desenvolvimento. No que toca às relações entre o sistema jurídico e o político, as Constituições seguem esse modelo” (Luhmann, 1996. Tradução livre por Carvalho Netto, 1997: 20).

princípios e regras constitutivas do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto" (1999 (b): 482; 486).

4.1. O Estado Democrático de Direito: a Atual Contribuição do Constitucionalismo para uma Interpretação por Princípios

A afirmação da primordialidade da interpretação por princípios tem como premissa lógica a impossibilidade de se negar a vocação evolucionista da Constituição, tomada como organismo vivo. Segundo Eduardo Espíno-la, ela "não se imobiliza, como uma estrutura eterna", na medida em que, diferentemente "de ter a pretensão de subjugar as realidades sociais" de forma absoluta e estanque, a Constituição como organismo vivo

"tem a necessária flexibilidade, tem a vida e o dinamismo suficientes para, no contato com a sociedade, em evolução e em progresso, procurar ajustar-se, harmonizar-se com as necessidades decorrentes dessas transformações, sem constituir entrave a essa evolução e a esse progresso" (1940: 412).

Há de se assinalar, por isso mesmo, de um lado, o caráter serviente e funcional das normas constitucionais à sociedade, pregnadas que devem ser no sentido da adaptabilidade às sucessivas aspirações e necessidades do grupo social, cuja soberania as valida, e, de outro, o seu traço prospectivo ou conformador, no plano de sua aplicabilidade (Carmem Lúcia Antunes Rocha, 1989: 7).

Contudo, em se tomando tal conjunto de questões sob um outro enfoque, tem-se que se a vocação evolucionista da Constituição, o seu caráter serviente à sociedade e a índole prospectiva conatural à sua normatividade densificada pela aplicação do próprio conceito processual de cidadania – na busca permanente de adaptabilidade ao contexto dinâmico e de racionalidade discursiva compatível com a democracia – por um lado, afastam da própria Constituição a condição de entrave à evolução e ao progresso, por outro lado, não podem fragilizá-la na sua condição de núcleo estável de ordenação básica e de validação do sistema. Daí a necessidade de sua proteção.

Esse desiderato de proteção da Constituição sob o enfoque jurídico e sociológico e, ao mesmo tempo, de paulatina atualização aos contextos da vivência pode cumprir-se pela vertente da interpretação principiológica, conforme sustenta Dworkin, nessa vislumbrando, a um só tempo, meio

próprio e eficiente de densificação da normatividade jurídica ou, mais enfaticamente, técnica de mutação constitucional e de manutenção da supremacia e estabilidade da Lei Suprema (1985).

Não é sem razão que se faz apologia dos princípios como fonte revitalizadora da Constituição formal. Entende-se que, sobre a construção formal, assentam-se princípios constitucionais materiais que traduzem certa cultura e se expressam na experiência histórica. Tais princípios dão sentido e justificação a cada Constituição formal. São eles que, expressos ou implícitos na Constituição, densificam a normatividade, comunicando-lhe a força de instrumento apto à composição de conflitos.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho apresenta elementos de uma teoria principiológica, que tem como base a concepção da Constituição como uma ordem aberta, porém informada por tendencial unidade axiológica normativa. Essa perspectiva de compreensão da Constituição como textura aberta, ao seu turno, atende à exigência da própria realidade, que sempre surpreende, com sua infinita complexidade e riqueza, a norma posta, conforme deixa entrever a narrativa de Luís Recaséns Siches:

“Ocorre, todavia, que a vida é incomparavelmente mais rica que os conceitos e tipos contidos nas normas jurídicas gerais: os interesses na realidade apresentam pluralidade de matices diferenciados entre si, em número tão grande e em variações tais, que nenhuma norma jurídica nem nenhum conjunto de normas jurídicas poderia jamais expressar. Isto suscita para a função judicial graves dificuldades lógicas”¹¹ (tradução livre).

A abertura da ordem normativa há de ser entendida como a infinita potencialidade de sua abrangência e disciplinamento, por imposição de socorro às necessidades. Desse modo, as premissas de compreensão da ordem jurídica dentro de perspectiva aberta podem ser apropriadas em contextos distintos de análise, tomando-se o ordenamento em sua complexidade normativa, de regras e princípios, que se posicionam em patamares distintos, conforme o grau de concreção ou abstração de que se revestem.

11 “*Sucedee, empero, que la vida es incomparablemente mas rica que los conceptos y tipos contenidos en las normas jurídicas generales: los intereses en la realidad presentan multitud de matices diferenciales entre sí, en número tan grande y en variaciones tales, que ninguna norma jurídica ni ningún conjunto de normas jurídicas podría nunca expresar. Esto suscita para la función judicial graves dificultades lógicas*” (1973: 51).

Reserva-se às regras o plano inferior, e aos princípios, o da abstração, em cujo âmbito se colocam também de modo hierarquizado.

Assim ocorre de tal forma que, dentro do próprio âmbito de abstração pertinente aos princípios, subsiste uma categorização dos princípios constitucionais em estruturantes, gerais ou especiais, consoante o grau de sua interferência na ordem jurídica. Aos estruturantes corresponde o papel fundante da ordem constitucional e jurídica como expressão da opção fundamental; aos gerais cabe a garantia da harmonização da ordem como unidade sistêmica; aos especiais cabe densificar esferas parciais de ordenação, tendo foco mais restrito (Cf. a doutrina de Canotilho, 1991). A título de exemplo, pode-se dizer que, no plano da normatização principiológica, pontificam, no núcleo de estruturação do Estado brasileiro, entre outros, o princípio democrático; no segundo, o da isonomia; e, no plano especial, o da garantia de isonomia.

Também para Dworkin, qualquer ordenamento jurídico existente conta, além das regras, com um tipo especial de normas, os princípios, os quais, ao mesmo tempo que aumentam a complexidade e densidade do sistema, são os vetores aptos para o deslinde de *hard cases*, para empregar uma expressão usual na linguagem do jurista americano.

O fato de que princípios são normas, assim como as regras, e que são tão obrigatórios quanto estas últimas, deve ser apropriado pela mentalidade jurídica como aquisição evolutiva da cultura, que não pode ser negada, mormente por argumentos pseudo-estabilizadores e garantidores da ordem jurídica, que nada mais fazem do que desgastar o edifício mesmo do Direito, ao negarem a aplicabilidade de princípios.

Esses elementos amalgamados no ordenamento jurídico comportam-se diferentemente: enquanto as regras fazem o estilo do “tudo ou nada” – a expressão é de Canotilho –, eliminando-se reciprocamente quando incompatíveis, segundo a lógica da temporalidade, da hierarquia, ou ainda por força da aplicação de outros recursos de identificação da opção regulativa, os princípios, ainda que contrários, subsistem, pois possuem natureza diversa das regras, segundo o mesmo autor. É esclarecedora a esse respeito a lição de Carvalho Netto:

“Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situa-

ção específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Günther denomina senso de *adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões” (1999 (b): 482-483).

Na óptica de Luhmann, a utilização de princípios – que ele chama de “valores fundamentais e postulados morais” – na interpretação do Direito, particularmente o Constitucional, embora carregue para o sistema jurídico necessária complexidade e possíveis incertezas, não há de ser considerado como algo negativo. Trata-se de expediente de acoplamento do Direito e da política pela via da Constituição, ou melhor, de politização do jurídico, isso para fugir ao campo estrito da política (Luhmann, 1996, *apud* Carvalho Netto, 1997: 27). E assim é que a relevância dos princípios é preconizada em todas as esferas da juridicidade, incluída a administrativa.

Para Günther, os princípios auxiliam o intérprete a resolver situações em que duas regras contraditórias, igualmente válidas, disputam a regência do caso e se auto-anulam. O jusfilósofo alemão, tendo em vista tal desiderato, utilizando-se de conteúdos da teoria do discurso,¹² e propugnando pela densificação das normas por meio dos princípios, afirma que “temos que esgotar o conteúdo proposicional das normas. Para este propósito, precisamos de outro material normativo como princípios ou explicações, com a característica de um princípio” (2000: 95).

A adoção de tais paradigmas e marcos conceituais (Canotilho, Dwor-kin, Luhmann, Günther e outros) – de nítida orientação principiológica – leva à crescente complexidade do Direito. De fato, trabalhar com um corpo

12 Sobre a discussão a respeito da função das normas na teoria do discurso desenvolvida por Günther, é interessante transcrever o seguinte trecho: “Uma justificação discursiva de normas válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma represente um interesse universal. Ela pode ser identificada por meio de uma consideração recíproca do interesse de cada um [...]. Uma norma seria então justificada se todos pudessem aceitá-la devido às razões apresentadas. Esta explicação da justificação discursiva pressupõe que algumas condições ideais de argumentação sejam preenchidas. Estas condições incluem regras de consistência semântica necessárias para cada tipo de argumentação, regras para a organização de uma conversação e regras assegurando a participação livre e igual de todos os envolvidos” (2000: 86).

estabilizado de regras é muito mais cômodo para o jurista; não obstante isso, os riscos de uma tal operação para a sociedade são altos, e, em um Estado Democrático de Direito, são mesmo insuportáveis.

Canotilho mostra essa complexidade e reconhece possíveis tensões entre princípios do sistema. Abrindo caminhos ao intérprete, adverte-o quanto ao risco de pretender o império absoluto de uns em detrimento de outros:

“O facto de a Constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a Constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios [...]

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológica normativa da lei fundamental” (1991: 195-196).

Aqui vale ressaltar, pertinentemente, que a distinção entre princípios e regras não é morfológica; é na aplicação prática que ela se revela. Pode-se afirmar, contudo, que os princípios não têm pretensão de regular diretamente as situações, não se colocando diretamente na dimensão de conflito, por não serem reciprocamente excludentes, nem vocacionados à subsunção fática de modo imediato. São, isso sim, compatíveis uns com os outros, o que, ao seu turno, não autoriza o raciocínio de sua inoperância em relação à solução de situações concretas, ou de sua linearidade na interseção com a realidade.

Ao revés, pacificados no plano estático ainda quando contrários entre si, ao serem invocados na seara fática, põem-se em estado tensional, cada qual disputando a solução e oferecendo a possível matriz de interpretação da regra e do caso concreto para a integração construtiva da decisão. Vejam-se em Canotilho o comportamento das normas principiológicas e a lógica de ponderação ou adequação a que se devem sujeitar com vistas à superação daquele estado:

“Dai o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade [...] de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso” (1991: 195).

A questão deve ser enfrentada sob a luz do princípio de harmonização:

“Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de um em relação aos outros.

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens” (Canotilho, 1993: 228).

É claro que uma posição teoricamente avançada e pragmaticamente mais justa, como a baseada na teoria principiológica de Dworkin (1997) e de outros, importa em abandonar os axiomas e as exigências dogmáticas que vêm conformando a prática do Direito contemporâneo. A aceitação de que princípios são normas, assim como as regras, e que são tão obrigatórios quanto estas últimas, não faz parte do quotidiano judiciário. Muito pelo contrário, ao relegar os princípios a uma posição secundária, os órgãos aplicadores do Direito acabam quase sempre reduzindo-os a inexpressivos guias para a interpretação, sem qualquer cogência, prevalecendo o cego culto aos preceitos. Ocorre, também, o inverso: a cega invocação do princípio, a partir da compreensão de um abstrato malferimento de seu comando, o que é igualmente incorreto.

O certo é que o culto à lei pode significar reducionismo e empobrecimento do Direito, sendo objeto de preocupação o papel limitador atribuível às normas positivadas (entendidas como regras) no desenvolvimento da Ciência do Direito. A propósito, Comparato, no prefácio da obra *Quem é o povo? A questão fundamental de democracia*, faz o alerta de que

“um dos paradoxos mais salientes da história do direito é a influência negativa que um corpo bem-sucedido de normas exerce sobre a teoria jurídica. Diante dele, os juristas tendem a se tornar simples glosadores, e o pensamento jurídico reduz-se a pobres comentários, quando não a mera paráfrase do texto normativo” (Comparato. In: Müller, (1998) (2000): 9).

Por outro lado, se é fato que o Direito ganha a desejável plasticidade e abertura no domínio dos princípios, não menos cogentes que as normas preceituais, se também é óbvio que os princípios norteadores de determinada sociedade têm um papel de orientação da interpretação jurídica, nem por isso se mostra possível ou desejável que se reduza a função de tais normas

unicamente à representação de meros *topoi* argumentativos, o que, por si só, constituiria erro gravíssimo e perigosa opção em um Estado que se quer democrático. Nesse sentido, é importante assinalar o modo como os princípios ganham sua força impositiva ou a sua integração ao ordenamento posto:

“[...] contribuindo para superar o formalismo positivista, sem que isso significasse abandonar suas conquistas dogmáticas, tão brilhantemente desenvolvidas nos séculos XIX e XX, e que haviam sido tão importantes para alicerçar a segurança jurídica, os princípios jurídicos, depois de garimpados na doutrina, de onde surgiram, e reconsiderados à luz da epistemologia e da metodologia científica contemporâneas, passaram ao direito posto, na condição de normas jurídicas, com maior amplitude significativa, mas nas mesmas condições formais das normas preceituais” (Moreira Neto, 2001: 299).

Admitida, pois, a cogência dos princípios, a atenção volta-se para a compreensão e a solução da disputa entre eles no plano da experiência jurídica, sem que, do acolhimento de um dos princípios resulte o sacrifício dos demais no plano da normatividade, o que, do ponto de vista prático, pode ser entendido a partir das lições de Dworkin.

O autor americano disserta sobre a questão em artigo intitulado *La discriminación inversa* (presente na obra fundamental *Los derechos en serio*), no qual trata dos sistemas de seleção das faculdades de Direito de Washington e do Texas, nos EUA. Ora, no início da segunda metade do século XX, toda a sociedade americana debate a questão do racismo nas universidades, numa discussão travada especialmente a partir de ações movidas por particulares, que, por razões diversas, acreditam que os sistemas de seleção de algumas faculdades e universidades ferem o princípio da isonomia inscrito na décima quarta emenda da Constituição norte-americana. Ao discutir a questão, tentando sempre afastar a argumentação pragmática do tipo benthamiana, Dworkin anota que

“nada há de paradoxal, por certo, na idéia de que em certas ocasiões o direito individual a igual proteção pode entrar em conflito com outra prática social em outros aspectos desejável, incluída aquela que tende a estabelecer uma maior igualdade global na comunidade”¹³ (tradução livre).

13

“Nada hay de paradójico, por cierto, en la idea de que en ocasiones el derecho individual a igual protección pueda entrar en conflicto con otra práctica social en otros aspectos deseable, incluso con la que tiende a establecer una mayor igualdad global en la comunidad” (Dworkin, 1997: 331).

Esse conflito entre proteção individual e igualdade global leva à anulação completa daquele princípio não escolhido para a resolução de um hipotético caso? A resposta há de ser negativa. O que ocorre em um caso concreto que nega algum princípio é que simplesmente o intérprete julga mais adequado, na situação prática, e em vista de suas circunstâncias, dar prevalência a outro princípio. Segundo a própria explicação de Dworkin, tem-se que

“o direito de um indivíduo a ser tratado com isonomia significa que a lesão potencial que o atinja deva ser tratada como assunto inquietante, mas também que tal lesão, de qualquer maneira, possa ser compensada pelo que em decorrência ganhe a comunidade”¹⁴ (tradução livre)

Ora, se é possível a concorrência de princípios e valores diversos, a solução não pode ser definida *a priori*. Entendida a lógica que regula a relação dos princípios, afirma-se que a conciliação da ordem pública e da esfera privada é um desiderato que somente pode ser perseguido mediante a aplicação de princípios estruturantes da ordem jurídica, caso a caso. Em tais operações, é possível vislumbrar a tradução da normatividade principiológica em preceito, ou seja, a estatuição da exata medida de prevalência dos bens ou interesses jurídicos em conflito, o que somente vem comprovar que os princípios têm condições de atuar pragmaticamente ainda que localizados em plano de abstração. O julgador deve analisar as especificidades que condicionam um caso concreto e o conflito que ele encerra. E em se tendo em mente a impossibilidade da definição prévia e racional da norma aplicável ao caso concreto, o problema da garantia de segurança jurídica deve ser tratado sob novo prisma, consoante sustenta Carvalho Netto:

“É relevante ressaltarmos mais uma vez, com Ronald Dworkin, que o custo, inclusive funcional, da insensibilidade simplificadora da situação de aplicação, típica dos paradigmas anteriores, é alto. Não levar a sério os direitos, ou seja, simplificar uma situação de aplicação de modo a simplesmente desconhecer direitos dos envolvidos por se enfocar a questão do ângulo de um único princípio aplicado ao modo do tudo ou nada, típico das regras, termina por subverter o próprio valor da segurança jurídica que se pretenda assegurar. Por isso mesmo, afirmamos a mera aparência de consistência de uma decisão deste tipo, ainda que com apenas um único princípio jurídico. Os princípios

14 “El derecho de un individuo a ser tratado como igual significa que su pérdida potencial debe ser tratada como asunto inquietante, pero que tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal” (1997: 333).

não podem, em nenhum caso, ganhar aplicação de regra, ao preço de produzirem injustiças que subvertem a crença na própria juridicidade, na Constituição e no ordenamento" (1999 (b): 486, grifo nosso).

O princípio da prevalência do interesse público sobre o privado encontra aplicação, mas seu fundamento está, não em alguma condição *a priori*, e sim nas particularidades que informam o caso concreto. Pensar de outra forma é afirmar o dogmatismo jurídico, abrir mão da tentativa de se encontrar o justo concreto, e que não pode arrimar-se em teorias já ultrapassadas, mas antes, na variedade e multiplicidade de fatos e possibilidades da vida social.

É interessante notar que tal problema é visto por Günther como a necessidade de diferenciação entre os contextos de validade e aplicação das normas. Para ele, o princípio da coerência é indispensável para a aplicação imparcial de normas, sejam elas morais ou jurídicas, mas o essencial para a compreensão e a resolução do problema é o domínio das noções de vigência e eficácia. A eficácia relaciona-se com a aplicação da norma e invoca sempre as circunstâncias, que variam de caso a caso, enquanto a vigência ou validade deve levar em conta as características descritivas que sejam iguais em todos os casos a que se devam aplicar, isto é, o discurso de validade tem a ver com a identidade de características, e o de aplicação, com a diferença e especificidade:

"o discurso sobre a validade não requer que levemos em consideração aquelas circunstâncias que são diferentes em todos os casos de aplicação. Num discurso sobre a validade, só podemos examinar aquelas características da descrição de uma situação que são *iguais* em todos os casos de aplicação [...]. Se o conteúdo de uma situação que são *iguais* em todos os casos de aplicação em circunstâncias ceito de validade está restrito à reciprocidade de interesses em circunstâncias constantes, ele não implica a aplicabilidade de uma norma, *consideradas todas as coisas*. Normas válidas são então aplicáveis somente *prima facie* se aquelas circunstâncias que elas pressupõem são válidas. Sendo as circunstâncias constantes em toda situação (com relação à norma), elas têm que ser completadas com uma 'descrição completa' da situação. Para isto, é necessário um discurso especial que eu chamo de 'discurso de aplicação'. Tão logo os participantes entrem no discurso, eles têm que abandonar a perspectiva de as circunstâncias serem iguais em toda situação, pressuposta com a validade da norma" (Günther, 2000: 89-90).

Então, para Günther, a norma particularizada para o caso concreto ou adequada para a sua resolução é aquela resultante da interpretação coerente de todas as normas válidas, aquelas que podem, *a priori*, ser a ele aplicadas. Em outras palavras, o jurista alemão refere-se à ordem legal como um siste-

ma de normas jurídicas válidas e coerentes, que se destinam a dar respostas gerais à experiência, segundo os paradigmas vigentes em um determinado momento histórico; pondera, no entanto, que, no campo da aplicação do Direito, os julgamentos são feitos sob condições limitadas, particularizadas no tempo e inseridas em contexto de conhecimento incompleto. Desse modo, fugindo à perspectiva de um renovado discurso de validade e buscando o ideal de adequação pelo processo aplicativo da norma, invoca, como medida de coerência da interpretação, o abrigo dos princípios que dão à norma preceitual a plasticidade para amálgama da situação posta. Vale dizer,

“visto que não conseguimos prever cada caso de colisão, mesmo dentro de um sistema jurídico, temos que encarar aquelas situações nas quais uma interpretação coerente de todas as normas *prima facie* aplicáveis somente é possível por referência a princípios morais” (Günther, 2000: 98-99).

É lógico que a ordem legal tem no seu topo a própria constituição, e é sobretudo a sua normatividade que deve ser assim interpretada, de modo que possa ser permanentemente renovada e capaz de oferecer as incontáveis respostas à realidade a que se aplica, consoante a lição de Günther. Na mesma linha deste último, Christensen sugere um relativismo auto-indagatório que *opera com uma constante* renovação de pontos de vista constitucionais, já que

“uma constituição democrática não pode apenas alcançar a legitimidade de uma vez para sempre, mas apenas em um processo que se renova de maneira permanente. Sobretudo a legitimidade democrática não pode ser formulada como grandeza absoluta” (Christensen. In: Müller, (1998) (2000): 42).

4.1.1. Proporcionalidade e adequabilidade

A convivência entre os princípios é sempre dinâmica, pressupondo diversas relações, tanto de afinidade quanto de oposição entre eles. Em um determinado momento histórico, é natural que alguns princípios tenham uma prevalência sobre outros. É nesse ponto que surge a importância do **princípio da proporcionalidade** ou de adequação.

Em outras palavras, para evitar a ditadura de um princípio em relação a outro, na disputa pela situação concreta, erige-se em elemento de harmonização, especialmente no tocante aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, graças ao qual todos os demais são virtualmente operantes, já que, ao não adotarem a lógica da auto-exclusão, todos são

aptos, em tese, a reger em plano mediato situações fáticas. O princípio da proporcionalidade, de caráter implícito, é dedutível da lógica da pluralidade de princípios. Esse tem em conta os diversificados patamares de princípios e, no âmbito de cada patamar, os diversos princípios que nele se localizam.

No sistema brasileiro, essa dedução faz-se diretamente do art. 5º, § 2º da Constituição, que prevê:

“Art. 5º (...)

§ 2º 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”.

Ferraz e Abreu Dallari sustentam que “os mais difíceis problemas de aplicação do princípio da proporcionalidade surgem então quando estão em cotejo dois valores consagrados pela ordem jurídica”, situação em que se deverá procurar conciliá-los, mantendo-se o equilíbrio, não obstante a existência de situações nas quais, “ao cabo e no extremo, um deles acabará sacrificado” (2001: 65).

Tal operação racional de eleição do princípio que deve prevalecer ou do valor a ser acolhido guarda certa dose de subjetivismo, mas, nem por isso, deve ser desprezada, já que o ordenamento conta com meios eficientes para frear os ânimos individuais.

Cada caso, por sua vez, possui inúmeras variáveis, sendo assim as situações insuscetíveis de redução a casos-tipo, que representem *standards* de observância obrigatória na resolução das situações. Diante da inexistência de um critério *a priori* para o equacionamento dos casos, o intérprete deve valer-se de princípios, para cujo cotejo releva em importância o da proporcionalidade, que é posto a orientar os princípios na específica relação ou situação.

O princípio da proporcionalidade, como se viu, presta-se a compatibilizar situações contrapostas, não obstante o risco da impossibilidade de acertamento ou conciliação. De qualquer modo, é necessário que o intérprete tenha sempre em vista a forma pela qual pode vulnerar em menor grau o valor desatendido, e não como pode alcançar com maior eficácia o valor escolhido. É nesse sentido que se fala em uma exclusão racional do princípio preterido, eis que esta exclusão será sempre relativa, não podendo cristalizar-se como uma espécie de norma não escrita.

Demais disso, ainda quando as circunstâncias de um dado caso levem ao afastamento de determinado princípio no plano fático, a negativa de aplicação desse princípio não retira sua força, sua obrigatoriedade ou vali-

dade; continua a norma principiológica fazendo parte do ordenamento, na iminência de ser aplicada a qualquer outro caso que a possa atrair.

4.2. O Novo Paradigma do Direito Administrativo e a Razoabilidade como Princípio de Interpretação

Conquanto remotos os marcos civilizatórios do Ocidente, as grandes descobertas científicas e as invenções concentram-se na última metade do 2º milênio, nas Eras Moderna e Contemporânea – especialmente nos dois últimos séculos, marcados pela Revolução Industrial e pela explosão do conhecimento, e pelo especial avanço da criação tecnológica nos últimos cem anos, com o desenvolvimento da comunicação.

A tal escalada do desenvolvimento, contudo, não correspondem significativos avanços da Política e do Direito. A Política e o Direito só alcançam os caminhos da dignificação da pessoa humana com as Revoluções Liberais, tendo a Revolução Francesa assentado as bases da Administração Pública contemporânea (Moreira Neto, 2001: 7-8).

Em fidelidade, respectivamente, ao legado inglês e ao americano, desenvolveram-se a concepção de Poder Legislativo “como o responsável por estabelecer as limitações e condicionamentos da sociedade e dar as pautas de ação para os demais”, e a de Poder Judiciário como “Poder Independente do Estado capacitado para tornar efetivas as liberdades, direitos e garantias conquistados”, enquanto o Poder Executivo “não apresentou qualquer destaque significativo nessa mesma linha de efetiva absorção dos princípios liberais” (Moreira Neto: 2001, 9).

Desse modo, como lembra Moreira Neto, a evolução do Poder Executivo ocorre, segundo principiologia oposta, “dando ênfase a institutos que reforçavam o poder de império do Estado, como a sua atuação discricionária, a exclusão do administrado na formação do processo decisório, a executoriedade e a autotutela”, a que ele chama de “princípios de autoridade” (2001: 9-10). Como corolário desse perfil de Administração, estruturou-se o Direito Administrativo com base em matrizes autoritárias. Na linguagem de Moreira Neto, “o direito que se baseia predominantemente na imperatividade, que não confia nas qualidades generosas das pessoas e que medra na crença de que o homem é capaz de desenvolver instituições políticas eticamente superiores, aptas a domesticá-lo e a submetê-lo se necessário” (2001: 2).

Centrado na dogmática tecnicista e apenas submetendo a Administração Pública à lei, o Direito Administrativo é concebido como Direito do Estado, fundado nos pilares da imperatividade, da supremacia do interesse público e da insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário e, assim, com ênfase nas prerrogativas do poder público, como bem alerta Florivaldo Dutra de Araújo (1992: 13).

O Direito Administrativo contemporâneo não pode ser visto como uma amálgama de normas coercitivas que apenas visam a regular os poderes do Estado sobre o particular, criando para o primeiro uma série de vantagens e prerrogativas desproporcionais. Assim é que antigas teorias do Direito Administrativo, apesar da enorme importância para o desenvolvimento desse ramo jurídico, não devem eternizar-se.

No novo contexto, a índole conservadora da disciplina bicentenária começa a ser colocada em xeque, no bojo do movimento que marca o surgimento da sociedade ativa – como criação que supera a idéia do indivíduo estruturada na modernidade ou de mera instância passiva sujeita à hegemonia do Estado – e a evolução do constitucionalismo, dois fatores relevantes na redefinição de rumos da disciplina e que delineiam nova matriz paradigmática. Assim é que o Direito Administrativo contemporâneo põe-se sob as luzes do Estado Democrático de Direito,¹⁵ entendido como *tertium genus* localizado entre seus pares históricos, Estado Liberal e o Estado Social.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume bem as recentes mudanças ocorridas no Direito Administrativo sob o paradigma do Estado Democrático de Direito:

“Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público; o mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando a resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direi-

15

Acerca da natureza desse conceito como um paradigma, confira-se o seguinte trecho: “Na verdade, pelo menos no meu sentir e no de alguns autores como Jürgen Habermas e Klaus Günther, a expressão Estado Democrático de Direito não é simplesmente um princípio, é precisamente um paradigma” (Carvalho Netto, 2001(b): 220).

to de propriedade, assim são as normas que permitem a intervenção do poder público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional" (1998: 63).

O paradigma do Estado Democrático de Direito, de natureza completamente inédita – e mesmo revolucionária –, repercute sobremaneira no âmbito do sistema administrativo conformado por matrizes dos paradigmas anteriores. Desafia as construções tradicionais do Direito Administrativo, faz face à cadeia de pressões e à conflituosidade no campo dos direitos de terceira geração e põe sob mira o próprio Estado, como contraventor. Na linguagem de Carvalho Netto:

"Usualmente, em todos esses direitos de terceira geração [ou seja, nos frutos mais perceptíveis do Estado Democrático de Direito], o Estado é o contraventor central, por ação ou omissão. A sociedade civil é, precisamente, aquela instância capaz de lutar por esses direitos e de zelar pela eficácia deles. Nesse sentido, nós vamos ter uma transformação profunda em toda a teoria processual, o que mostra que os dois paradigmas anteriores eram muito relacionados" (2001 (b): 228).

É lógico que a força de moldagem dessa matriz paradigmática repercute nos diversos planos do Direito Administrativo, deste o organizatório, passando pelo ordenador, até o procedimental, que devem refletir a indole democrática e o papel do Direito socialmente justo.

As mudanças ocorridas no plano das concepções de Estado, sociedade e Direito mostram a obsolescência de instituições políticas e administrativas e projetam, a partir da nova dimensão do Estado administrador, um Direito Administrativo humanizado, assentado em diferentes princípios políticos, técnicos e jurídicos, em especial no princípio supremo da dignidade da pessoa humana, e que "se desenvolve no crédito da perfectibilidade da natureza humana e na confiança de que o diálogo, a negociação e a concertação entre os homens têm superiores condições de conduzir a sociedade" (Moreira Neto, 2001: 2).

É o princípio supremo da dignidade da pessoa humana o ponto de partida e de chegada para a redefinição da idéia fundante de interesse público, conforme as exigências desse novo modelo de juridicidade ético-administrativa.

Referindo-se a esse novo paradigma de Direito voltado para a pessoa humana, ancorado em princípios, Moreira Neto adverte:

“Mas o que ocorre não se cinge apenas a um processo de substituição de uma álgida dogmática tecnicista por uma vibrante dogmática humanística, mas de acréscimo desta àquela, o que repõe à devida evidência os valores centrais do Direito – a justiça e a segurança jurídica – com um certo retorno aos métodos precodificadores, da antiga tradição romanística, que reconhece o primado dos valores substanciais sobre as preceituações que, embora devessem espelhá-los, são cada vez mais copiosas, casuísticas e, por isso, deles distanciadas e efêmeras” (2001: nota à segunda edição s/n).

O novo Direito Administrativo rompe com o perfil de disciplina da atuação estatal, divorciado do administrado e do cidadão tomado apenas como destinatário das imposições de obrigações e sanções pelo poder público. Ele ressemantiza a noção de interesse público, a partir da desmonopolização do poder do Estado e da diminuição da discricionariedade; invoca a inclusão do cidadão e da sociedade nos processos decisórios, deixando-se permear pelos valores da pessoa humana. E, sobretudo, o novo Direito Administrativo reduz a imperatividade para assentar a consensualidade como o patamar do sistema administrativo (Moreira Neto, 2001: 2-3).

Nos travejamentos doutrinários, assenta-se o caráter serviente do Direito Administrativo à realização dos interesses da sociedade, tomado que é hodiernamente como instrumentalização e ordem de concretização dos desígnios constitucionais e não como núcleo de sustentação de um Estado monopolista da esfera pública, de um Estado-autoridade distanciado do homem como fim último de sua própria existência.

Deve vir à tona, nesse passo, a síntese com que Moreira Neto faz sua profissão de fé no acerto dos novos caminhos do Direito Administrativo, qual seja, a de que

“passa (o Direito Administrativo) a ser fulcrado, como deve ser, não no Estado e nos interesses públicos que lhe são artificialmente atribuídos, mas na pessoa, com seus valores fundamentais e indisponíveis, que devem ser naturalmente reconhecidos e protegidos” (2001: nota à 2ª ed. S/n).

A mudança de paradigma de que ora se trata não é um fato isolado ou gratuito, mas, sim, o resultado de uma série de transformações experimentadas pela sociedade ocidental nas últimas décadas do século XX. Nesse sentido, os conceitos mutuamente dependentes de interesse público, segurança jurídica, igualdade e liberdade são tributários de dois outros, mais amplos, quais sejam, o de democracia e o de interpretação por princípios.

À sua vez, a interpretação da normatividade administrativa em face do caso concreto há de tomar os preceitos no plano de influência dos múltiplos princípios e, em consequência, substituir o culto à lei pelo culto à Constituição, como matriz por excelência dos direitos. Assim, interpretar com adequação a normatividade no âmbito do sistema administrativo é sopesar, com imparcialidade, os diversos princípios que estão envolvidos na resolução de um *hard case*, de modo a compatibilizá-los, sem jamais subestimar a importância do princípio da proporcionalidade nem negar a normatividade.

Apresentadas, em tópicos específicos, as formulações teóricas básicas sobre democracia, as principais facetas da interpretação constitucional por princípios e, em pinceladas, as tendências de orientação prática nesse particular, assinala-se que essas mesmas formulações e elementos devem socorrer a discussão das relações no campo do Direito Administrativo e a interpretação nos domínios da ordem pública, especialmente porque a ela preside a ordem constitucional que há de ser a fonte primeira de toda normatividade, incluída a administrativa.

Nesse sentido, aparecem as mais recentes contribuições sobre os novos paradigmas do Direito Administrativo, entre as quais se pode sublinhar a de Germana de Oliveira Moraes. A autora, na introdução de sua obra *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, marca o ponto de partida para suas reflexões sobre a inserção do Direito Administrativo no âmbito do Direito por princípios, com a ruptura do "culto à lei", e busca sintonizá-lo com o tempo do culto à Constituição, em uma perspectiva de releitura e vivificação dos tradicionais institutos do sistema administrativo.

Tal se dá com a advertência de que

"a adoção de institutos clássicos, sem uma atitude crítica, quer para rene-gá-los, quer para redefini-los, contribui para catalisar os apuros de qualquer tentativa de adaptação da doutrina jus-administrativa clássica às novas bases teóricas do Direito Constitucional" (1999: 9).

Por fim, deve-se assinalar a importância do princípio da razoabilidade na interpretação do Direito Administrativo. Pode-se afirmar que esse princípio, no tocante à interpretação das situações jurídico-administrativas, exerce a mesma importância reconhecida ao da proporcionalidade no campo de aplicação dos princípios constitucionais.

Sabe-se ser comum a afirmação que localiza a funcionalidade do princípio da proporcionalidade no âmbito da principiologia constitucional e a do princípio da razoabilidade na seara da normatividade administrativa.

pressupõe contexto, sempre, porque de outra forma não subsistirá nenhuma interpretação, senão o próprio teor estrito do texto.

Ora, a crítica que aqui se busca fazer é a de que a racionalidade positivista do Direito – de franco domínio sobre as sendas do Direito Administrativo brasileiro – tem por premissa o acolhimento de posição extremamente simplificada e facilitada das formas de lidar com conflitos, nem sempre racionalizáveis, e, o que é mais significativo, colocados sob pretenso enfoque neutro e abstrato. Note-se, contudo, que essa premissa alimenta uma vez mais o sistema jurídico com uma nova fragilidade.

De todo modo, é certo que, no curso dessa cadeia de geração de fragilidades, essa racionalidade moderna tão cara aos administrativistas (afinal, existirá uma aplicação tão *ex officio* assim da lei que dispense sua interpretação?), ela própria faz com que se corra o risco de também colocar em xeque, ainda que por via mediata, a tônica de consolidação do Estado Democrático de Direito brasileiros.

Para a incipiente democracia brasileira, como demonstrado ao longo deste capítulo, o aludido fluxo crescente de fragilidades vem-se construindo e consolidando, a bem da verdade, em função da perspectiva dogmática – já sob críticas crescentes da doutrina administrativista contemporânea – de não se prestigiar suficientemente a base principiológica, ademais de se desconsiderar, quase que por completo, a construção, feita discursivamente, à luz do caso concreto, das respostas jurídicas.

Em outras palavras, tem-se que, para a sociedade atual, essencialmente dinâmica e discursiva, complexa e plural, os dogmas legais de extrema justeza e auto-aplicação imediata causam mais desconcerto em relação socialmente assimilável do que as soluções pactuadas com os diretos e os indiretamente afetados pela decisão em pauta na valorização de sua agenda de prioridades. Por tal razão, hoje, pode-se considerar que os fundamentos jurídicos parecem à sociedade cada vez menos justos exatamente quando, sobre eles, mais paira a arguição da absoluta e intangível justiça. O mesmo ocorre com relação à presunção de estrito cumprimento à lei, em relação à presunção de legitimidade do ato administrativo e em relação, enfim, à presunção da neutralidade burocrático-administrativa daqueles que detêm a autoridade de conduzir a definição e gestão do interesse público.

Nesse sentido, vale ressaltar uma vez mais que a enunciação “neutra” do frio dispositivo legal, na verdade, despreza as implicações político-institucionais trazidas pela concretude do mundo da vida. Tal fato se dá na contramão do mar revolto de interesses, que é a democracia contemporânea, busca assumir apenas o nível da especulação abstrata de teses legais.

Como, então, é possível que o Direito ainda hoje não se assuma como condensação dinâmica de relações de poder? Como, então, é possível que o Direito continue a atuar como a História, que faz verdade a versão de alguns sobre o teoricamente construído em terreno de embate entre muitos? O que democraticamente é mais fomentador do espaço plural: negar a conflituosidade do mundo da vida, pressupondo ser ela passível de cálculos acabados? Ou assumi-la, na sua condição mais radical, para fazer da aceitação da existência de múltiplos discursos o único caminho para o relativo consenso?

Veja-se o alerta: ao não se comprometer com a dimensão essencialmente conflituosa da complexidade social, na medida em que o caso concreto só é tomado de forma apenas descritiva, o intérprete do Direito, do Direito Administrativo mais em particular, tão cioso de sua condição de presumidamente neutro, vem incorrendo deliberadamente no risco de esvaziar até a própria dimensão semântica de conceito de Estado Democrático de Direito.

Explicando melhor, a legitimidade decorrente do emprego dessa racionalidade supostamente neutra e capaz de passar pelo conjunto maciço de decisões e atividades da Administração Pública traz ao Direito Administrativo um anteparo falho no mérito de sua legitimidade para atender às demandas concretas da sociedade, uma vez buscada essa legitimidade apenas na aplicação cega da lei e do princípio da autoridade, sem que se possam argüir a razoabilidade e a proporcionalidade do mérito das decisões do gestor público.

Ora, grande é a limitação de não se incorporar a lógica discursiva em relação ao caso concreto, frágil a legitimidade dada por uma racionalidade abstrata e apriorística em que os gestores brasileiros se fiam para cotidianamente promover "o" interesse público. O problema, então, passa a residir no fato de não se saber (a bem da verdade, nem é possível se saber) precisar, de antemão e em absoluto, qual é "o" interesse público.

De todo modo, a noção da qual se deve partir e sem a qual o princípio democrático não vingará é a de que o interesse público não pode jamais advir da aplicação cega e rasteira da lei. Ou ele está amparado na garantia dos direitos individuais e da construção discursiva em relação ao caso concreto, ou ele sempre correrá o severo risco de ser uma ficção perigosa da criação dos gestores públicos que o alegam em defesa até de escusos interesses.

Nessa linha de discussão, espera-se que não se olvide o fato de que, sob os novos auspícios da sempre revisitada teoria da democracia, não há

próprias matrizes do Direito Administrativo que são retomadas para um debate ampliado a respeito do papel do Estado e da forma de sua execução. À reformulação das demandas requeridas do regime democrático, soma-se séria discussão da agenda governamental. E aqui a fundamental questão de como o gestor da coisa pública decide, sobre o que ele decide e para quem ele decide está intimamente encartada na outra não menos fundamental questão, qual seja, a das fronteiras da interpretação da lei.

Percebe-se, pelo exposto, que público não pode ser fruto da interpretação mecânica e direta levada a efeito pelo gestor presumidamente legítimo para conformar aquela noção.

Ao invés disso, sustenta-se que, para a superação da noção apriorística do interesse público e da insuficiente racionalidade moderna abstrata, o Direito Administrativo hodierno tem sido chamado a descer do confortável patamar da autoridade suprema em relação ao particular, para ser visto como Direito eminentemente embasado na consensualidade.

Reconhecidos os sinais do arauto pelo caminho democratizante que começa a descortinar-se para o Direito Administrativo nacional, hoje se pode dizer que são indícios consistentes da superação da racionalidade formal e abstrata a sustentação até do afastamento da lei pela imposição de princípios em dado caso concreto e o reconhecimento prático da ausência de homogeneidade de soluções quanto à conformação do interesse público, que só se delineia *discursiva e concretamente*.

Em tempos de vieses vários para a crise do Estado, a melhor forma de defendê-lo é abri-lo ao fluxo de todos eles, já que, como a lei em sua relação direta com o caso concreto, o argumento de aplicação deve fundamentar-se em critérios de plausibilidade discursiva, o que se faz direta ou indiretamente pelos interessados nessa aplicação.

Mais do que isso, devem ser postos em voga os interesses conflitantes, a despeito da pretensa vinculação do gestor à lei. Da mesma forma que a representação política passa pelo crivo de todos os que legitimam os poucos majoritários, o público deve também ser feito em público.

Para o Direito Administrativo "moderno", que começa a aceitar a justiça do razoável e do proporcional no controle do mérito das decisões emanadas pela autoridade competente para enunciar "o" interesse público, a democratização passa pela perspectiva de que ou se reconhece a existência de conflitos de interesses, com a possibilidade de eleição democrática do mais legítimo, ou se mantém o risco de depositar superlativa confiança na solitária figura do gestor para a determinação do interesse público.

Até agora, o Direito Administrativo se contentou em sustentar as decisões acerca do interesse público, no pressuposto da autoridade decorrente diretamente da lei ou da representação de parcela da população em razão de um momento estanque e difuso, ou seja, nada estendido no tempo e em relação às mudanças de fluxo de valores sociais.

Depois de percorrido todo esse caminho nebuloso, certo é que, cada vez mais, a conflituosidade do mundo da vida tem emergido maior e mais intensamente do que a capacidade do Estado para provocar ilusão sobre sua própria neutralidade. Tal conflituosidade, nesse sentido, surge em nome de forte demanda democrática em face das instituições jurídico-políticas que a sociedade pós-moderna vem impondo. Ora, quanto maiores e mais diferenciados os interesses em convulsão, mais pressionado o sistema institucional para assumi-los nessas condições, sem desrespeitar a ocorrência de novos interesses.

Caidas as presunções de abstração e racionalidade apriorística, o Direito, dessa forma, é chamado a desempenhar novo papel, quiçá difícil desafio, qual seja, o de, no mínimo, fomentar a possibilidade do discurso pleno e irrestrito, no qual se funda a arena pública e, sem a qual, torna-se falacioso pensar em relação Estado-cidadãos, de fato, democrática.

Pôr em curso um profundo exercício de democratização da Administração Pública e do sistema administrativo brasileiro é urgente. Não basta teorizar a respeito da esfera pública sem se perseguir o caminho da implementação da democracia, pelo qual o materialmente público seja deliberado discursivamente em público, tendo em vista o caso concreto e em arena de decisão de que participem os interessados. Instaurado em contra-se o desafio.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALLEGRETTI, Humberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: CEDAM, 1996.
- ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. "O princípio do direito adquirido no direito constitucional". São Paulo: *Revista Forense*, v. 308, pp. 3-11, out./dez., 1989.
- AUSTIN, Jean-Louis. "Illusions el vertus, de l'État de droit administratif". In: Colas, Dominique, coord. *L'État de droit*. Paris: PUF, pp. 145-171, 1987.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- ROBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- BULHO, José Antônio Pereira. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991; 6ª ed., 1993.
- CARVALHO, Paulo Neves de. *Da revogação no direito administrativo*. Belo Horizonte: UFMG, 1951.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *Anotações de exposições em aulas no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG*, 1995.
- _____. "Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada, economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados por contraprestação por obras realizadas – ilícitos do estado – igualdade de todos diante dos encargos públicos – princípio da continuidade da empresa – estado democrático de direito". Parecer. Belo Horizonte: Edição do autor, 1996. Brasília: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, pp. 123-152, jul./dez., 1996 (a).
- _____. *Paradigmas Constitucionais, mudanças nas concepções e práticas da relação entre o público e o privado e a natureza. O marco de inserção do direito ambiental na Constituição da República de 1988*. Belo Horizonte: Edição do autor, 1996 (b).
- _____. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito*. [s.l.: s.n.], 1999 (b).
- _____. "A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição". *Fórum Administrativo*. Ed. Fórum. Ano I, nº 01, março de 2001(a).
- _____. "Controle de constitucionalidade e democracia". In: MAUES, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001 (b), pp. 215-232.
- CHEVALLIER, Jacques. "Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique". *Revue du Droit Public: el de la science politique en France e à l'étranger*. Paris, nº 3, pp. 659-690, mai./juin 1998.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- COSTA, Regina Helena. "Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa". *Revista de Direito Público*. São Paulo: v. 23, nº 95, 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. "Direito administrativo pós-moderno?: Uma (re)construção da destinação entre o público e o privado para a compreensão da relação entre o Estado e a sociedade". Belo Horizonte: UFMG, 2002. Dissertação.
- DUTRA DE ARAÚJO, Florivaldo. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously, law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1985.

- _____. *A Matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1985.
- _____. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Custódio. Barcelona: Ariel, 1984 e 1997.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1984. v. 2.
- ESPÍNOLA, Eduardo. "O método positivo na interpretação das normas jurídicas". In: ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. v. 4.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *Poder discricionário da administração; abuso desse poder; mandado de segurança; direito líquido e certo*. Voto na apelação cível nº 1.422 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 14, pp. 52-82, out./dez. 1948.
- FERRAZ, Sérgio e ABREU DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FRANCISCO DE SOUSA, António. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Lisboa: Almedina, 1994.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1991.
- GÜNTHER, Klaus. "Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica". Tradução de Leonel Cesarino Pessôa. *Cadernos de Filosofia Alemã*. São Paulo: v. 6, pp. 85-102, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.
- JUSTEN FILHO, Marçal. "Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo". *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, São Paulo: 1999, pp. 115-136.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª ed., Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LUHMANN, Niklas. "La costituzione come acquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996 (Tradução livre por Menelick de Carvalho Netto, 1997.)
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt* (Tradução Menelick de Carvalho Netto. Edição do Professor).

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998/2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e tutela jurisdicional do direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Edição do autor, 2002 (a).

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002(b).

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. "Direito, teoria crítica e considerações sobre o Estado. Elementos para o debate sobre Legitimação". *Contradogmáticas*. Santa Cruz do Sul, v. 2, pp. 4-5, 1985 (Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. ALMED - Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito).

SICHES, Luís Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2ª ed., México: PORRUA, 1973.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

DA ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Sumário: 1. Direito positivo. 2. Jurisprudência do STF na vigência das normas do Código Civil de 1916. 3. Análise da legislação sobre arbitragem nos contratos administrativos.

1. DIREITO POSITIVO

A arbitragem, como procedimento hábil à solução de controvérsias, sempre existiu no direito brasileiro, sendo prevista nas Ordenações do Reino, no Decreto nº 737, de 1850 (para litígios entre comerciantes), no Código Comercial de 1850 (art. 139), no Código Civil de 1916 (arts. 1.037 a 1.048) e no atual (arts. 851 a 853), no Código de Processo Civil de 1939 e no atual (arts. 101 e 1.074 a 1.102).

Considerando a legislação que interessa para o tema dos contratos administrativos, pode-se observar a seguinte seqüência:

a) O Código Civil disciplinava o compromisso nos artigos 1.037 a 1.048, aplicando-se a ele, "*quanto possível, o disposto acerca da transação (arts. 1.015 a 1.036)*"; dentre as normas referentes à transação, merece realce a constante do art. 1.035, segundo a qual "*só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação*"; excluída estava a transação e, por força de consequência, também o compromisso arbitral em relação aos direitos patrimoniais de caráter público.

b) O Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.01.1973) repetia algumas das normas do Código Civil sobre compromisso e dispunha sobre o respectivo procedimento; pelo artigo 1.094, determinava que "*surgindo controvérsia acerca de direi-*

tos sobre os quais a lei não permite transação e verificando-se que de sua existência ou não dependerá o julgamento, o juízo suspenderá o procedimento arbitral, remetendo as partes à autoridade judiciária competente”; vale dizer, permaneceu a regra do Código Civil no sentido de que somente os direitos patrimoniais privados poderiam ser objeto de apreciação no juízo arbitral.

c) O Decreto-Lei nº 2.300, de 21.11.1986 (Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos), admitia expressamente o juízo arbitral no parágrafo único do artigo 45, apenas na hipótese prevista no § 13 do artigo 25, posteriormente analisada.

d) A Lei nº 8.666, de 21.06.1993, exige, como cláusula obrigatória nos contratos administrativos, a que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, excluído, portanto, o juízo arbitral.

e) A Lei nº 8.987, de 13.02.1995 (Lei de concessão e permissão de serviços públicos) prevê, no artigo 23, inciso XV, a obrigatória inclusão de cláusula concernente ao foro e ao “*modo amigável de solução das divergências contratuais*” nos contratos de concessão.

f) A Lei nº 9.307, de 23.09.1996, dispõe sobre arbitragem e revoga os referidos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil.

g) O novo Código Civil, no artigo 853, admite nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, “na forma estabelecida em lei especial”; ou seja, manteve as disposições da Lei nº 9.307.

2. JURISPRUDÊNCIA DO STF NA VIGÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Na vigência dos artigos 1.037 a 1.102 do Código Civil de 1916, havia controvérsias quanto à aplicação dessas normas aos contratos celebrados pela Administração. No entanto, a jurisprudência orientou-se no sentido de admitir a cláusula compromissória nesses contratos, porém com algumas limitações.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão que representa um verdadeiro *leading case*, já que mencionado praticamente por grande parte dos doutrinadores que tratam do assunto, reconheceu a legalidade do juízo ar-

bitral, ainda que em ações contra a Fazenda Pública, porém com limitações que não podem deixar de ser ressaltadas.

O acórdão, relatado pelo então Ministro Bilac Pinto, foi proferido, por unanimidade, pelo Tribunal Pleno, no Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, estando publicado na íntegra na *RTJ* nº 68/383-397.

Tratava-se de ação em que os espólios de Henrique Lage e de Renaud Lage pleiteavam indenização, a ser fixada em juízo arbitral, pelos seus bens que haviam sido “incorporados” ao patrimônio público sob o fundamento da existência do estado de guerra, declarado pelo Decreto nº 10.358, de 31.08.1942.

Não havendo acordo quanto ao valor da indenização, foi expedido, por sugestão de Themístocles Brandão Cavalcanti, o Decreto-Lei nº 9.521, de 26.07.1946, prevendo, entre outras medidas, que o *quantum* da indenização seria fixado pelo Juízo Arbitral; e que esse Juízo Arbitral seria instituído para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio, sua herdeira e legatários.

Instituído o juízo arbitral, ficou definido, por esse procedimento, o valor da indenização, após o que foram tomadas providências para o respectivo pagamento, que não chegou a ser efetuado, por entender-se, com base em parecer do Procurador-Geral da Fazenda, que a instituição do juízo arbitral era inconstitucional, porque implicava a instituição de tribunal de exceção, vedada pela Constituição, e infringia o monopólio da jurisdição que cabia ao Poder Judiciário.

A legalidade da decisão do juízo arbitral foi submetida ao Poder Judiciário. Em primeira instância, reconheceu-se a procedência da ação e determinou-se o pagamento da indenização fixada no laudo arbitral.

No Tribunal Federal de Recursos, a questão foi detidamente examinada pelo Ministro Godoy Ilha. Da emenda do acórdão, releva destacar o seguinte trecho:

“*Juízo arbitral* – Na tradição de nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação (grifo nosso).

Natureza consensual do pacto de compromisso – O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não

constitui foro privilegiado nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica.

Princípios do instituto jurídico – Os princípios informativos de um instituto jurídico de direito privado podem ser modificados ou até mesmo postergados por norma legal posterior.”

Note-se que a admissão do juízo arbitral já não foi ilimitada, *porque expressamente excluída nas relações em que o Estado age como poder público*. Trata-se, sem dúvida, de resquício da antiga distinção dentre *atos de império e atos de gestão*, hoje substituída pela distinção entre atos administrativos e atos privados da Administração.

Permito-me chamar a atenção para alguns trechos do voto do Ministro Godoy Ilha, tendo em vista que ele foi adotado, praticamente na íntegra, pelo relator do acórdão posteriormente proferido no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Bilac Pinto. Godoy Ilha reporta-se, em seu voto, a parecer de Castro Nunes, juntado aos autos, no qual o jurista teria refutado, cabalmente, todas as objeções levantadas contra a constitucionalidade do juízo arbitral. Diz ele, sempre citando o jurista Castro Nunes:

“Ao tempo do Império, assinala o parecer, muitas contravérsias se levantaram contra a possibilidade da extensão do instituto, então disciplinado pelo D. 3900, de 26.07.1967, às causas da Fazenda Nacional, prevalecendo, no sentido afirmativo, os autorizados pronunciamentos, dentre outros, de Lafayette, Visconde de Ouro Preto e do Conselheiro Silva Costa. E acrescenta não ser possível a interdição do Juízo Arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda a pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via transaccional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada (grifo nosso), que só estas podem comportar solução pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação. A hipótese para a qual se instituiu o Juízo Arbitral pelo DL 9.521 entra na primeira categoria.”

Imediatamente a seguir, o Ministro destaca um outro aspecto:

“Releva salientar, por outro lado, que o DL 9.521 foi expedido no regime da Carta de 37. Cabendo à União legislar sobre o

direito civil e o processo civil, foi ele baixado pelo Presidente da República, no uso da faculdade que lhe outorgava o art. 180 daquela Carta, de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União, enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional. Irrecusável, a toda evidência, a legitimidade do increpado diploma, ao estabelecer alterações não só no C. Civil como no C. Pr. Civ., na parte em que regula e disciplina o instituto do Juízo Arbitral, que participa com preeminência do direito substantivo das obrigações, como sustentam Lacerda de Almeida...”.

Por esses trechos do aludido acórdão, alguns aspectos merecem ser realçados:

a) havia norma legal específica prevendo a instituição de juízo arbitral para fixar o valor da indenização correspondente ao valor dos bens do espólio de Henrique Lage e de Renaud Lage incorporados ao patrimônio público (o Decreto-Lei nº 9.521, de 26.07.1946);

b) esse Decreto-lei foi baixado em período de exceção, em que o Presidente da República exercia os poderes que normalmente cabem ao Poder Legislativo;

c) o acórdão reconhece que o compromisso arbitral só é possível nas relações contratuais de natureza privada, em que o Estado não age como Poder Público;

d) e reconhece expressamente que o referido Decreto-lei derogou normas do Código Civil e do Código de Processo Civil.

Aliás, é curioso que tivesse sido admitido o juízo arbitral em controvérsia sobre direitos patrimoniais de natureza pública, quando os dois Códigos só a admitiam em relação aos direitos patrimoniais de natureza privada, o que se justifica, certamente, pela reconhecida derrogação de suas normas por via do referido decreto-lei. Também é estranhável que fosse considerada como relação contratual privada uma indenização devida em consequência de “incorporação” de bens privados ao patrimônio público (hoje chamaríamos de desapropriação indireta, por inobservância do procedimento legal da desapropriação), feita em consequência de estado de guerra. Finalmente, também é estranhável que o acórdão reconheça o caráter consensual do juízo arbitral, quando, no caso então julgado, a instituição fosse prevista compulsoriamente no decreto-lei, com a composição também nele definida (um membro designado pelo Governo, um Ministro do Supremo e um membro escolhido pelos particulares interessados).

Por todas essas razões, esse precedente do Supremo Tribunal Federal tem que ser aceito com muita cautela. Desde que proferido o acórdão, muito evoluiu o direito administrativo brasileiro. Hoje não cabe mais falar em *autonomia contratual* da Administração Pública, igual à do particular, porque é amplamente aceito e proclamado que a mesma está sujeita ao princípio da legalidade. A celebração de contratos submete-se a todas as limitações e exigências constantes de lei, inderrogáveis pela vontade da Administração Pública, como parte contratante. Também não é mais aceitável um distanciamento tão grande entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração, já que estes, como se verá adiante, estão sujeitos, em grande parte, a normas de direito público derogatórias do direito comum.

É oportuno ressaltar que o próprio Tribunal Federal de Recursos, em cuja decisão se apoiou inteiramente o Supremo Tribunal Federal no referido acórdão, voltou a apreciar, bem posteriormente (em 1989), a validade do juízo arbitral em contratos da Administração, no acórdão prolatado na Apelação Cível nº 137.279-DF (Sessão de 28.03.1989, DJ de 26.06.1989). Além de deixar expresso, na ementa, que “sem autorização legislativa, não pode a autarquia celebrar compromisso para resolução de pendências por meio de juízo arbitral”, consta do voto do relator, Ministro Bueno de Souza, o seguinte:

“E acresce que a disponibilidade de bens da autarquia não significa, *de modo algum*, que a respectiva alienação possa efetuar-se livremente, *ad libitum* de cada um desses entes públicos, como se, sob este aspecto, pudesse igualar-se às pessoas de direito privado, que exercem o comércio jurídico segundo princípio básico da autonomia da vontade de seus órgãos.

5. Em verdade, a consulta à Lei nº 5.365, de 1º de dezembro de 1967, que criou a SUDECO, mostra que esta não foi autorizada a estipular cláusula de compromisso, para invocação do juízo arbitral, convindo, a propósito, frisar que não se oferece razoável o emprego dessa forma de resolução de controvérsias por parte dos entes públicos certo como é que semelhante ajuste envolve renúncia à prestação jurisdicional do Estado (no caso, a bem dizer, pelo próprio Estado...).

Ademais disso, *fiat abrangida* indispensavelmente no compromisso a disposição de respeitar como vinculante decisão inevitavelmente comprometedora da integridade do patrimônio, aliás, afinal alienado consoante forma não autorizada em lei” (acórdão citado pelo Tribunal de Contas da União em decisão publicada na *Revista de Direito Administrativo* nº 193:341-351).

Note-se que o acórdão afasta a idéia, constante do acórdão anteriormente citado, de autonomia de vontade da Administração Pública na celebração dos contratos, como se ela pudesse igualar-se aos particulares.

De qualquer modo, um fato é incontestável: a decisão do Supremo Tribunal Federal foi proferida em hipótese em que havia autorização legislativa para a instituição de juízo arbitral no caso específico de que se tratava. E a decisão do Tribunal Federal de Recursos foi no sentido da necessidade de autorização legislativa para que entes públicos celebrem compromissos para solução de controvérsias por processo de arbitragem.

3. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO SOBRE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O Decreto-Lei nº 2.300, de 21.11.1986, que estabelecia normas sobre licitações e contratos e coexistia com as referidas normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, previa expressamente a possibilidade de ser inserida cláusula compromissória nos contratos administrativos, assim estabelecendo no parágrafo único do artigo 45:

“Artigo 45. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13 do artigo 25, permitido nesse caso o juízo arbitral”.

Como se verifica pela redação do dispositivo, a utilização do juízo arbitral era prevista, porém de forma limitada, porque somente autorizada nos casos arrolados no § 13 do artigo 25, que tratava especificamente de concorrências internacionais, para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento fosse feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional, de que o Brasil faça parte, e nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República.

Na vigência desse Decreto-lei, merece especial menção, no âmbito doutrinário, a lição de Raul Armando Mendes, em seus *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, Saraiva, 1991, p. 146:

“Juízo arbitral é um instituto do direito processual civil (arts. 1.074 e 1.102, do CPC) trazido para o contrato administrativo pelo Estatuto, caracterizado pelo compromisso que assumem as duas partes de aceitação de um ou mais árbitros (sempre em número ímpar), objetivando a solução de um impasse entre elas surgido. Formaliza-se por um instrumento escrito, assinado pelas partes e duas testemunhas, o qual deverá conter a qualificação de todos (interessados, árbitros seus substitutos), a proposta de reajuste, a declaração de responsabilidade pelos ônus (pagamento dos honorários dos peritos e demais despesas com a instalação do juízo), o prazo em que será proferida a decisão que interessa – essa com força de decisão judicial –, a condição de a sentença ser cumprida com ou sem recurso para um Tribunal superior e, finalmente, o que é de muita importância, que os árbitros tenham autorização para julgar por equidade, fora, portanto, das regras e formas de direito, ou seja, usando o bom senso.”

Deve-se atentar que essa obra, que tem sido citada por defensores do juízo arbitral nos contratos administrativos, é de 1991, anterior, portanto, à Lei de arbitragem; ela foi escrita em comentário a dispositivo do Decreto-Lei nº 2.300 (Estatuto das Licitações e Contratos), revogado pela Lei nº 8.666, de 21.06.1993. Com a entrada em vigor dessa lei, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, ficou revogado, pelo artigo 126, o Decreto-Lei nº 2.300/86. Além disso, o artigo 55, § 2º, não repetiu a norma da lei revogada na parte em que permitia o juízo arbitral. Com efeito, é a seguinte a redação desse dispositivo:

“§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.”

A comparação entre os preceitos contidos na lei atual e na lei revogada demonstra que houve intenção do legislador de não repetir a parte final do dispositivo do Decreto-lei nº 2.300, na parte em que fazia referência ao juízo arbitral.

Vale dizer que, pelos dispositivos mencionados da nova lei (art. 55, § 2º, e art. 32, § 6º), duas conclusões se impõem:

a) não mais está prevista a cláusula de arbitragem nos contratos regidos por essa lei;

b) o foro competente é obrigatoriamente o da sede da Administração, salvo na hipótese prevista no artigo 32, § 6º, ou seja, nas “licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação” e nos casos de “contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo”, bem como “nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior”.

O fato da lei exigir, como cláusula obrigatória nos contratos administrativos, a indicação do foro da sede da Administração não é compatível com a possibilidade de eleição de juízo arbitral, especialmente no exterior.

A Lei nº 8.666 coexiste com a Lei nº 9.307/96, que disciplina a arbitragem. Pode-se dizer que as duas leis coexistem e são inteiramente compatíveis, como será demonstrado. Ainda que as suas normas fossem conflitantes, não poderia a Lei nº 9.307 ter o efeito de revogar implicitamente preceitos da Lei nº 8.666, diante do artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. A lei de arbitragem é lei geral, que não revoga nem modifica a Lei nº 8.666, que contém normas específicas sobre licitações e contratos.

Mas, conforme salientado, a norma contida no artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.666 não é incompatível com a Lei nº 9.307. Pelo contrário, esta última reforça a idéia de que as suas normas não são aplicáveis aos contratos administrativos, já que, nos termos do artigo 1º, a arbitragem só pode ser utilizada como processo de solução de litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*.

Diante da Lei nº 9.307, a grande controvérsia diz respeito ao alcance da expressão utilizada em seu artigo 1º: “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

Existe hoje doutrina autorizada entendendo que, diante do atual direito positivo, não é possível a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666, devendo ser obrigatoriamente indicado, como foro competente, o da sede da Administração; vale dizer, não é possí-

vel a indicação de foro no exterior, salvo na hipótese já referida, contida no artigo 32, § 6º. Tais pronunciamentos foram emitidos já na vigência da Lei nº 9.307. Alguns apegam-se à idéia de que nos contratos de direito privado celebrados pela Administração, os direitos são disponíveis, podendo ser utilizada a arbitragem, o mesmo não ocorrendo nos contratos administrativos, regidos pelo direito público, em que os direitos são indisponíveis. Outros entendem, com maior razão, ser proibida a arbitragem em qualquer tipo de contrato celebrado pela Administração, porque todos os interesses por esta tutelados são indisponíveis.

Adeptos da primeira posição são, entre outros, Sidney Bittencourt, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Alexandre Freitas Câmara.

Sidney Bittencourt, em trabalho sobre "A Cláusula de Arbitragem nos Contratos Administrativos" (in *DCAP – Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, São Paulo: IOB – Informações Objetivas, nº 9, pp. 5-12, setembro/2000), depois de fazer uma distinção entre contratos privados da Administração (que têm por objeto direitos disponíveis) e contratos administrativos (em que o interesse é indisponível), acrescenta que, em relação aos primeiros, os agentes públicos estão autorizados a adotar a arbitragem para a solução de litígios.

O autor menciona, com o mesmo entendimento, trabalhos de Alexandre Freitas Câmara (in *Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992, p. 8) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in "Arbitragem nos Contratos Administrativos", *DCAP – Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, São Paulo, IOB, vol. 9, pp. 23-32, set. 1997).

Na segunda posição insere-se a lição de Renato Geraldo Mendes (*Lei de Licitações e Contratos Anotada*, 3ª ed., Curitiba, Znt Editora, 1998, p. 122, nota 847):

"Não é possível a eleição de juízo arbitral no âmbito dos contratos administrativos, uma vez que os direitos e interesses que os compõem são, por imposição legal, indisponíveis."

No mesmo sentido é o entendimento de Márcia Walquiria Batista dos Santos, em trabalho sobre *Licitação Internacional. Proibição de Previsão de Juízo Arbitral* (in *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, org. por Maria Sylvia Zanella di Pietro, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 279-281).

Essa mesma orientação foi adotada pela Editora Zenite, no *Boletim ILC – Informativo Licitações e Contratos*, vol. 48, pp. 142-143, fev. 1998.

Diante de pergunta sobre a possibilidade de eleição de juízo arbitral nos contratos administrativos nos termos da Lei nº 9.307, de 23.09.1996, foi dada a seguinte resposta em sentido negativo, da qual destacamos os trechos a seguir transcritos:

“Enquanto o titular dos direitos disponíveis pode usufruí-los e deles dispor como bem lhe aprouver, desde que não seja contra disposição de lei, o administrador da coisa pública não pode manipular, a seu talante, os direitos e interesses que administra. Isso porque deverá exercer suas funções em estreita consonância com os ditames legais, ainda quando age com discricionariedade. As ações do gestor do bem público devem ser sempre dirigidas ao alcance da finalidade pública, no interesse da coletividade. A Administração não titulariza os direitos que gerencia. O seu titular é o Poder Público. Ela apenas viabiliza o interesse estatal delineado na Lei...

Sendo a arbitragem forma amigável de solução de litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis e visto que os contratos administrativos têm por objeto direitos indisponíveis, já que o administrador da coisa pública não tem disponibilidade sobre os interesses públicos confiados a sua gestão, não há como se utilizar da arbitragem para dirimir eventuais litígios no âmbito dos contratos administrativos, posto que esta solução amigável está adstrita a direitos disponíveis. É a lição de Ruy Cirne Lima, citada por Celso Antônio Bandeira de Mello, *in Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., Malheiros, 1993, p. 34: ‘Na administração o dever e a finalidade são preponderantes; no domínio, a vontade’”.

Essa é a posição que adotamos. Não há que se distinguir os contratos administrativos dos contratos privados celebrados pela Administração, para concluir que o primeiro tem por objeto direitos indisponíveis e, o segundo, direitos disponíveis. Todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que praticados sob a égide do direito privado, têm por objeto direitos indisponíveis. Aliás, na Lei nº 8.666/93, a expressão “contrato administrativo” tem sentido amplo, de modo a abranger tanto os contratos tipicamente administrativos, com os contratos de direito privado celebrados pela Administração.

A expressão *direitos patrimoniais indisponíveis* pode ser considerada conceito jurídico indeterminado, porém não no âmbito do direito adminis-

trativo, porque não se pode conceber que um direito patrimonial de natureza pública, em alguma hipótese, esteja à livre disposição da Administração Pública, já que esta não atua como proprietária, mas como gestora de bens que integram o patrimônio público.

Um dos alicerces do direito administrativo é precisamente o princípio do interesse público e, como um de seus desdobramentos, o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Esse princípio significa, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (*in Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 31-33) que “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”. Mais além, diz o jurista que “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera), em sua *manifestação legislativa*. Por isso a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental”.

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda é atribuída por lei à Administração, os seus poderes têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder por omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.

O princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784, de 29.01.1999, que dispõe sobre processo administrativo no âmbito federal, e especificado no parágrafo único, com a exigência de “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (inciso II). Fica muito claro no dispositivo que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa.

Assiste inteira razão a Celso Antônio Bandeira de Mello quando afirma, no trecho acima transcrito, que a disponibilidade do interesse público está permanentemente em mãos do Estado e não da Administração Pública. Quando a lei outorga uma competência, um poder, uma prerrogativa, quando impõe exigências, quando estabelece proibições, é porque o legislador já decidiu previamente que esse é o modo adequado para proteger o interesse público. Por outras palavras, é a lei que dispõe do interesse público, com as limitações constantes da Constituição. A autoridade administrativa não pode atuar de forma diferente porque, caso contrário, estaria dispondo de um interesse de que não é titular.

Daí a importância do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública. Se a lei estabelece a exigência de licitação para a celebração dos contratos, a exigência de concurso público para a admissão de servidores públicos, a observância de formalidades para a prática de determinados atos, é porque o legislador previamente decidiu o que é melhor para a proteção do interesse público e, em última análise, para a defesa dos direitos dos cidadãos. O princípio da legalidade não é compatível com decisões baseadas em critérios outros, como equidade e bom-senso, que possam ser adotados pelo árbitro, em substituição ao disposto em lei. Não é por outra razão que o regime jurídico a que se submete a Administração Pública se caracteriza pelo binômio prerrogativas e restrições.

É o que decorre do ensinamento de Jean Rivero, quando afirma que as particularidades do direito administrativo parecem decorrer de duas idéias opostas: "As normas do direito administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares" (*in Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 1973, p. 35).

É disso que decorre a bipolaridade do direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se o Estado à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público. Em conseqüência, não pode ela renunciar a suas prerrogativas nem deixar de cumprir as restrições que lhe são impostas.

Por estar a Administração Pública sujeita à lei e por não poder dispor dos interesses públicos que lhe incumbe tutelar, não pode ela deixar de

cumprir as normas da Lei nº 8.666, que impõem como foro para solução dos litígios decorrentes do contrato aquele da sede da Administração, vedado, implicitamente, o juízo arbitral. Essa conclusão é reforçada pelo fato dessa lei não repetir as normas do Decreto-Lei nº 2.300 que permitiam o juízo arbitral (arts. 32, § 13, e 45, parágrafo único).

Pela mesma razão de serem indisponíveis os interesses públicos é que, mesmo nos atos e contratos privados da Administração, o direito privado é sempre parcialmente derogado pelo direito público. Pode-se afirmar que não existe qualquer ato ou contrato administrativo praticado inteiramente sob as normas do direito privado. Elas sempre são parcialmente derogadas pelo direito público, exatamente para assegurar que a Administração atue em consonância com o interesse público.

No livro intitulado *Do direito privado na Administração Pública* (São Paulo: Atlas, 1989, p. 97), analisamos o assunto e, com base na melhor doutrina estrangeira e nacional, concluímos que “realmente nunca a Administração poderá ser inteiramente igual à do particular, mesmo nas relações do direito privado: a autonomia da vontade, de que é dotado o particular, substitui-se, para a Administração, pelo princípio da legalidade; a liberdade de forma, que prevalece nas relações jurídicas entre particulares, dificilmente existe nas relações jurídicas em que a Administração é parte; além disso, ela está vinculada a determinados fins, que a obrigam a adotar os meios que o legislador escolheu como os únicos viáveis para a sua consecução; a tudo isso acrescenta-se o fato de que ela conserva, mesmo quando se utiliza do regime de direito privado, certos privilégios que lhe são concedidos por lei, em razão da pessoa, como o juízo privativo, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens, a prescrição quinquenal de suas dívidas, os prazos mais dilatados em juízo”.

Dentre os doutrinadores em que nos baseamos para chegar àquela conclusão merece ser citada a lição sempre respeitada de um dos maiores juristas brasileiros – Seabra Fagundes – que, em sua obra sobre *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 155-6) ensina que “nunca a atividade (do Estado) pode ser perfeitamente assemelhada à do indivíduo, quer na forma por que se exerce, quer na sua finalidade. Ainda mesmo ao revestir o caráter da chamada atividade de gestão”. Ele lembra, em abono de seu entendimento, a lição de Mortara, no sentido de que a atividade do indivíduo é sempre livre sob o prisma jurídico, condicionando-se apenas ao arbítrio de quem age (liberdade), ao passo que a atividade estatal é juridicamente dependente, isto é, condicionada ao

interesse público (necessidade). Donde inferir, Mortara, que, mesmo assemeelhando extrinsecamente o seu procedimento ao do particular, a Administração Pública, agindo sempre segundo a finalidade inerente a toda a atividade estatal, tem as suas atividades juridicamente distintas das puras relações de indivíduo a indivíduo. Ele exemplifica com o direito de domínio, para mostrar como, em relação ao direito básico da vida patrimonial, se distinguem as situações do Estado e do particular, cada um adquirindo, gerindo e perdendo por modos diversos os bens dele objeto.

Seabra Fagundes ilustra também o seu pensamento, citando Tessier, comissário de Governo na França que, perante o Tribunal de Conflitos, opondo-se à distinção entre atos de império e atos de gestão, defendeu a tese de que jamais o poder público e seus agentes agem nas mesmas condições que os particulares. A polícia e a gestão não poderiam ser separadas: elas se penetram, sem cessar.

A conclusão é no sentido da inviabilidade de previsão de cláusula de arbitragem nos contratos administrativos.

Essa conclusão aplica-se inclusive às entidades da Administração Indireta, que estão sujeitas às normas da Lei nº 8.666, cujo artigo 1º, parágrafo único, assim determina:

“Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

Em relação às empresas estatais, nem mesmo interessa saber se têm ou não a natureza de empresas públicas ou sociedades de economia mista; basta, para os fins do referido dispositivo legal, que sejam controladas diretamente por um ente político (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal) ou indiretamente, por intermédio de outra entidade da Administração Indireta.

Poder-se-ia argumentar que a Emenda Constitucional nº 19/98, ao alterar os artigos 22, XXVII, e 173, § 1º, inciso III, da Constituição, previu lei dispendo sobre regime específico para a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, de tal modo que as mesmas fiquem sujeitas apenas aos princípios da Administração Pública e não especificamente aos procedimentos.

Tal entendimento não pode ser aceito porque o dispositivo constitucional não é auto-aplicável, dependendo de lei que estabeleça o estatuto jurídico das empresas estatais; essa lei ainda não foi promulgada.

Também não importa, para a mesma conclusão, que o contrato seja de direito privado. O artigo 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666 assim estabelece:

“§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado”.

O legislador considerou tão importante a observância do artigo 55 da lei que o mencionou expressamente, não correndo o risco de deixar ao intérprete a conclusão sobre a sua aplicação ou não aos contratos de direito privado.

Merece ser mencionada, em reforço de nosso entendimento, decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União no processo 8.217/93, em que foi relator o Ministro Homero Santos. Essa decisão foi publicada na íntegra na *RDA* nº 193, pp. 341-352, e contém verdadeiras lições de direito administrativo, do mais alto nível.

A decisão foi proferida em resposta a consulta formulada pelo Ministro de Minas e Energia, sobre a viabilidade de a Administração Pública celebrar compromisso para resolução de pendências decorrentes de contrato, mediante juízo arbitral. Os contratos objeto da consulta visavam à execução de obra pública destinada à prestação do serviço público de energia elétrica. O entendimento foi no sentido de que, tratando-se de obra destinada a serviço essencial, e sendo a empresa responsável – CHESF – entidade pública cuja finalidade institucional é exatamente a construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão de energia elétrica, dentre outras, resulta evidente que os ajustes em referência incluem-se, de fato, no gênero contrato administrativo.

Resumidamente, foi alegado o seguinte:

a) se a Lei nº 8.666, nos artigos 55, § 2º, e 32, § 6º, que guardam correlação com o § 13 do artigo 32 e parágrafo único do artigo 45 do revogado Decreto-Lei nº 2.300, não repetiram o exato teor dos mesmos, é porque “deixa de admitir expressamente até mesmo aquelas hipóteses de juízo arbitral contempladas no DL nº 2.300/86”;

b) a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos acarretaria ofensa ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado porque a Administração estaria se despidendo de “prerrogativas mais essenciais que lhe outorgam o princípio em tela, para vir colocar-se em plano igualitário com o particular, e, nesse passo, colocar também o interesse público em paridade com o privado, o que efetivamente configura violação do mesmo princípio”;

c) fere também o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois a Administração estaria entregando a terceiro, o árbitro, a sorte do interesse que a ela incumbe curar;

d) infringe o princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesse público, “na medida em que direitos enfeixados pela Administração por força da lei ou dos princípios de direito público, tais aqueles consubstanciados nas chamadas cláusulas exorbitantes, e que lhe permitem, dentre outros, alterar unilateralmente o ajuste, decidir sobre a procedência ou não de pleitos versando sobre o restabelecimento da equação financeira, ou sobre a aplicação de sanções ao contrato, seriam ou poderiam, através do juízo arbitral, ser transferidos para terceiros estranhos à Administração (o árbitro, no caso)”;

e) fere o princípio do controle administrativo ou tutela, porque, “previsto o juízo arbitral num contrato, até mesmo o poder-dever indeclinável da Administração de rever seus atos atinentes à contratação por ilegalidade ou contrariedade ao interesse, e.g., poderia, sem dúvida, ser impugnado pelo contratado a quem aproveitava o ato inválido, e a pendência, assim criada, ser levada à deliberação do terceiro erigido em árbitro do interesse público em jogo”;

f) fere, também, o princípio da vinculação “por aquilo que a só previsão do juízo arbitral ou sua adoção constitui, na prática, ameaça constante à estabilidade das regras e condições que presidiram o certame licitatório, bem assim das condições ofertadas na proposta vencedora do mesmo certame, dado que, a todo tempo, poderia o contratado pleitear e talvez obter no juízo arbitral vantagens contratuais que, na instância administrativa, provavelmente não obteria, dados os impedimentos legais que, sem dúvida, se anteporiam à concessão do pleito formulado, tal o pedido de recomposição de preços, cuja concessão, à luz do

direito administrativo, só é possível ante a superveniência de evento imprevisível e imprevisto à época da contratação e de excessiva onerosidade para o contratado (teoria da imprevisão);

g) a CHESF, como empresa controlada pela ELETROBRAS e concessionária de serviços públicos de energia elétrica, está sujeita às normas de direito público referentes aos contratos administrativos.

Certo que essa decisão, cujas razões foram elaboradas por órgão técnico do Tribunal de Contas e pelo Ministério Público, foi prolatada na vigência da Lei nº 8.666, porém antes da Lei de arbitragem. No entanto, as suas conclusões não ficam prejudicadas com a entrada em vigor dessa lei; pelo contrário, toda a fundamentação contida no acórdão se reforça com a regra de que a arbitragem só é possível com relação aos direitos patrimoniais disponíveis. A idéia da indisponibilidade do interesse público, presente nos contratos administrativos, está na própria base da decisão daquele colegiado.

Permitimo-nos transcrever mais um trecho da referida decisão, pela autorizada doutrina que nele se contém:

“19. Adverte SERPA LOPES, quanto a esse aspecto atinente à capacidade de comprometer, que, para a validade do compromisso, tal capacidade ‘depende igualmente da possibilidade do agente de dispor dos direitos em contestação’ (cf. *Curso de Direito Civil*, Ed. Livraria Freitas Bastos, 1955, volume II, p. 369). Este é, aliás, o pensamento dominante na doutrina brasileira (cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, de MARIA HELENA DINIZ, Ed. Saraiva, 1983, 2º volume, p. 280, entre outros autores). Os autores que se dedicam ao assunto, como o Professor CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, em linha de coerência com esse entendimento e confortados com a regra processualística pertinente, lembram a possibilidade da apreciação da ‘controvérsia indisponível’ pela autoridade judicial competente, com a conseqüente suspensão do procedimento arbitral (cf. “O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro”, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 25, nº 98, p. 143, abril/junho de 1988).

20. E isso porque, consoante enfatiza o mesmo autor, no referido ensaio:

‘No geral, tem-se como impossível a instituição de juízo arbitral a respeito de matérias que não podem ser objeto de

transação, ou para as quais exista um procedimento específico e obrigatório, como, por exemplo, as questões de Estado (...).

.....
E no caso de envolvimento de entidades da Administração Pública, com mais forte razão, em face dos interesses e direitos aí envolvidos, é de se defender o monopólio do Poder Judiciário como a jurisdição competente para a solução dos litígios, sem referirmo-nos à competência mesma da Egrégia Corte de Contas, órgão constitucionalmente instituído para avaliar acerca do bom e regular emprego dos recursos públicos”.

Com base em todas essas razões, o Tribunal de Contas da União respondeu à consulta formulada pelo Ministro de Minas e Energia no sentido de que “o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)”.

Como se verifica, o entendimento do Tribunal de Contas afeiçoa-se à jurisprudência e à doutrina quanto à necessidade de autorização legislativa para que a Administração Pública direta ou indireta assumo o compromisso de submeter-se a juízo arbitral para solução de controvérsias decorrentes de contratos administrativos.

Essa é a conclusão possível diante do direito positivo vigente.

EFEITOS DA REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO NO CONTROLE DE MERCADO

Sérgio Mourão Corrêa Lima

Doutor em Direito Comercial pela UFMG. Professor de Direito Comercial da UFMG. Indicado pelo Governo Brasileiro para a Lista de Pareceristas do Mercosul GMC – Grupo Mercado Comum. Advogado.

Sumário: 1. Apresentação. 2. Contexto. 2.1. Contexto internacional no pós-guerra. 2.2. Contexto nacional no pós-guerra. 3. O novo modelo estatal brasileiro. 4. Os setores de atuação do novo Estado brasileiro. 4.1. Atividades exclusivas e estratégicas do estado e o núcleo. 4.2. Atividades exclusivas e não estratégicas do estado (que não podem ser delegadas a particulares) e as agências executivas. 4.3. Serviços públicos. Atividades exclusivas do Estado (que podem ser delegadas a particulares) e as agências reguladoras. 4.4. Atividades não-exclusivas do estado e as organizações sociais. 4.5. Atividades não-estatais. O CADE e as agências reguladoras. 5. Conclusões. 5.1. Recuo significativo na atuação direta do estado nas diversas áreas de atividade. 5.2. Aumento da estrutura estatal destinada às atividades de fiscalização e regulação. 5.3. Preocupação com a eficiência nos diversos setores de atividades. 5.4. Fortalecimento e concentração de poder no executivo em detrimento da participação do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público. 6. Bibliografia.

1. APRESENTAÇÃO

“Nos últimos anos, assistimos em todo o mundo a um debate acalorado, ainda longe de ser concluído, sobre o papel que o Estado deve desempenhar na vida contemporânea e o grau de intervenção que deve ter na economia. No Brasil, o tema adquire relevância particular, tendo em vista que o Estado, em razão do modelo de desenvolvimento adotado, desviou-se de suas funções precípuas para atuar com grande ênfase na esfera produtiva.”¹

¹ *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 07.

“Tornou-se, conseqüentemente, inadiável (...) a reforma (...) do Estado que ... já não consegue atender com eficiência a sobrecarga de demandas a ele dirigidas, sobretudo na área social ... A reforma do Estado não é, assim, um tema abstrato: ao contrário, é algo cobrado e iniciado pela sociedade, que vê frustradas suas demandas e expectativas.”²

Não obstante, o modelo estatal proposto no Brasil não deve e não pode avançar sem uma análise crítica por parte de todos os setores. Neste ponto, a interdisciplinariedade se mostra indispensável, inclusive com apreciação do histórico internacional e interno e do contexto atual.

Além da participação de economistas, sociólogos, historiadores, administradores e políticos, os juristas também devem apor seus diferentes pareceres. E, também no campo do Direito, não se prescinde também da interdisciplinariedade, uma vez que a questão envolve aspectos pelo menos das áreas internacional, constitucional, administrativa, econômica e tributária.

Assim, o propósito do presente trabalho é se somar a vários outros dedicados à análise crítica do novo modelo estatal brasileiro.

2. CONTEXTO

2.1. Contexto Internacional no Pós-Guerra

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, “depois de 1945 e em especial a partir da década de 1960 (...) se produziram nas relações internacionais mudanças substanciais”.³ É que os países sentiram extrema necessidade de se aproximarem de maneira significativa, em função do contexto político da época.

É incontestável que os Estados Unidos da América saem política e economicamente fortalecidos do período marcado pelas duas grandes Guerras Mundiais. Diferentemente, o continente europeu encontrava-se

2 *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 08.

3 “*Recién después de 1945 y en especial a partir de la década de 1960 es que se producirán en las relaciones internacionales cambios sustanciales que en algunos campos harán variar la ecuación de poder hasta entonces existente*” (Heber Arbuét Vignali, in Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Internacional Público*, Montevideo, FCU, 1996, tomo I, p. 64).

completamente destruído. Ainda os países europeus vencedores da guerra, politicamente fortalecidos, apresentavam situação econômica lastimável.

De um lado, a indústria americana produzia a todo vapor, gerando um volume enorme de riqueza. Uma queda no ritmo de produção seria desastroso para os Estados Unidos da América. O desemprego e a recessão seriam certamente os primeiros sintomas.

Por outro lado, com o território europeu completamente destruído, as atividades agropecuária e industrial na Europa encontravam-se praticamente paralisadas. Para a reconstrução européia não se prescindia de produtos importados, uma vez que os nacionais praticamente inexistiam em decorrência dos efeitos das guerras. Para adquiri-los e importá-los, os países europeus certamente necessitariam de ajuda financeira externa.

“As necessidades encontraram como resposta comum, o Plano Marshall, idealizado e levado a efeito pelo governo norte-americano. Uma grande quantidade de capital foi transferida para o continente europeu a título de empréstimos, como forma de conferir recursos que viabilizassem a reconstrução da Europa. Estes recursos certamente voltariam para os Estados Unidos da América, aplicados na compra de produtos”.⁴ Entretanto, a possibilidade de seus produtos serem submetidos a restrições quanto à entrada em território europeu não agradava aos norte-americanos.

Conseqüentemente, “os Estados Unidos da América lideram um processo de globalização comercial, cujo objetivo é a gradativa eliminação das barreiras ao comércio internacional”. Essa “tentativa de implementação do processo de globalização comercial expressava-se através do tratado internacional denominado GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio”.⁵⁻⁶

Este e vários outros tratados internacionais “foram o meio pelo qual ... os países assumiram obrigações uns para com os outros.”⁷

Nota-se, inclusive, a celebração dos primeiros tratados internacionais societários e a conseqüente “entrada em cena das organizações internacio-

4 Conforme Sérgio Mourão Corrêa Lima, *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998, p. 124.

5 GATT significa General Agreement on Trade and Tarifs.

6 Sérgio Mourão Corrêa Lima, *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998.

7 Sérgio Mourão Corrêa Lima, “Quadro Comparativo – Mercosul x União Européia”, in *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, Del Rey, pp. 213/214, 1996.

nais, no primeiro pós-guerra”.⁸ É que os Estados, através de contratos societários, criaram as sociedades entre países, denominadas Organizações Internacionais, das quais são exemplos a ONU – Organização das Nações Unidas e as Comunidades Europeias.

A primeira, de cunho eminentemente político, veio atribuir nova configuração à cooperação entre países. A criação das Comunidades Europeias, por sua vez, resulta da constatação de que a integração era a única opção viável aos Estados europeus.⁹

Do contexto fático do pós-guerra, decorrem os dois fenômenos característicos da nova ordem mundial: a Globalização e a Regionalização.

Global, adj. 2 gêns. Tomado em globo, por inteiro; integral; total.¹⁰

Regional, adj. 2 gêns. Respeitante a uma região; local.¹¹

A tentativa dos Estados Unidos da América de implementação do processo de globalização comercial, que inicialmente se expressava através do GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio,¹² atualmente consiste na OMC – Organização Mundial do Comércio.

O processo de integração regional europeu, por sua vez, encontra-se em fase de implementação da integração monetária.

Fazendo desenvolver a denominada nova ordem mundial, outros processos de integração com propósitos econômicos começam a surgir a partir do exemplo europeu. É o caso do Mercosul.

De outro lado, projetos eminentemente comerciais, como a ALCA – Área de Livre Comércio das Américas, também ganham cena.

8 J. Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 12/13.

9 Tratado da Comunidade Europeia:

“Art. 2º (...)

A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma União Econômica e Monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 3º e 3º-A, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades econômicas, um crescimento sustentável e não inflacionista que respeite o ambiente, um alto grau de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e a solidariedade entre os Estados-membros.”

10 Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967, p. 604.

11 Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Minidicionário*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1977, p. 1036.

12 GATT significa General Agreement on Trade and Tariffs.

Como efeito seja da intensificação na celebração de tratados internacionais, seja do surgimento das Organizações Internacionais entre países, seja da globalização, seja da regionalização, constata-se uma aproximação das mais diversas nações, principalmente no âmbito do comércio internacional, elevando-o a níveis jamais vivenciados.

Não resta dúvida de que este intercâmbio comercial repercute de forma preponderante nos mercados internos de todos os países, influenciando suas estruturas econômicas.¹³

Os Estados devem se adequar ao novo contexto internacional, através de modificações que lhe viabilizem uma atuação mais eficiente, visando “preservar tanto quanto possível um ambiente competitivo, favorável à prática de preços não monopolistas e à qualidade dos serviços prestados, bem como à incorporação e difusão de novas tecnologias e serviços mais modernos, tendo em vista favorecer a eficiência econômica e o bem-estar social.”¹⁴

A estrutura e a atuação do Estado não independem de seu envolvimento no contexto internacional. A participação dos países nos diversos tratados e Organizações internacionais podem implicar, inclusive, o comprometimento em ver “uma união cada vez mais estreita de seus povos”¹⁵ refletida na forma de exteriorização de suas vontades no âmbito internacional:

- a negociação em blocos regionais; ou

13 “‘O objeto do Direito’ Econômico ‘é a relação humana’ que traz consigo conotação econômica. João Bosco Leopoldino da Fonseca conclui, portanto, que ‘uma regra é de Direito Econômico, quando rege relações humanas propriamente econômicas’. Karl Marx explica que ‘os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, quais sejam as relações de produção que respondem a um certo estágio do desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade’.

Assim, conclui-se que as relações humanas econômicas, que constituem o objeto de estudo do Direito Econômico, correspondem ao conjunto das relações de produção, ou seja, aquelas relações que se desenvolvem em torno dos fatores produtivos. ‘Estes são os recursos naturais ou matéria-prima, o trabalho, o capital’”.

Sérgio Mourão Corrêa Lima, *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*, São Paulo, LTr, 1998, p. 97.

14 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 03, inédito.

15 Conforme preâmbulo do Tratado de Assunção – para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai.

- a negociação multilateral, tendo como partes os Estados individualmente.

No âmbito da União Européia, por exemplo, a estrutura e a atuação estatal nos âmbitos comercial, econômico e monetário, bem como a exteriorização das vontades nestas esferas, devem seguir os parâmetros comuns do bloco.

Pode-se concluir, portanto, que qualquer estruturação ou reestruturação do Estado está nitidamente vinculada ao contexto internacional.

2.2. Contexto Nacional no Pós-Guerra

Durante o período das duas grandes Guerras Mundiais, constatou-se que a indústria brasileira não prescindia de fortalecimento. A demanda interna, acrescida das necessidades de suprimento das guerras, apontava para a aceleração do processo de industrialização.

Entre 1940 e 1978, verifica-se forte expansão da atuação do Estado brasileiro no setor produtivo, vez que a iniciativa privada brasileira não estava em condições de arcar com investimentos vultosos nos setores que mais os requeriam.

É que os empresários brasileiros não demonstravam, à época, deter capital e *know-how* para estruturar indústrias de grande porte, como aquelas que atuavam nos setores siderúrgico, de geração de energia e de telefonia.

Assim, durante este período, o Estado cuidou de construir empresas estatais e de economia mista, voltadas aos setores de infra-estrutura, como a Usiminas – Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A., a CSN – Companhia Siderúrgica Nacional, a CEMIG – Central Energética de Minas Gerais S.A. e a Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações.

Em 1979, com o fortalecimento do setor privado nacional, o panorama apresentou sinais de transformação. Teve início uma verdadeira campanha contra a estatização, resultando em um modesto processo de privatização que se estendeu até 1990.

Ocorreu, então, a criação do Programa Nacional de Desestatização – PND, cujos objetivos, em linhas gerais, eram:

- voltar a capacidade gerencial do Estado para as áreas de saúde, educação, habitação e segurança pública;
- reduzir o endividamento do setor público; e
- fortalecer o setor produtivo e o mercado de capitais brasileiro.

No intuito de implementar as desestatizações, quatro foram os principais modelos utilizados:

- a venda de controle acionário das empresas;
- a venda de participações minoritárias relevantes nas empresas;
- a delegação de exploração de serviços e atividades públicas a particulares; e
- o arrendamento de ativos das empresas.¹⁶

As desestatizações, principalmente aquelas operadas nos setores de infra-estrutura, trazem implicações marcantes ao mercado. Os investimentos vultosos operam, por si só, como um elemento restritivo de participação das empresas.

A isso, soma-se a “limitada experiência [no campo da desestatização], com multiplicidade de formatos institucionais, ao lado da complexidade intrínseca à regulação de monopólios e oligopólios”.¹⁷

Todos esses fatores “ampliam o desafio a ser enfrentado pelo Estado brasileiro no quadro [de sua] reestruturação (...) cuja importância para (...) o bem-estar de sua população é indiscutível.”¹⁸

3. O NOVO MODELO ESTATAL BRASILEIRO

O Estado é composto de três elementos:

- Território;
- População; e
- Poder.

Destes três elementos, decorre o atributo da soberania. Neste sentido, Hans Kelsen define o Estado soberano como o “poder (...) exercido por um governo sobre população residente dentro do território”¹⁹. Notar-se que esse poder, dito de império, conjuga funções executivas, legislativas e jurisdicionais.

16 Conforme Armando Castelar, *Defesa da Concorrência*, Brasília, Fundação Getúlio Vargas, p. 04.

17 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 03, inédito.

18 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 03, inédito.

19 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 389.

• “a ‘legislação’, atividade do poder legislativo, consiste na produção de normas gerais, ou seja, as leis;

• a ‘administração’, atividade do poder executivo, consiste na aplicação das leis mediante a produção de normas regulamentares, ou seja, de atos administrativos; e

• a ‘jurisdição’²⁰, atividade do poder judiciário, consiste na interpretação das leis gerais através de normas individuais, ou seja, das decisões”;²¹

Não obstante, no contexto atual, os Estados têm extrapolado as atividades de exercício de poder de império, passando a atuar:

• no exercício do poder público (poder de império), através das funções executivas, legislativas e jurisdicionais;

• na prestação de serviços públicos, constitucionalmente atribuídos ao Estado; e

• na prática de atos negociais.

O Poder público (poder de império) geralmente é exercido pelo núcleo estatal e por órgãos incumbidos de desempenhar as atividades exclusivas do Estado:

Exercício do Poder de Império

- Atividades exclusivas e estratégicas do Estado exercidas pelo núcleo. Exemplo: definição das políticas econômica, financeira e monetária.
- Atividades exclusivas e não estratégicas do Estado. Exemplo: fiscalização exercida no Brasil por órgãos estatais como o Ministério Público e a Receita Federal.

A prestação de serviços públicos pode ser atividade exclusiva ou não exclusiva do Estado.

No primeiro caso, somente o Estado pode prestar, direta ou indiretamente, os serviços públicos: ou o estado exerce as atividades ou as delega, mediante autorização, permissão ou concessão, a terceiros.

20 Conforme ensinamentos do Prof. Aroldo Plínio Gonçalves, a legislação, a administração e a jurisdição são as três atividades que competem ao Estado – aula proferida no dia 10 de março de 1998, para os alunos do Doutorado, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

21 Sérgio Mourão Corrêa Lima, *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*, São Paulo, LTr, 1998, p. 48.

Diferentemente, a prestação de serviços públicos não exclusivos do estado pode ser desempenhada por particulares independentemente de delegação:

Prestação de Serviços Públicos Exclusivos e não Exclusivos
<ul style="list-style-type: none"> • Atividades exclusivas e não estratégicas do Estado: <ul style="list-style-type: none"> – executadas diretamente por órgãos estatais como, por exemplo, os serviços de correios; – delegadas aos particulares, como vem acontecendo no setor de telecomunicações, hipótese em que o estado deve regulamentar e fiscalizar a sua implementação. • Atividades não exclusivas e não estratégicas do Estado, como a saúde e o ensino primário, que também podem ser exercidas por particulares.

O Estado também vem se dedicando à prática de atos negociais que não se apresentam como atribuição constitucional sua:

Prática de Atos Negociais
<ul style="list-style-type: none"> • Atividades não estatais exercidas excepcionalmente pelo Estado.

O novo modelo que se pretende conferir ao Estado brasileiro, inspirado no formato dos países da União Européia,²² apresenta modificações estruturais nos três campos de atuação estatal:

- exercício do poder público (poder de império);
- prestação dos serviços públicos; e
- prática de atos negociais.

O poder público (poder de império) será exercido pelo núcleo estatal e por órgãos incumbidos de desempenhar as atividades exclusivas do Estado, que passarão a ser designados como agências executivas.

22 “Os modelos da reforma apresentados pelo Governo Federal são semelhantes àqueles implementados pelos países da Comunidade Econômica Européia (CEE), notadamente o da Alemanha, apesar de possuímos um contexto político, econômico e social diverso.” Maria Tereza Fonseca Dias, *Os Novos Entes Estatais: A Reforma do Estado Mediante a Criação de Organizações Sociais*. Belo Horizonte, inédita.

No caso das atividades que o Estado não exerce com exclusividade, este passará a qualificar organizações sociais para implementá-las.

A prática de atos negociais, atividades que não se apresentam como atribuição constitucional do Estado, tendem a desaparecer através das desestatizações.

Dentro do novo modelo estatal brasileiro, portanto, as atividades passam a ser desenvolvidas dentro da seguinte sistemática:

Atividades	Entes Estatais que Participam ou Contribuem
<ul style="list-style-type: none"> • Atividades exclusivas e estratégicas do Estado. • Atividades exclusivas e não estratégicas do Estado, que não podem ser delegadas a particulares. • Atividades exclusivas e não estratégicas do Estado, que podem ser delegadas a particulares. • Atividades não-exclusivas do Estado. • Atividades não-estatais. 	<ul style="list-style-type: none"> • (Núcleo) • (Agências Executivas) • (Agências Reguladoras) • (Organizações Sociais) • (CADE e Agências Reguladoras)

4. OS SETORES DE ATUAÇÃO DO NOVO ESTADO BRASILEIRO

4.1. Atividades Exclusivas e Estratégicas do Estado e o Núcleo

O núcleo, que geralmente exerce o poder de império do Estado, é composto basicamente pelos órgãos que exercem as funções legislativas e jurisdicionais, além das executivas de condução da política pública, social, econômica, monetária e financeira:

- o Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal;
- os diversos órgãos do Judiciário; e
- a Presidência da República, a cúpula dos Ministérios e outros poucos órgãos e autarquias, como o Banco Central do Brasil.

Além dos órgãos estatais legislativos e jurisdicionais, somente os órgãos de cúpula do executivo, incumbidos da condução da política pública, integram o núcleo. É que os demais órgãos da administração não cuidam de traçar as estratégias do Estado, mas apenas de executá-las.

Busca-se:

- manter a burocracia no procedimento de condução da política pública brasileira; e
- desburocratizar os órgãos da administração encarregados de executá-las.

Prevalece o entendimento de que os destinos de um país, idealizados no âmbito dos órgãos de cúpula do executivo, não prescindem de discussão e debate, implementados no Legislativo.

Se convertidas em Lei, as estratégias do Executivo passam a ser imponíveis à população:

“Constituição Federal de 1988

Art. 5º ...

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”.

4.2. Atividades Exclusivas e Não-Estratégicas do Estado (que não Podem Ser Delegadas a Particulares) e as Agências Executivas

Algumas atividades são próprias do poder público (poder de império), mas não se enquadram entre as atividades exclusivas estratégicas exercidas pelo núcleo estatal. A segurança pública, a seguridade social básica e a fiscalização²³ tributária e ambiental são exemplos dessas atividades.

De acordo com o novo modelo estatal brasileiro, essas atividades, que não comportam a atuação de entidades privadas, passarão a ser atribuídas a fundações e autarquias públicas que sejam qualificadas como Agências Executivas.

Para tanto, deve-se adotar um procedimento em que as “instituições candidatas à qualificação como Agência Executiva” se proponham a implementar “um modelo de administração gerencial, (...) tendo como foco as demandas dos clientes e usuários da instituição (...) e executad[o] de forma descentralizada e transparente.”²⁴

Esse procedimento dá-se em quatro etapas:

23 Conforme Maria Tereza Fonseca Dias, *Reforma Administrativa do Estado*, Belo Horizonte, inédita.

24 *Agências Executivas*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 12.

• “(1) decisão do Ministério supervisor e da instituição a ser qualificada”:²⁵ No caso das atividades de seguridade social básica, por exemplo, é necessário que o Ministério da Previdência Social e a fundação ou autarquia pública manifestem interesse na qualificação desta como Agência Executiva;

• “(2) assinatura de Protocolo de Intenções, com a constituição de Comissão Coordenadora, que será responsável pela condução do processo de transformação”:²⁶ Ainda em relação ao exemplo das atividades de seguridade social básica, constata-se a celebração de um Protocolo de Intenções²⁷ entre o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, o Ministério da Previdência Social e a fundação ou autarquia pública que pretende se qualificar como Agência Executiva. Como anexo, deve ser apresentado um plano de ação quanto à qualificação;

• “(3) assinatura do Contrato de Gestão”:²⁸ Ainda quanto ao mesmo exemplo, “o Contrato de Gestão”²⁹ é firmado entre [o Ministério da Previdência Social e a fundação ou autarquia pública que pretende se qualificar como

25 *Agências Executivas*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 34.

26 *Agências Executivas*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 34.

27 “O Protocolo de Intenções é um documento a ser celebrado entre o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE, o Ministério supervisor e a instituição, definindo responsabilidades das partes para a consolidação da instituição como unidade-piloto do Projeto, tendo como anexo um Plano de Ação, no qual são definidas etapas de reestruturação estratégica da instituição, com estabelecimento de prazos e responsáveis.

A partir desse momento, a instituição começa o seu processo de transformação organizacional em direção à administração gerencial, comprometendo-se com a realização do planejamento e com a definição de estratégias e ações necessárias para efetivar a mudança.”

Agências Executivas, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 35.

28 *Agências Executivas*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 34.

29 “O Contrato de Gestão deve conter, no mínimo, cláusulas que tratem dos seguintes aspectos:

- disposições estratégicas: objetivos da política pública à qual se vincula a instituição, sua missão, objetivos estratégicos e metas institucionais;
- objetivos, metas e respectivos planos de ação;
- indicadores de desempenho;

Agência Executiva, tendo o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado], o Ministério da Fazenda e o Ministério do Planejamento e Orçamento como signatários intervenientes, considerando que são estes órgãos os gestores dos meios e recursos que garantirão as condições operacionais para o cumprimento dos compromissos acordados no Contrato.”³⁰

• “(4) decreto de qualificação da instituição como Agência Executiva”: No caso das atividades de seguridade social básica, por exemplo, é necessário que o Ministério da Previdência Social promova a “elaboração e encaminhamento à Presidência da República, de Exposição de Motivos e [do texto] do Decreto de Qualificação [da fundação ou autarquia pública] como Agência Executiva.”³¹ Assim, de acordo com o § 1º do artigo 51 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, o Presidente da República poderá promulgar e fazer publicar o Decreto de Qualificação.

Através desta sistemática, pretende-se:

• desburocratizar as atividades exclusivas não estratégicas do Estado, conferindo maior autonomia à Agência Executiva responsável por desempenhá-la;

• implementar fiscalização efetiva sobre a Agência Executiva, como forma de evitar que, em função da maior autonomia, essa venha a implementar práticas incompatíveis com seus propósitos;

-
- meios e condições necessários à execução dos compromissos pactuados: explicitação dos recursos disponíveis e dos níveis de autonomia concedidos à instituição;
 - sistemática de avaliação: definição das instâncias da instituição, do Ministério supervisor ou de natureza coletiva, responsáveis pelo acompanhamento do desempenho institucional, da periodicidade (no mínimo semestral) e dos instrumentos de avaliação e de comunicação dos resultados;
 - condições de revisão, suspensão e rescisão do contrato;
 - definição de responsáveis e de conseqüências decorrentes do descumprimento dos compromissos pactuados;
 - obrigações da instituição, do Ministério supervisor e dos Ministérios intervenientes;
 - condições de vigência e renovação do contrato;
 - mecanismos de publicidade e controle social.”
- Agências Executivas*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 33.

30 *Agências Executivas*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 35.

31 *Agências Executivas*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 35.

- promover a integração dos servidores públicos nas atividades desenvolvidas, implementando sua participação na missão, nos objetivos, nos problemas e nas metas da Agência Executiva; e
- viabilizar a satisfação do cliente quanto à qualidade das atividades desenvolvidas pela Agência Executiva.

4.3. Serviços Públicos. Atividades Exclusivas do Estado (que Podem Ser Delegadas a Particulares) e as Agências Reguladoras

Algumas outras atividades não são próprias do poder público (poder de império), mas apresentam-se como exclusivas do Estado por determinação constitucional. São aquelas relacionadas à infra-estrutura, como a geração e o fornecimento de energia elétrica.

Apesar de caracterizarem-se como exclusivas do Estado, o exercício dessas atividades pode ser delegado a particulares. É o que estabelece o texto constitucional:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético do curso de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;”

De acordo com o novo modelo estatal proposto, as atividades públicas relacionadas à infra-estrutura devem integrar o programa de desestatização, mediante a delegação da execução dos serviços a particulares,³² devido “às peculiaridades técnicas, de um lado, e históricas, de outro”.³³

32 No intuito de implementar as desestatizações, quatro são os principais modelos utilizados:

- a venda de controle acionário das empresas;
- a venda de participações minoritárias relevantes nas empresas;
- a delegação de exploração de serviços e atividades públicas a particulares; e
- o arrendamento de ativos das empresas.

33 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 03, inédito.

O exercício destas atividades de infra-estrutura requer recursos financeiros de grande monta, fazendo com que poucos sejam os particulares que dispõem de condições para tanto.

Não há dúvidas, portanto, de que a execução destas atividades por particulares deve ser monitorada de forma a assegurar “tanto quanto possível um ambiente competitivo, favorável à prática de preços não monopolistas e à qualidade dos serviços prestados, bem como à incorporação e difusão de novas tecnologias e serviços mais modernos, tendo em vista favorecer a eficiência econômica e o bem-estar social”.³⁴

É importante, pois, quanto a essas atividades exclusivas do Estado, cujo exercício é delegado a particulares:

- implementar efetiva fiscalização sobre os particulares que venham a explorá-las;
- monitorar os setores de infra-estrutura do mercado, evitando distorções, inclusive quanto aos preços dos serviços e bens; e
- viabilizar a satisfação do cidadão quanto à qualidade.

Estas funções cabem à SDE – Secretaria de Direito Econômico, ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e às Agências Reguladoras de setores específicos.

Paralelamente ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, responsável pela “política de defesa da concorrência (...) voltada à prevenção e repressão de condutas anticompetitivas, incluindo o controle prévio de fusões e incorporações que possam conduzir a estruturas de mercado fortemente concentradas”,³⁵ estão as Agências incumbidas da regulação e fiscalização de setores específicos da atividade econômica, precipuamente os de infra-estrutura, como:

- a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica;
- a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; e
- a ANP – Agência Nacional do Petróleo.

“Um dos principais desafios [destes órgãos] é a necessidade de monitoração contínua, porém em diferentes graus e modalidades, conforme as especificidades do segmento de mercado considerado. (...) [Assim, é necessário] ter em conta as especificidades dos diferentes segmentos dos res-

34 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 03, inédito.

35 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 03, inédito.

pectivos mercados (...): tecnologia, inserção na cadeia produtiva, barreiras à entrada, instabilidade do ambiente competitivo e externalidades da rede. (...) [Neste sentido,] o aparato regulatório voltado à infra-estrutura deve comportar diferentes combinações, ou 'mix', de instrumentos (...) em função das características das estruturas de mercado envolvidas."³⁶⁻³⁷

36 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 40, inédito.

37 No âmbito das atividades de ambos, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Agências Reguladoras, “freqüentemente toma-se a redução dos preços aos custos médios como um *second best* adequado: seja mediante a criação de condições estruturais para que pressões competitivas sejam exercidas, quando no contexto da regulação exercida por práticas de concorrência (...); seja por meio de preços ou tarifas administrados direta ou indiretamente, quando no contexto da regulação exercida sobre monopólios ou oligopólios ‘naturais’, típica dos setores de serviços públicos de infra-estrutura (*utilities*)” (Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, pp. 05 e 06, inédito).

Apesar de que a “experiência regulatória atual e sua base analítica são (...) quase exclusivamente centrada em preços, (...) a crescente diversidade, dinamismo tecnológico e complexidade de produtos/serviços oferecidos (...); a variedade de suas atuais e potenciais estruturas de mercado; assim como a necessidade crescente reconhecida de introduzir incentivos à eficiência produtiva, à redução de custos e à atualização tecnológica – introduzindo assim elementos dinâmicos de análise – recomendam a ampliação desse escopo para efeito de análise, ainda que não necessariamente para efeito de intervenção” (Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 40, inédito).

Deixando de lado as atividades de política de defesa da concorrência em geral, constatamos que “as discussões acerca da regulação de setores de infra-estrutura têm como um dos seus pontos de partida a constatação de que estes possuem características que os diferenciam acentuatadamente da grande maioria dos mercados de uma economia capitalista. Tais especificidades seriam responsáveis por fazer com que o processo competitivo, que em outros mercados é considerado capaz de gerar resultados socialmente satisfatórios, passe a apresentar ‘falhas’ ou ‘distorções’ que exigem uma ação compensatória do Estado.

Aceito este diagnóstico, um passo subsequente ... está em verificar quais (...) [as diferenças] emergem quando se faz uma comparação das características da concorrência (...) [nos] vários setores de infra-estrutura; (...) e de que maneira (...) [esses] problemas regulatórios específicos exigem soluções institucionais diferenciadas” (Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 11, inédito.)

4.4. Atividades Não-Exclusivas do Estado e as Organizações Sociais

Algumas atividades são exercidas sem exclusividade pelo Estado. Aquelas ligadas à saúde, à educação, à pesquisa científica e tecnológica, à cultura, à preservação do meio ambiente são exemplos.

No caso da educação, por exemplo, a Constituição brasileira dispõe:

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado...”

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado...”

“Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

Estas atividades não se enquadram entre aquelas características do poder de império do Estado. Não obstante, vinham sendo desempenhadas e custeadas pelo Estado, em benefício da coletividade, através basicamente de autarquias. É o caso das universidades federais.

De acordo com o novo modelo estatal brasileiro, nestes setores em que se admite a atuação de entidades públicas e privadas, as atividades do Estado brasileiro poderão ser atribuídas a pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que sejam qualificadas como Organizações Sociais.

“A qualificação dessas entidades, na maior parte dos casos, deverá ocorrer concomitantemente à extinção de congêneres, integrante da administração pública. Incumbirá ao Congresso Nacional decidir pela extinção da entidade, sendo que a Organização Social qualificada para absorver suas atividades adotará a denominação e os símbolos da entidade extinta. Além disso, anualmente, as dotações destinadas à execução dos contratos de gestão entre o Estado e cada instituição deverão estar expressamente previstas na Lei Orçamentária e ser aprovadas pelo Congresso”.³⁸

No campo da educação, por exemplo, a proposta é a extinção das universidades públicas e a distribuição de atividades a pessoas jurídicas de direito privado que adotarão a denominação e os sinais que distinguiam as universidades públicas extintas.

Assim, a “implementação de Organizações Sociais implica (...) a absorção (...) [de atividades executadas por entidades estatais] por entidades

38 *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 14.

privadas qualificadas como (...) [Organizações Sociais mediante a celebração de] contrato de gestão.”³⁹ entre esta e o poder executivo brasileiro.

“O contrato de gestão é um (...) [documento] firmado entre o Estado, por intermédio de seus ministérios, e (...) uma entidade não-estatal, qualificada como Organização Social,”⁴⁰ mediante decreto do executivo. “A entidade estará habilitada a receber recursos financeiros e a administrar bens e equipamentos do Estado. Em contrapartida, ele se obrigará, (...) [a cumprir] metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados ao público.”⁴¹

Para a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como Organização Social, adotar-se-á procedimento marcado pelas seguintes etapas:

- “divulgação”: No caso das atividades de ensino superior, por exemplo, os interessados manifestam o propósito de ver qualificada como Organização Social uma pessoa jurídica de direito privado já existente ou a ser criada para este fim específico;

- “protocolo de intenções”: Assim, no mesmo exemplo, os interessados e o Ministério da Educação assinam protocolo estabelecendo a intenção de ver a pessoa jurídica de direito privado qualificada como Organização Social. Neste documento são estabelecidos o plano de trabalho e a comissão coordenadora;

- “preparação organizacional das atividades”: Implementa-se uma análise visando a capacitação da pessoa jurídica de direito privado a ser qualificada como Organização Social, através de planejamento estratégico e operacional;

- “criação e composição da entidade não estatal”: Caso a pessoa jurídica de direito privado ainda não exista, ocorre a sua criação, mediante o registro de seus atos constitutivos no órgão próprio. Não obstante, caso já exista, implementa-se apenas a alteração de seus documentos constitutivos. Nos dois casos, a composição dos órgãos de direção deve observar os ditames legais para qualificação como Organização Social;

39 *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 14.

40 *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 14.

41 *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 14.

- “preparação e negociação do contrato de gestão”: Ainda no exemplo das atividades de ensino superior, a pessoa jurídica de direito privado e o Ministério da Educação, a partir da análise desenvolvida, negociam o contrato de gestão que será firmado;

- “atos legais (extinção e qualificação)”: Implementa-se a extinção, através de lei, da universidade pública que exercia as atividades de ensino e a qualificação, mediante decreto executivo, da pessoa jurídica de direito privado;

- “inventário”: Efetua-se o inventário dos bens públicos que serão transferidos da universidade pública extinta para a pessoa jurídica de direito privado que desenvolverá a atividade de ensino superior; e

- “absorção de atividades pela [Organização Social] mediante contrato de gestão”:⁴² O contrato de gestão⁴³ é assinado pelo Ministério da Educação e pela pessoa jurídica de direito privado, que absorverá as atividades de ensino superior anteriormente exercida pela universidade pública.

42 *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 14.

43 “São as seguintes as partes básicas de um contrato de gestão:

- disposições estratégicas: objetivos da política pública à qual se refere, missão, objetivos estratégicos e metas institucionais com seus respectivos planos de ação;
- indicadores de desempenho: forma de representação das metas propostas, tendo natureza qualitativa, para mensuração do atingimento das metas propostas, tendo como base um determinado padrão de excelência, adotado ou convencionado, para julgamento de adequação do nível de realização de cada meta programada, considerando o horizonte de tempo da avaliação;
- definição de meios e condições para execução das metas pactuadas: tais como recursos (orçamentários, patrimônio, pessoal etc.), níveis de autonomia, flexibilidades;
- sistemática de avaliação: tri ou quadrimestral o ministério supervisor e a instituição deverão programar reuniões de acompanhamento e avaliação, para a verificação objetiva do grau de atingimento das metas, com base nos seus indicadores. Os resultados alcançados deverão ser objeto de análise, pelo ministério supervisor, que norteará as correções necessárias de rumo, para possibilitar a plena eficácia do instrumento. Durante esse acompanhamento, é importante a avaliação da eficácia de seus indicadores, podendo, em comum acordo com o ministério supervisor, alterá-los por meio de aditivos ao contrato, caso se mostrem inadequados à aferição que se pretende realizar. Os relatórios parciais e final deverão ser encaminhados ao ministério supervisor, para parecer técnico, o qual será encaminhado ao MARE.”

Organizações Sociais, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 14.

Assinado o contrato de gestão, a pessoa jurídica de direito privado qualificada como Organização Social:

- receberá recursos do poder público;
- terá autonomia administrativa e financeira;
- estará dispensada de licitação para a aquisição de bens e contratação de serviços;
- contratará seus empregados pelo regime da CLT, sem necessidade de concurso público;
- deverá publicar relatórios anuais de suas atividades no Diário Oficial;⁴⁴ e
 - terá conselho de administração composto por:
 - “a) vinte a quarenta por cento de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;
 - b) vinte a trinta por cento de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;
 - c) até dez por cento, no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;
 - d) dez a trinta por cento de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;
 - e) até dez por cento de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto.”⁴⁵

Através desta sistemática, pretende-se:

■ “a contratação de pessoal nas condições de mercado; a adoção de normas próprias para compras e contratos; e ampla flexibilidade na execução de seu orçamento,⁴⁶ em função da “condição de entidades de direito privado”; e

- a satisfação do cliente quanto à qualidade das atividades desenvolvidas pela Organização Social.

44 Conforme Maria Tereza Fonseca Dias, *Os Novos Entes Estatais: A Reforma do Estado Mediante a Criação de Organizações Sociais*, Belo Horizonte, inédita.

45 Artigo 3º, inciso I da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

46 *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 14.

4.5. Atividades Não-Estatais. O CADE e as Agências Reguladoras

Além das atividades atribuídas ao Estado, com ou sem exclusividade (atividades estatais exclusivas e não exclusivas), existem aquelas que não lhe foram constitucionalmente estabelecidas.

São as demais atividades industriais, comerciais e de prestação de serviço, como, por exemplo, a fabricação de calçados, comércio de automóveis, prestação de serviços de contabilidade etc.

Algumas destas atividades requerem investimento de muito vulto, como o setor siderúrgico, tido como indústria de base, na medida em que se dedica à produção de aço, matéria-prima de várias outras indústrias.

Como, na época em que foram constituídas as indústrias de base do Brasil, a iniciativa privada não detinha recursos suficientes à sua estruturação, o Estado passou a atuar diretamente nestes setores através de empresas públicas e sociedades de economia mista como a Usiminas – Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais e a CSN – Companhia Siderúrgica Nacional.

Agora, através da reforma do Estado, este pretende se afastar, mediante privatização, destas atividades que não lhe são próprias.

É o que ocorreu no setor siderúrgico, quando da desestatização de empresas de grande porte, como as referidas Usiminas – Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. e CSN – Companhia Siderúrgica Nacional.

É evidente que a “privatização de empresas estatais (...) [implica necessidade ainda maior de] (...) regulação da concorrência em sentido genérico, realizada pelos órgãos de defesa da concorrência, tais como o CADE [Conselho Administrativo de Defesa Econômica] e a SDE”⁴⁷ [Secretaria de Direito Econômico], órgão de investigação e instrução processual.

Se o monitoramento do mercado em geral é indispensável, a privatização de indústrias de base, com efeito nos demais setores do mercado, exige dos órgãos de fiscalização atuação ainda mais efetiva.

A “monitoração *ad hoc*, (...) [realizada por estas entidades de controle de mercado se implementa através de] dois mecanismos: [a repressão de] (...) condutas anticompetitivas previstas em lei [e o controle dos] (...) ‘atos de concentração’ (fusões, aquisições), também previstos em lei, capazes de

47 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, pp. 03 e 04, inédito.

aumentar substancialmente o poder de mercado das empresas envolvidas e, com isso, o risco de futuras condutas prejudiciais à concorrência.”⁴⁸

Esta atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da SDE – Secretaria de Direito Econômico abarcam todos os setores do mercado brasileiro, excetuados apenas aqueles cujo monitoramento tenha sido atribuído a agência reguladora específica.

Além das agências reguladoras criadas para atuar nos setores relativos às atividades exclusivas do Estado, como o de produção e distribuição de energia elétrica, outras podem ser criadas para agir em setores de interesse público que não tenham sido reservados ao Estado pela Constituição.

É o caso de uma eventual agência que venha a regular a produção de alimentos, por exemplo. Não há dispositivo constitucional reservando tal atividade ao Estado. Assim, não compete a este, seja diretamente, seja indiretamente através de delegação, a produção de alimentos. Ainda assim, o Estado está autorizado a criar agência reguladora específica para controlar este setor.

Em regra, as agências reguladoras se prestam a regular:

- atividades de infra-estrutura, exclusivas do Estado por determinação constitucional, que podem ser delegadas a particulares; e
- atividades de interesse público, não-estatais.

Nestes casos, o monitoramento do mercado pode dar-se de forma ativa ou reativa, conforme sustentam Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde e Jorge Fagundes:

“(1) a regulação dos serviços públicos de infraestrutura (*utilities*), que por seu caráter mais diretamente interventivo poderíamos denominar regulação ativa; e

(2) a regulação de mercados em geral destinada à prevenção e repressão de condutas anticompetitivas (...), que por seu acionamento mais eventual, segundo motivações previstas em lei, poderíamos denominar regulação reativa.”⁴⁹

48 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 07, inédito.

49 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 07, inédito.

A partir destes mecanismos, pretende-se:

- diretamente, assegurar o regular funcionamento de todos os setores do mercado brasileiro; e
- indiretamente, a satisfação do consumidor brasileiro nos diversos setores do mercado brasileiro.

Para tanto, parece conveniente que o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a SDE – Secretaria de Direito Econômico e as diversas Agências Reguladoras, diante das “muitas conexões, de natureza técnica e institucional, (...) [implementem] não apenas maior integração entre suas atividades, como principalmente um esforço deliberado e sistemático de troca de experiências e de aprendizado recíproco.

(...)

No caso brasileiro, especificamente, a experiência já acumulada pelo CADE (assim como a secular experiência internacional em defesa da concorrência e em política antitruste), ainda que modesta, sugere como medida sensata considerá-la atentamente na montagem e operação dos órgãos reguladores dos setores da infra-estrutura, especialmente no que se refere às normas técnicas de caráter econômico a serem adotadas (preços, *trade offs* entre eficiências alocativas e produtiva/inovativa, análises de mercado, definição do mercado relevante etc.) e ao formato institucional que virão a assumir.”⁵⁰

5. CONCLUSÕES

Uma análise dos diversos campos de atividades faz constatar que a reforma do Estado brasileiro tende a apresentar as seguintes conseqüências:

- recuo significativo na atuação direta do Estado nas diversas áreas de atividade;
 - aumento da estrutura estatal destinada à fiscalização e à regulação;
 - preocupação com a eficiência; e
 - fortalecimento e concentração de poder no executivo em detrimento da participação do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público.
- Passamos, então, à análise de cada destas constatações conclusivas:

50 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 40, inédito.

5.1. Recuo Significativo na Atuação Direta do Estado nas Diversas Áreas de Atividade

Já constatáramos que a partir da criação do Programa Nacional de Desestatização – PND, estabeleceu-se o firme propósito de o Estado concentrar os seus esforços nas áreas de saúde, educação, habitação e segurança pública.

Assim, o Estado passaria a exercer diretamente:

- atividades exclusivas e estratégicas do Estado, consistentes na condução da política pública;

- atividades exclusivas e não estratégicas do Estado, que não podem ser delegadas a particulares. Exemplos: segurança pública, a seguridade social básica e a fiscalização;⁵¹

- atividades não-exclusivas do Estado. Exemplos: saúde, educação, pesquisa científica e tecnológica e atividades culturais.

Por outro lado, o Estado se afastaria do exercício direto das:

- Atividades exclusivas e não estratégicas do Estado, que podem ser delegadas a particulares. Exemplos: atividades relacionadas à infra-estrutura como os serviços de telecomunicações e o fornecimento de energia elétrica e água.

- Atividades não-estatais. Exemplos: siderurgia e indústria aeronáutica.

Na teoria, este afastamento teria o nítido propósito de:

- afastar o Estado do setor de atividades do qual ele só participou porque, à época, a iniciativa privada brasileira não estava em condições de arcar com investimentos de tal vulto; e

- fortalecer o setor produtivo privado e o mercado de capitais brasileiro.

Na reforma do Estado que vem sendo implementada, porém, o propósito parece ser bem outro: reduzir o endividamento do setor público, através dos recursos apurados nos processos de licitação para delegação do exercício das atividades aos particulares.

Note-se que:

- as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploravam essas atividades são as maiores empresas do Brasil, apresentando lucros consideráveis;

51 Conforme Maria Tereza Fonseca Dias, *Reforma Administrativa do Estado*, Belo Horizonte, inédita.

- não obstante, têm sido transferidas à iniciativa privada por valores muito inferiores àqueles que nelas foram investidos ao longo de vários anos de existência; e

- ainda assim, os recursos apurados nas transferências à iniciativa privada não têm significado redução expressiva do endividamento do setor público.

É que o processo de enxugamento da estrutura estatal engloba a transferência de tais atividades a pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como Organizações Sociais.

Também existe evidente contra-senso entre a reforma do Estado que vem sendo implementada e os ideais que nortearam a criação do Programa Nacional de Desestatização – PND quanto à atuação nas áreas de saúde, educação, habitação e segurança pública.

5.2. Aumento da Estrutura Estatal Destinada às Atividades de Fiscalização e Regulação

As únicas atividades estatais que vêm apresentando uma ampliação em sua estrutura é a de fiscalização e regulação, principalmente no que se refere aos setores marcados pelo interesse público.

Esta iniciativa, absolutamente louvável, é representada pela criação e fortalecimento de instituições como o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a SDE – Secretaria de Direito Econômico e as diversas Agências Reguladoras.

Não obstante, a metodologia utilizada para a operacionalização destas instituições preocupa, podendo implicar, inclusive, descrédito e desvio de finalidade.

No Brasil, a omissão de órgãos públicos responsáveis pela fiscalização do setor financeiro privado já significou prejuízos vultosos aos cofres públicos e, conseqüentemente, à população brasileira como um todo.

Não são poucos, por exemplo, os escândalos envolvendo o Banco Central do Brasil, órgão responsável pela fiscalização do mercado financeiro brasileiro.

Neste contexto, parece adequada a análise da experiência norte-americana, cujas características são: “O dever estrito de as agências agirem exclusivamente nos termos da Lei que lhes disciplina a ação, estando seus dirigentes pessoal e penalmente obrigados; e (...) a atenta fiscalização pelo Senado da atuação das agências e de seus dirigentes, desde a aprovação destes até o exame de relatórios regulares, sempre em audiência pública.

Essas características estruturais são aperfeiçoadas pela obediência aos princípios gerais da administração pública, a conformar a conduta das agências, como o dever de publicidade de seus atos, de moralidade de seus dirigentes, de impessoalidade de suas ações.”⁵²

Pedro Dutra acrescenta que “o sucesso da experiência regulatória norte-americana [também] deve-se à atenção dos legisladores aos princípios constitucionais democráticos, ao votarem as leis que criaram suas agências reguladoras”⁵³ e demais órgãos de fiscalização do mercado.

É certo que não estamos obrigados a copiar a sistemática norte-americana, ou de qualquer outro Estado ou Organização Internacional. Não obstante, parece adequado notarmos as experiências anteriores como forma de não adotarmos modelos notoriamente condenados ao fracasso.

*De nada adiantará a louvável iniciativa de criação e fortalecimento de instituições como o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a SDE – Secretaria de Direito Econômico e as diversas Agências Reguladoras, sem que “(...) os direitos de cada um dos consumidores [e cidadãos] sejam protegidos contra eventual abuso ou omissão dessas agências.”*⁵⁴

5.3. Preocupação com a Eficiência nos Diversos Setores de Atividades

Na abordagem de todos os setores de atividades, constatou-se a preocupação com os elementos que contribuem para a eficiência:

- Atividades exclusivas e não estratégicas do Estado, que não podem ser delegadas a particulares: viabilizar a satisfação do cliente quanto à **qualidade** das atividades desenvolvidas pela Agência Executiva.
- Atividades exclusivas e não estratégicas do Estado, cujo exercício pode ser delegado a particulares: viabilizar a satisfação do cliente quanto à **qualidade** das atividades desenvolvidas pelos particulares fiscalizados pelas Agências Reguladoras.

52 Pedro Dutra, “Agência de Vigilância Sanitária”, in *Revista do IBRAC*, São Paulo, volume 5, número 7, pp. 03 e 04, 1998.

53 Pedro Dutra, “Agência de Vigilância Sanitária”, in *Revista do IBRAC*, São Paulo, volume 5, número 7, pp. 03 e 04, 1998.

54 Pedro Dutra, “Agência de Vigilância Sanitária”, in *Revista do IBRAC*, São Paulo, volume 5, número 7, pp. 03 e 04, 1998.

- Atividades não-exclusivas do Estado: a satisfação do cliente quanto à **qualidade** das atividades desenvolvidas pela Organização Social.
- Atividades não-estatais: diretamente, assegurar o regular funcionamento de todos os setores do mercado brasileiro, e indiretamente, a **satisfação do consumidor** brasileiro nos diversos setores do mercado brasileiro.

Nota-se, portanto, que na sistemática da reforma de Estado, foi acolhido um princípio do Direito Econômico, já consagrado pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira: Eficiência.

“Ao contrário do que pode parecer, (...) o objetivo central da regulação de atividades econômicas não é prover a concorrência como um fim em si mesmo, mas aumentar o nível de eficiência econômica dos mercados correspondentes.”⁵⁵

Através da reforma do Estado brasileiro que ora se implementa, parece que o princípio da Eficiência vem extrapolar o âmbito das atividades econômicas exercidas por particulares, para também atingir os atos administrativos.

5.4. Fortalecimento e Concentração de Poder no Executivo em Detrimento da Participação do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público

Pelo menos dois fatores evidenciam que a reforma do Estado brasileiro vem contribuir para o fortalecimento dos órgãos executivos:

1. a necessidade de mero decreto executivo para a qualificação das pessoas jurídicas de direito privado como Organizações Sociais;
2. a ausência de previsão de participação do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público nos mecanismos de controle das Agências Executivas, das Agências Reguladoras e das Organizações Sociais.

Passamos à análise destes fatores:

A criação das entidades estatais responsáveis pela prática das atividades não-exclusivas do Estado, como saúde, educação, pesquisa científica e tecnológica e atividades culturais dependia de lei.

Não obstante, na sistemática introduzida pela reforma do Estado, todo o procedimento de qualificação da pessoa jurídica de direito priva-

55 Mário Luiz Possas, João Luiz Ponde, Jorge Fagundes, *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 04, inédito.

do como Organização Social, se faz mediante participação exclusiva do Executivo.

Até mesmo a transferência às Organizações Sociais dos “recursos financeiros, (...) bens e equipamentos do Estado”⁵⁶ que se encontravam com a entidade pública extinta se faz por ato administrativo.

O mesmo ocorre no âmbito das Agências Reguladoras que não estão submetidas a mecanismos eficientes de controle e fiscalização externos do ministério público, judiciário ou legislativo. “Sob o peso da nossa tradição política autoritária, (...) a regulação de mercados perdeu-se nesse quadro, aterrada pelas demais ações que o executivo incorporou e de forma autoritária executava.”⁵⁷

Diversamente, “o modelo regulatório norte-americano (...) reproduz o equilíbrio constitucional que deve existir entre os poderes executivo, legislativo e judiciário e o estende às agências. Estas aplicam a Lei; editam regras destinadas aos mercados sob sua jurisdição; e impõem sanções. Mas, em nenhum momento escapam elas da vigilância dos três poderes. O executivo indica os dirigentes das agências de acordo com a sua orientação política e propõe o orçamento para as agências. O legislativo, além de votar a lei que as cria, fiscaliza-lhes a atuação, de forma permanente. E o Judiciário tem a palavra final sobre seus atos, o que determina-lhes a legitimidade jurídica.”⁵⁸

No Brasil, “o governo só terá a ganhar, se admitir que a guarda do interesse público, em mercados privados onde este é afetado (...) não é tarefa só dele, e sim de todos os poderes da república. No caso brasileiro, nenhuma agência regulatória será eficaz (...) se não lhe for imposto o dever de não (...) [proteger], mesmo, o consumidor.”⁵⁹

É evidente que não havendo previsão de controle externo dos atos abusivos ou omissivos praticados pelos seus membros, a responsabilização das Agências Reguladoras por conduta irregular é dificultada.

56 *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 14.

57 Pedro Dutra, “Agência de Vigilância Sanitária”, in *Revista do IBRAC*, São Paulo, volume 5, número 7, pp. 03 e 04, 1998.

58 Pedro Dutra, “Agência de Vigilância Sanitária”, in *Revista do IBRAC*, São Paulo, volume 5, número 7, pp. 03 e 04, 1998.

59 Pedro Dutra, “Agência de Vigilância Sanitária”, in *Revista do IBRAC*, São Paulo, volume 5, número 7, pp. 03 e 04, 1998.

Ainda mais difícil é a responsabilização de seus funcionários, cujos atos, abusivos ou omissivos, tenham acarretado dano. Isso, em função de um princípio que, apesar de antijurídico, está arraigado em nossa mentalidade: o corporativismo.

Para combatê-lo, não se prescinde do controle externo, implementado por aqueles que não integram o corpo da instituição controlada.

Assim, como nos ensina o próprio Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, “atingir um resultado determinado não é suficiente; a idéia é desencadear um processo de melhoria contínua. Um sistema de [controle] (...) deve ser parte de um plano de melhoria do desempenho que possa ser entendido e valorizado por todos os envolvidos e onde se estabeleçam relações de causa e efeito.”⁶⁰

6. BIBLIOGRAFIA

- AGÊNCIAS EXECUTIVAS, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998.
- CASTELAR, Armando. *Defesa da Concorrência*, Brasília, Fundação Getúlio Vargas, p. 04.
- CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*, São Paulo, LTr, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Os Novos Entes Estatais: A Reforma do Estado Mediante a Criação de Organizações Sociais*, Belo Horizonte, inédita.
- _____. *Reforma Administrativa do Estado*, Belo Horizonte, inédita.
- DUTRA, Pedro. “Agência de Vigilância Sanitária”, in *Revista do IBRAC*, São Paulo, volume 5, número 7, 1998.
- HANDLER, Milton; PITOFISKY, Robert; GOLDSCHMID, Harvey J.; WOOD, Diane P. *Trade Regulation – Case and Materials*, New York, The Foundation Press Inc., 1997, pp. 39 e 40.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Amado, 1974.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*, Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- _____. *Lei de Proteção da Concorrência*, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

60 *Organizações Sociais*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 30.

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998.

POSSAS, Mário Luiz; PONDE, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. *Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, inédito.

REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*, São Paulo, Saraiva, 1995.

VIGNALI, Heber Arbuét. In ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *Derecho Internacional Público*, Montevideo, FCU, 1996, tomo I.

PARCERIA PÚBLICO-PÚBLICO: CONTRATO DE PROGRAMA E EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS MUNICIPAIS POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA ESTADUAL

Luciano Ferraz

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Professor Adjunto de Direito. Administrativo da UFMG. Professor Adjunto de Direito Financeiro da PUC/MG (licenciado).

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamentação. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A recentemente editada Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, estabelece normas gerais para a contratação de consórcios públicos em todos os níveis, cumprindo a missão de estabelecer parâmetros para a gestão associada de serviços públicos entre entidades que compõe a Federação brasileira.

As figuras jurídicas disciplinadas na nova legislação – a bem dizer – já se encontravam faticamente implementadas em diversos setores, não se constituindo propriamente em novidade no cenário nacional.

Com efeito, espriam-se país afora os consórcios intermunicipais de saúde e os convênios de cooperação formalizados entre entes estatais e suas entidades da Administração Indireta para a execução de atividades e serviços públicos de interesse comum.

No âmbito dos serviços públicos locais, cuja competência é constitucionalmente atribuída aos Municípios (art. 30, V, CF), não é incomum verificar-se a execução desses serviços por entidade da Administração Indireta Estadual, fundamentalmente quando se trata de serviços de água e esgoto e saneamento básico.

A sobredita Lei nº 11.107/2005 registra figura jurídica adequada à formalização desses ajustes – o contrato de programa –, que a partir de ago-

ra, será um dos instrumentos aptos a viabilizar a gestão associada de serviços públicos, em arranjos que integram o gênero que particularmente intitula parcerias público-público.

O engajamento constitucional e legal do contrato de programa será objeto de minhas considerações neste ensaio.

2 . FUNDAMENTAÇÃO

O tema proposto remete ao estudo da forma federativa do Estado brasileiro (art. 1º, *caput*, da Constituição) – do princípio federativo – e da subjacente repartição das competências legislativas e materiais entre as entidades federativas, porquanto a técnica de repartição de competências é elemento específico e essencial ao sistema federal.¹

“A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas.”²

Com efeito, o processo de descentralização política, que tipifica os Estados Federais, implica a existência de diferentes e autônomas esferas de poder com competências legiferantes genuinamente derivadas do Texto Constitucional. É esta, aliás, a característica primordial a permitir distingui-los – os Estados Federais – do Estado Unitário (v.g., França), do Estado Regional (v.g., Itália) e do Estado Autônomico (v.g., Espanha).³ É dizer:

“Essa autonomia conferida aos entes federativos significa que cada qual tem poder para se auto-organizar, editar suas próprias leis e executá-las, respeitados os limites impostos pela própria Constituição imediata e mediatamente.”⁴

-
- 1 Raul Machado Horta. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 363.
 - 2 Fernanda Dias Meneses Almeida. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 32.
 - 3 José Luiz Quadros de Magalhães. Cinthia Robert. *Teoria do Estado – Democracia e Poder Local*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 14-30.
 - 4 Luciano Ferraz. *Controle da Administração Pública: elementos para a compressão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 39.

No particular, o atual desenho constitucional da Federação Brasileira é único, à medida que consagra federalismo tripartite, formado pela união indissolúvel de Estados, Distrito Federal e Municípios, reconhecendo-lhes, ao lado da União, autonomia político-administrativa (arts. 1º e 18)⁵ e outorgando-lhes, a cada um deles, competências legislativas e competências materiais próprias.

Mas o federalismo consagrado no Texto Constitucional não é estanque, nem concorrencial, é cooperativo (art. 23, parágrafo único da Constituição), o que significa dizer que as esferas da Federação, a despeito do sistema de repartição de competências, têm escopos idênticos a cumprir.

Ditos escopos, por assim dizer, se fazem presentes nos artigos 1º e 3º da Constituição, donde sobrelevar-se, como núcleo axiológico comum, a dignidade da pessoa humana.

Em matéria de serviço público – expressão candente dessa humana dignidade –, o constituinte optou por arrolar (não todos) os serviços de competência da União (art. 21, incisos X, XI e XII), dos Estados (art. 26, § 2º) e dos Municípios (art. 30, V).⁶

No âmbito municipal, a caracterização dos serviços públicos prende-se, a teor do inciso V do art. 30, ao signo do ‘interesse local’ (antes ‘peculiar interesse’), cuja dimensão conceitual, sintetiza-se na expressão de Sampaio Dória:

“Peculiar não é nem pode ser equivalente a privativo. Privativo, dizem os dicionários, é o próprio de alguém, ou de algu-

5 “Releva registrar que o art. 1º da Constituição utiliza o vocábulo ‘união’ com letra minúscula e o art. 18 com letra maiúscula – ‘União’. O primeiro trata especificamente do pacto federativo entre Estados e Municípios, levando à formação da República Federativa do Brasil e denota o poder do Estado como soberania interna, pregando a união indissolúvel, que caracteriza as federações. O segundo trata da pessoa jurídica da União, que, assim com Estados e Municípios, é autônoma nos termos da Lei Maior. A diferença se impõe, eis que sem a união de Estados e Municípios não haveria a figura da União que em nome daquela assume direitos e obrigações” (FERRAZ. *Controle...*, cit. p. 39, nota 50).

6 Cabe registrar que a tarefa de caracterizar dado serviço como público “remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada da Constituição do país, na lei e na tradição”, mas não se deve olvidar a existência de núcleo pacífico dos serviços públicos a englobar: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza pública, correio, esgotamento sanitário. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 369-70.

ma coisa, de sorte que exclui outra da mesma generalidade, uso, direito. A diferença está na idéia de exclusão: privativo importa exclusão, e peculiar, não. A ordem pública de um Estado é seu interesse peculiar, mas também interesse da Nação [...] O entrelaçamento dos interesses dos Municípios com os interesses dos Estados, e com os interesses da Nação, decorre da natureza mesma das coisas. O que os diferencia é a predominância, e não a exclusividade.”⁷

Como se vê, o interesse local do Município a tracejar sua competência de execução de serviço público não é de molde a afastar o interesse – nessa execução – também do Estado e da União, porquanto o princípio do federalismo cooperativo deixa ver a comunidade de interesses de ambos – predominando o interesse do Município – na adequada prestação desse serviço à população da comuna.

É a partir desse pressuposto normativo – o princípio do federalismo cooperativo –, que se deve buscar a exegese adequada do art. 175 da Constituição:

“Art. 175. Incumbe ao *Poder Público*, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Não se ignora que autores de nomeada sustentam que a expressão ‘sempre’ constante do preceito, induz a que a execução, por interposta pessoa, de serviço público de competência de determinado ente da Federação, deva, em todo e qualquer caso, se realizar mediante concessão ou permissão precedidas de licitação.

De igual modo, não se ignora a existência de posicionamentos que defendem a necessidade de realização de licitação mesmo quando o trespassse da atividade se estabelece entre uma e outra entidade estatal, diretamente ou por intermédio de entidade pertencente à sua Administração Indireta.

Mas é preciso perceber que a interpretação do art. 175 da Constituição, mercê do princípio federativo-cooperativo – não pode – nem nunca

7 *Apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 110.

pôde – ser restritiva e literal, em ordem a afastar, por exemplo, o interesse do Estado-membro – reflexivamente das entidades de sua Administração Indireta – na prestação de serviços públicos locais no âmbito dos respectivos Municípios.

É por isso que atribuo razão a Carlos Ari Sundfeld ao professar:

“Quanto ao art. 175 e à exigência de licitação para delegação de serviço público a terceiros, o argumento, baseado em leitura meramente literal, era equivocado e provava demais. É que, segundo a letra do dispositivo, a licitação seria a única alternativa à prestação direta do serviço pelo próprio Poder Público.

Ora, a levar a literalidade a extremos, seria impossível a delegação até mesmo a empresa estatal do próprio entre titular do serviço. Deveras, a empresa estatal nem integra a Administração Direta (logo, não poderia estar executando serviço estatal diretamente) nem se confunde com o Poder Público (pois nem exerce poder, nem é público).

Caso, em leitura mais razoável se entenda que a expressão ‘Poder Público’ tem no art. 175 um sentido mais genérico, correspondendo a Estado ou Administração (incluídos quaisquer entes administrativos), o argumento cairá automaticamente por terra. Afinal, a empresa estadual também integra o Poder Público; logo, a empresa executa serviço público municipal por delegação, também haverá aí uma espécie de execução direta a que se refere o art. 175.

Perceba-se que o art. 175 não diz que a licitação é a única alternativa à execução feita diretamente pelo Poder Público que seja o titular do serviço. Destarte, desde que o serviço esteja a cargo de entidade estatal – independentemente de sua natureza jurídica ou vinculação – não se cogitará de licitação [...]

Para dizê-lo sistematicamente: qualquer ente governamental, seja de que esfera for, pode prestar serviços públicos. O fato de existir uma discriminação constitucional de competências para esses serviços apenas exige a concordância da pessoa estatal competente. Trata-se de arranjo de competências interno ao Estado...”⁸

8 SUNDFELD, Carlos Ari. “O Saneamento básico e sua execução por empresa estadual”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ, vol. 1, nº 5, agosto, 2001, disponível em: www.direitopublico.com.br.

As conclusões de Sundfeld – sem dizê-lo expressamente – corroboram a noção do federalismo de cooperação, à medida que os serviços públicos municipais não se apresentam à sociedade local infensos à seara de interesse do Estado-membro a que pertence o Município.

Portanto, quando determinado serviço público municipal é repassado à entidade que integra a Administração Indireta Estadual, estar-se-á no âmbito da execução direta dos serviços, hipótese expressamente admitida pelo art. 175 (primeira parte) da Constituição, que utiliza a expressão “Poder Público” em sentido amplo, semelhante ao da definição de Administração Pública, prevista no art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93.

Logo, quando se está diante de exploração direta do serviço (público) pelo Poder Público (qualquer que seja a esfera da federação: contrato-convênio de cooperação), a licitação não é necessária, diferentemente de quando esta exploração é realizada pelo particular, hipótese em que a licitação – ou pelo menos o enquadramento do ajuste num dos casos de dispensa ou inexigibilidade⁹ – é “sempre” necessária, a teor da segunda parte do art. 175 da Constituição.

Em outros termos: o advérbio “sempre”, previsto no dispositivo constitucional citado (art. 175) – referindo-se à licitação –, dirige-se às hipóteses em que a prestação do serviço público é trespassada à iniciativa privada.

Logo, no âmbito da prestação de serviços públicos, ao Poder Público concedente cabe a opção por uma das seguintes três hipóteses:

- a) explorar o serviço ele próprio;
- b) aliar-se a outra esfera da federação para explorar o serviço num arranjo de parceria público-público (convênio de cooperação);
- c) trespassar a execução do serviço à iniciativa privada, mediante contrato de concessão (ou permissão) puro – que não deixa de ser parceria – ou mediante contrato de parceria público-privada sempre através de licitação.

É certo que a preferência num regime de mercado é, em princípio, pela busca de parcerias com a iniciativa privada, mas não se deve desprezar arranjos institucionais que não raro se afiguram solução mais segura e ajustada ao desiderato de bem executar serviços públicos.

9 Cf., na doutrina, SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 284; AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

Nesse sentido, recomenda a Comissão da União Européia em seu Guia Sobre Diretrizes para as parcerias público-privadas:

“Embora os benefícios das parcerias em PPP com o setor privado sejam claros, tais relacionamentos não devem ser encarados como o único curso de ação possível que, com efeito, seja complexo para projetar, implementar e operar. Estão disponíveis diversas fontes alternativas de financiamento, inclusive arranjos institucionais ‘público-público’, que não devem ser desprezados na esperança de que as PPP’s ofereçam solução milagrosa”.¹⁰

Ciente da importância de projetos público-institucionais conjuntos, e guiado pela noção de federalismo cooperativo, o constituinte reformador inseriu, no corpo da Constituição, mediante a EC nº 19/98, o art. 241:

“Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

A inserção desse preceito no Texto Constitucional, fundamentalmente a alusão a “gestão associada de serviços públicos”, repercute na interpretação que se deve dar ao já citado art. 175, impondo-se entender uma vez mais a locução “Poder Público” em sentido amplo a envolver as três esferas da Federação, incluídas as respectivas entidades da Administração Indireta.

Percebe-se que a linha de argumentação que defendia o caráter restrito da locução “Poder Público” constante do art. 175 da Constituição, entendendo que quando se ajusta a execução de serviço público com entidade pertencente a outra esfera da Federação, está-se diante – mesmo assim – de contrato de concessão, exigindo-se, destarte, licitação, há de ser reavaliada em função do que passou a dispor o art. 241 da Constituição.

¹⁰ União Européia. *Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas*. Março de 2003. <http://europa.eu.int/comm/regional>. p. 4.

Assim sendo, à base apenas da interpretação constitucional, chegar-se-ia à conclusão de que o ajuste entre Municípios e entidade da Administração Indireta Estadual pode ser realizado e independe de licitação, ainda que particularmente não se concorde com a fundamentação do ajuste no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, dispositivo que se encontra naturalmente vocacionado a sedimentar contratos em que a Administração é a adquirente do bem ou tomadora do serviço.¹¹

A controvérsia, ao que parece, será dirimida pela nova Lei dos Consórcios Públicos, que versou o tema da gestão associada de serviços públicos e o correlativo contrato de programa, dispondo no art. 13, *in totum*:

“Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito da gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º O Contrato de programa deverá:

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente, no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e

II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplemento em relação aos encargos transferidos;

11 No mesmo sentido, Cf. JUSTEN FILHO. *Teoria Geral...*, cit. p. 286; SOUTO. *Direito...*, cit. p. 47.

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com os ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas ou tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

§ 3º É nula a cláusula do contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

§ 6º O contrato celebrado na forma do § 5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.

§ 7º Excluem-se do previsto no *caput* deste artigo as obrigações cujo descumprimento não acarrete ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público.”

Depreende-se que o legislador ordinário elegeu o contrato de programa como instrumento apto a viabilizar a gestão associada de serviços públicos, admitindo, conforme previsão do § 5º, a formalização mediante consórcio público ou convênio de cooperação, que poderá ser firmado por quaisquer entidades estatais, bem como pelas entidades públicas ou privadas que integrem as respectivas Administrações Indiretas.

Com o objetivo de afastar definitivamente as dúvidas relativamente à possibilidade de contratação, sem licitação, de entidade da Administração

Indireta pertencente a outra esfera da Federação, em ordem viabilizar a gestão associada de serviços públicos – o que de resto seria desnecessário à vista do que acima argumentei a propósito do art. 175 da Constituição –, o legislador federal incluiu no rol do art. 24 da Lei nº 8.666/93, o inciso XXVI, disciplinando nova hipótese de dispensa de licitação:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em consórcio público ou em convênio de cooperação.”

Portanto, desnecessário continuar a indagar da possibilidade da formalização, sem licitação, de ajuste entre o Município e entidade da Administração Indireta Estadual, cujo objeto é, por assim dizer, a gestão associada de serviços públicos, porquanto a pertinência do contrato de programa ao objetivo é indiscutível.

Como diria Darbelay: *“Ce n'est pas en livrant des combats de retardement pour maintenir un état de chose révolu qu'on résoudra les problèmes de notre époque.”*¹²

3. CONCLUSÃO

Em síntese do que se expôs ao longo deste ensaio, pode-se concluir:

a) a Constituição Federal autorizou os entes federados a diretamente explorarem serviços públicos (art. 175), podendo concedê-los ou permiti-los à iniciativa privada;

b) no âmbito da execução direta dos serviços deve-se compreender enquadrada a hipótese de arranjo entre o Município e entidade da Administração Indireta Estadual, mercê da conceituação ampla da locução “Poder Público” utilizada pelo constituinte no art. 175;

12 DARBELAY, Jean. “Vers la revision de la constitution fédérale”, *Revue de Droit Suisse*, vol. 87, 1968, pp. 425-37. Traduzindo: “O que importa é não perder tempo em puros combates de retardamento, para manter um estado de coisas do passado, com o que não se resolverão os problemas do nosso tempo.”

c) tratando-se de execução direta, não se há de cogitar de licitação, cuja exigência é destinada às hipóteses de concessão ou permissão que se ajustam entre o Poder Concedente e os particulares;

d) o art. 241 da Constituição deixou clara a possibilidade de se estabelecer gestão associada de serviços públicos entre entidades distintas da Federação – incluídas as da respectiva Administração Indireta –, corroborando a interpretação adequada do art. 175 da Carta;

e) a Lei nº 11.107/05 disciplinou, além dos consórcios públicos, os convênios de cooperação para implementação dos contratos de programa, instrumentos aptos a levarem ao cabo a gestão associada de serviços públicos;

f) a inserção, também pela Lei nº 11.107/05, de nova hipótese de dispensa de licitação (art. 24, inciso XXVI, da Lei nº 8.666/93) autoriza a celebração do contrato de programa entre entes da Federação e entidades de suas Administrações Indiretas, patenteando aquilo que a Constituição implicitamente quis dizer nos artigos 175 e 241;

g) o instrumento ideal a ser utilizado com tal objetivo é o contrato de programa, precedido de consórcio público ou convênio de cooperação, que o formalize.



RIO DE JANEIRO: Av. Erasmo Braga, 227-B e 299 – Tel.: (0XX21) 2533-5537– Fax: (0XX21) 2533-4752
Centro-RJ – CEP 20020-000 – Caixa Postal nº 269 – e-mail: forense@forense.com.br
SÃO PAULO: Praça João Mendes, 42 – 12º andar – salas 121 e 122 – Tels.: (0XX11) 3105-0111
3105-0112 – 3105-7346 – 3104-6456 – 3104-7233 – 3104-8180 – Fax: (0XX11) 3104-6485
Centro-SP – CEP 01501-907 – e-mail: forenseesp@forense.com.br
RECIFE: Av. Manoel Borbo, 339 – Tel.: (0XX81) 3221-3495 – Fax: (0XX81) 3223-4780
Boa Vista – Recife-PE – CEP 50070-000 – e-mail: forenserecife@forense.com.br
CURITIBA: Telefax: (0XX41) 3018-6928 – e-mail: forensecuritiba@forense.com.br
PORTO ALEGRE: Telefax: (0XX51) 3348-6115 – e-mail: forenseportoalegre@forense.com.br
BAURU: Telefax: (0XX14) 3281-1282 – e-mail: forensepb@forense.com.br
BELO HORIZONTE: Telefax: (0XX31) 3222-7516

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br>

CTP & IMPRESSÃO:

MINISTER
Rua Conde de Leopoldina, 644
São Cristóvão - Rio de Janeiro
Tel (21) 3878-8700 Fax (21) 3878-8712
e-mail: minister@graficaminister.com.br
www.graficaminister.com.br

passa a cobrar do Poder Público uma prestação de qualidade. Foi além, ao reivindicar sua participação na própria atividade administrativa.

O Direito Administrativo contemporâneo opta pelo abandono da vertente autoritária para estimular a harmonia entre a atividade estatal e a ação privada, valorizando os entes de cooperação.

O estágio atual do Direito Administrativo pátrio evidencia o movimento de retração da ingerência direta do Estado e a crescente participação democrática da sociedade na gestão pública. Esse fato marca o surgimento da era do Direito Administrativo Participativo.

A edição da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública, representou a consagração de um novo modelo de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Essas inovações estão sendo postas em prática. Os estudiosos do Direito Administrativo terão vasto e diversificado campo de análise. Mas só os resultados permitirão avaliar a contribuição de todas essas medidas ao aperfeiçoamento do Direito Administrativo.

Esta obra de louvável inspiração e que reúne tão eminentes administrativistas é o testemunho da admiração de todos pelo saudoso e admirável Mestre das Minas Gerais.

BIBLIOTECA FORENSE DIGITAL

(www.bibliotecaforense.com.br)

Ela não fecha, atende 24 horas por dia e entrega pela Internet,
imediatamente após a compra!

Copie **gratuitamente** a partir do *site* www.bibliotecaforense.com.br,
instale e se cadastre.

Visando a facilitar a vida de estudiosos, juristas e do público em geral, a **EDITORA FORENSE** lança a **BIBLIOTECA FORENSE DIGITAL**, um produto que não só agiliza e facilita a consulta, a pesquisa e a compra de livros como também revoluciona a forma como estas são feitas.

Longe de ser um simples catálogo de livros, a **BIBLIOTECA FORENSE DIGITAL** permite uma análise detalhada de cada obra, pois, além dos títulos, também disponibiliza integralmente os seus respectivos índices, dando ao usuário uma noção exata do conteúdo de cada um e, o que é melhor, ao comprar uma obra na íntegra ou apenas parte dela, você recebe o texto adquirido imediatamente pela Internet, mantendo-o arquivado na biblioteca instalada em seu computador para consultas futuras.

Afora a eficiência da pesquisa, um dos maiores méritos da **BIBLIOTECA FORENSE DIGITAL** está em seu pioneirismo. Através da introdução de um novo conceito de compras de livros, é possível adquirir não só títulos diversos e coleções inteiras, como se torna possível comprar capítulos isolados ou, até mesmo, um item específico deste capítulo, resguardados todos os direitos autorais.

A **BIBLIOTECA FORENSE DIGITAL** já conta com mais de 400 títulos catalogados, além dos volumes da tradicional *Revista Forense* e das publicações eletrônicas. A instalação de seu sistema de pesquisa é gratuita e pode ser feita por *download* a partir do *site* www.bibliotecaforense.com.br, onde estão disponíveis informações mais detalhadas.

102978-9



102978



EDITORA
FORENSE

ISBN 85.309.2091-0



9 788530 920913